



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

LAS PENAS EN EL RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD

Tesista: Abog. Verónica Spotti

Director: Dr. Pablo Salinas

Mendoza, febrero de 2021



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

LAS PENAS EN EL RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: Abog. Verónica Spotti

Director: Dr. Pablo Salinas

Mendoza, febrero de 2021

ÍNDICE

Introducción	4
Capítulo I Derecho penal juvenil.	9
Capítulo II Instrumentos Internacionales.	42
Capítulo III Las penas, medidas de seguridad y justicia restaurativa en el derecho penal de Menores.	69
Capítulo IV Interpretación de los tribunales de justicia de las normas que regulan el régimen penal de menores.	122
Conclusión Necesidad de un régimen penal juvenil único. Propuesta de régimen.	146
Bibliografía	158

INTRODUCCIÓN

La aplicación de penas a los menores punibles en el derecho penal argentino nos conduce en primer término a analizar el sistema actualmente vigente regulado por el art. 4 de la ley N° 22.278 -Ley del Régimen Penal de la Minoridad-, pero sin olvidar, por supuesto, que para el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia la pena aplicable al menor punible se rige por las reglas comunes a las del derecho penal de a adultos (principio de legalidad, presunción de inocencia, culpabilidad por el acto, entre otros) a lo que se debe sumar la necesidad de una protección jurídica especial que la comunidad internacional reconoce a la infancia.

Esta protección especial fue plasmada en distintos instrumentos de derechos humanos tanto universales, regionales, como así también convencionales y no convencionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (conocidas como Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Por ende, no puede realizarse ningún análisis de la legislación vigente que no tenga en cuenta y tienda a armonizar las directrices emanadas de estos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional. Asimismo es preciso indagar de qué modo la jurisprudencia nacional y provincial ha receptado los instrumentos convencionales antes citados y los ha utilizado como premisas normativas de las resoluciones judiciales dictadas en la materia.

Debe considerarse también la ley N° 26.061 sancionada en el año dos mil seis que establece la protección integral de los derechos de niños y adolescentes a escala nacional, modificando radicalmente la semántica del abordaje de la adolescencia en nuestro país, pues el adolescente y el niño dejaron de ser un objeto pasivo de tutela para transformarse en sujetos plenos de derechos. En materia penal juvenil, los principios de la ley N° 26.601 son afines a un modelo de responsabilidad penal juvenil que distingue entre adolescentes en conflicto con la ley penal y adolescentes en situación de vulnerabilidad. A pesar de ello, la ley N° 22.278 no fue modificada y convive todavía con la ley de protección integral en una flagrante inconsistencia y discordancia normativa.

Por otra parte resulta necesario examinar las razones que fundamentan la necesidad de sanciones y escalas penales propias y disminuidas a menores punibles teniendo en consideración las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales existentes.

Es preciso también, realizar un análisis puntual respecto a la posibilidad de aplicar penas de prisión perpetuas a menores punibles, discusión que en la actualidad se encuentra superada con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mendoza y otro vs. Argentina” donde el catorce de mayo de dos mil trece declaró internacionalmente responsable a la República Argentina por las violaciones de derechos humanos cometidas al haber impuesto penas de privación perpetua de la libertad a cinco personas por delitos cometidos durante su infancia. Si bien en la actualidad este tema ya no es objeto de controversia, resulta de suma importancia analizar los fundamentos de este fallo y la obligatoriedad de su aplicación.

Por último es dable indagar en relación a los fines de la pena, si una sanción impuesta a un adolescente puede fundarse en necesidades de prevención general o solamente puede hacerse por razones de prevención especial y en este último caso si la prevención especial debe ser positiva o negativa.

Presentación del objeto de estudio.

El problema al que busca dar respuesta este proyecto de investigación es lograr un análisis global y sistematizado de las consecuencias jurídico penales del ilícito en el régimen penal de la minoridad, toda vez que en la literatura jurídica nacional existe una notable desproporción cuantitativa respecto a lo que sucede con investigaciones referidas a la estructura del delito, como así también a las penas aplicables a los mayores de edad. La escasez de estos trabajos priva a los operadores jurídicos de una herramienta necesaria tanto para la interpretación como así también para la aplicación de la ley. Pero, asimismo, priva al legislador de una visión integral de esta temática lo que resulta a todas luces perjudicial en virtud de que sólo a partir de un conocimiento dogmático de las instituciones se puede formular un nuevo sistema o propuestas de reformas a las normas vigentes.

En relación a ese problema central, se presentan los siguientes interrogantes:

- ¿Cuál es la pena que corresponde aplicar en los casos que son declarados penalmente responsables menores que tenían entre dieciséis y dieciocho años de edad no cumplidos al momento de cometer un ilícito penal?

-¿Puede aplicarse a un menor punible la misma pena que a un adulto por el mismo hecho?

- ¿Debe aplicarse una pena distinta?
- ¿Cómo se construye normativamente esa diferencia?
- ¿Cuál es el fundamento de la necesidad de una escala penal diferencial y disminuida para los menores imputables?
- ¿Corresponde dejar librado a la decisión discrecional del juez la disminución de la escala penal establecida para la tentativa?
- En los casos de delitos tentados al momento de decidir la aplicación de una pena ¿Puede realizarse una doble reducción?
- ¿Es constitucional la aplicación de penas de prisión perpetuas a menores punibles?
- ¿Es aplicable a un menor condenado la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad?
- En relación a los fines de las penas, la aplicación de pena a un niño ¿Debe evaluarse desde el punto de vista preventivo especial o preventivo general?

Enunciación de los objetivos generales y específicos perseguidos:

A través de esta investigación, se pretenden alcanzar los siguientes objetivos, de carácter general:

-Analizar las falencias que presenta el sistema adoptado por la Ley 22.278 que regula el Régimen Penal de la Minoridad respecto a la aplicación de penas a menores punibles.

-Armonizar las normas nacionales y provinciales a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional que regulan la aplicación de penas a los menores punibles.

-Investigar la jurisprudencia internacional, nacional y provincial que fija lineamientos respecto a la aplicación de penas a los menores declarados responsables penalmente.

Asimismo, también se intenta lograr la concreción de ciertos objetivos de carácter específico:

-Determinar las consecuencias prácticas de acarrea la inexistencia de un catálogo diferenciado de sanciones a los menores punibles.

-Determinar la necesidad de una correcta regulación de las penas en el Régimen Penal de la Minoridad, sobre todo respecto a su escala.

-Establecer la necesidad de ampliar el abanico de sanciones penales de diferente intensidad y contenido, a efectos de otorgar al juez una herramienta para que pueda seleccionar aquellas que satisfagan con mayor claridad el interés superior del niño.

-Analizar los principios rectores que fijan los criterios de interpretación en la materia.

Justificación y relevancia del problema planteado.

En razón de alcanzar los objetivos expuestos precedentemente y a los fines de evaluar si la legislación nacional de derecho común, art. 4° de la Ley 22.278, que regula las condiciones sustanciales para imponer un castigo a un adolescente acusado de cometer un ilícito penal es compatible con las normas constitucionales relativas a la materia, se desarrollará el presente trabajo de investigación.

El tema a tratar ha sido elegido teniendo en cuenta la problemática que suscita la aplicación de las penas a menores punibles en el derecho argentino fundamentalmente por las siguientes razones:

- 1- La necesidad de propugnar una reforma de la legislación vigente.
- 2- La diversidad de interpretaciones que realizan los juzgados de las normas vigentes.
- 3- La falta de idoneidad de las penas privativas de la libertad para alcanzar el fin de resocialización del joven en conflicto con la ley penal.
- 4- La violación de principios constitucionales fundamentales que son básicos del derecho penal argentino.

La importancia de este trabajo radica en que resulta imperiosamente necesaria una reforma al Régimen Penal de la Minoridad en el cual se establezca un catálogo diferenciado de sanciones penales, toda vez que la legislación nacional de fondo que regula la materia, art. 4 de la Ley 22.278, no contempla penas específicas para los destinatarios de la norma, sino que remite a las penas previstas en el Código Penal y leyes especiales, tratando a un adolescente igual que a un ciudadano adulto toda vez que, al momento de determinar la pena, el juez no tiene otra alternativa que acudir al Código Penal y establecer el monto punitivo partiendo de las escalas mínimas y máximas previstas en los tipos penales comunes, lo que conlleva serios reparos de constitucionalidad y justicia en el caso concreto.

Palabras claves.

Los conceptos claves sobre los que se estructuran la presente investigación son los siguientes: Derecho penal juvenil. Determinación de la pena. Proporcionalidad. Necesidad de sanción. Mínimos y máximos punitivos. Culpabilidad disminuida. Penas perpetuas. Ejecución penal.

Descripción del método de investigación empleado.

Para alcanzar los objetivos propuestos con el desarrollo de esta tesis se emplea como estrategia metodológica el tipo analítico-descriptivo, la cual está basada en la investigación bibliográfica en base a libros, revistas, artículos y fallos jurisprudenciales. Su elección responde a la intención de analizar en qué consiste el régimen penal de menores, sus dimensiones y características.

En base a tales consideraciones se desarrollará la propuesta de investigación del presente trabajo, partiendo de la hipótesis planteada y analizando la norma de fondo en contraste con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, realizando una interpretación armonizadora y proponiendo la necesidad de una reforma.

Se ha estructurado en cuatro capítulos:

- En el primer capítulo se desarrolla la evolución que ha sufrido el sistema de responsabilidad penal menores en nuestra legislación; tanto a nivel nacional como a nivel local en la Provincia de Mendoza.

- En el segundo capítulo se analizan los diferentes instrumentos internacionales que regulan la materia penal de menores, haciendo alusión a sus principales disposiciones. Asimismo se hace mención a aquellas convenciones a las cuales nuestro país ha adherido y las consecuencias jurídicas que ello conlleva, principalmente en la órbita de su responsabilidad internacional.

- En el tercer capítulo se aborda lo relativo a la teoría de las penas, haciendo especial mención de la necesidad de su imposición y proporcionalidad. Se realiza, también una enumeración de las diferentes especies de penas, analizándose especialmente las penas privativas de la libertad. También se consideran otras medidas alternativas a la pena.

- En el cuarto capítulo se hará mención de la actualidad de la temática dentro de la órbita de uno los poderes del Estado Republicano: el Poder Judicial, para analizar a través de los pronunciamientos jurisdiccionales cuál ha sido la evolución en la aplicación de penas privativas de la libertad a menores declarados penalmente responsables. Para tal labor se citan fallos provenientes de diferentes organismos, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Cámaras Federales, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, etc.

Por último, se ha desarrollado una conclusión a título personal, donde se expresan las principales enunciaciones deducidas con la culminación de esta labor de investigación.

CAPÍTULO I:

DERECHO PENAL JUVENIL

Al abordar la temática del presente trabajo de investigación, las penas específicamente dentro del derecho penal juvenil, resulta necesario, como punto de partida, realizar el encuadre teórico de la materia escogida. Cuando nos referimos al derecho penal juvenil, estamos haciendo mención a una parte del derecho penal en general, que comprende el conjunto de normas jurídicas que regulan el juzgamiento de menores en conflicto con la ley penal y la imposición de las medidas correspondientes al caso concreto.

A decir de Roxin¹, su especialidad se convierte en un campo del Derecho propio por la especial clase del autor, toda vez que trata los delitos que cometen los jóvenes y sus consecuencias (parcialmente penales). Por su parte, la Dra. Kemelmajer de Carlucci² ha comentado que un sector doctrinal integrado por autores como Ottenhof, Renacci, Legeais, entre otros, sostienen la existencia de un Derecho Penal de Menores con caracteres especiales y presidido por las reglas y principios que emergen de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento emanado de las Naciones Unidas que define la intervención estatal sobre tres líneas directrices, a saber; la protección, la participación y la prevención, postura compartida por la autora, la que destaca que “el Derecho Penal Juvenil responde a otras exigencias y postulados; apunta a la protección integral con pleno respeto de las garantías constitucionales”.

1. EL ASPECTO TERMINOLÓGICO DE LA CUESTIÓN

Siguiendo con el encuadre de la temática escogida estimo que resulta de suma utilidad analizar la terminología utilizada. Como bien lo expresa la Dra. Kemelmajer³ las palabras tienen muchas veces un alto contenido discriminatorio; tal es lo que sucede, muchas veces, con la palabra “menor”, razón por la cual en la mayoría de los instrumentos de Derechos Humanos ha sido sustituida por otras expresiones, tales como “niño” y “adolescente”. Citando

¹ ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción 2da. edición alemana, Edit. Civitas S. A, Madrid, ed. 1997, pág. 46.

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Justicia restaurativa, posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”. Editorial Rubizal-Culzoni. Buenos Aires, 2004, págs. 39/41.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op. cit, págs.. 44/48.

a García Méndez⁴ señala: “En el contexto socioeconómico de la llamada ‘década perdida’, resulta superfluo insistir con cifras para demostrar la existencia de dos tipos de infancia en América Latina: una minoría con las necesidades básicas ampliamente satisfechas (niños y adolescentes) y una mayoría con sus necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas (los menores)”.

Destaca la jurista que cualquiera sea su extensión, la voz “delincuente juvenil” tiene “mala fama” y por ello muchos autores prefieren no usarla, reemplazándola, algunos por ejemplo con expresiones como “infractores juveniles”.

En algunos países (como los escandinavos) directamente resulta un término desconocido ya que, como la edad del autor no implica un status especial, ni su juzgamiento se realiza por tribunales especiales, sólo se aplican medidas sociales reguladas por la legislación no penal de la que se ocupan los organismos de seguridad social.

Analizando etimológicamente la palabra “delincuencia” se observa su composición por el vocablo *link* que en inglés significa ligamen o cadena y a su vez la partícula negativa *de* la cual implica una idea de ausencia de ligamen o de vínculos. Es la propia palabra la que indica que la respuesta correcta a la delincuencia surge de métodos capaces de reforzar los vínculos originarios y no los que producen mayor aislamiento, ruptura o alejamiento del infractor.

2. LA EDAD EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

Como señalan Deymonnaz y Freedman⁵ desde mediados del siglo XX los derechos del niño se han traducido en el reconocimiento paulatino de una mayor autonomía y participación en los diferentes ámbitos de la vida y según su opinión “se problematizó la (in)capacidad de las personas menores de edad, reconociéndoles autonomía para realizar actos civiles y participar en procesos administrativos, judiciales y políticos; la (in)capacidad dependiente del tipo de acto o procedimiento, de las circunstancias y edad del niño, entre otros factores”. Los mismos comentan que el “reconocimiento de la autonomía de los niños se encuentra íntimamente relacionado con la aceptación de la responsabilidad por los actos ilícitos que cometen y la consecuente aplicación (o no) de sanciones penales, en contraste con la

⁴ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. “Derecho de la infancia adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral”. 2da edición. Editorial Forum, 1994, p 40, citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Justicia restaurativa, posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad” pág. 25.

⁵ DEYMONNAZ, María Virginia y FREEDMAN, Diego. “Nuevos problemas de la justicia juvenil”. Dirigido por Mary Beloff. Editorial Ad-Hoc. 1º edición. Buenos Aires, 2017, pp 344-350.

normativa y las prácticas que consideraban que los niños eran incapaces de ser culpables por su inmadurez y que solo podían ser objeto de medidas de seguridad o tutelares”.

Respecto de la determinación de la edad mínima que genera responsabilidad penal de los niños, niñas y adolescentes que cometen delitos la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 40 inciso 3, a) la obligación de los estados de establecer en forma general una edad mínima a partir de la cual se puede aplicar sanciones penales, antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. De este modo, aquellos niños ubicados por debajo de esa edad mínima no pueden ser sometidos a una sanción penal con independencia de su capacidad de comprender la criminalidad de la conducta y de dirigir sus acciones, resultando ser ésta una presunción “iure et de iure”. No obstante es preciso considerar que cuanto menor es la edad de una persona mayor es la influencia de los condicionamientos y el contexto familiar y social, lo que disminuye la exigibilidad de realizar otra conducta (por el pequeño espacio de autodeterminación que tiene el niño). La determinación de esa edad mínima la realiza cada estado, siendo la misma una decisión de política criminal y como veremos en nuestro país ha sido fijada en dieciséis años de edad.

3. MODELOS DE CONTROL-REGULACIÓN DE LA INFANCIA EN SU ASPECTO JURÍDICO PENAL

A fin de realizar una primera aproximación a la temática en estudio, resulta necesario examinar brevemente las distintas respuestas brindadas a lo largo del tiempo por los estados a la problemática de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Como enseña el Dr. Crivelli⁶ la reacción del estado ante la conducta infractora de los niños, niñas y adolescentes ha sido objeto de diversas regulaciones normativas, que, como régimen específico y en forma independiente al sistema penal que regula los delitos cometidos por los adultos, ha encontrado su génesis en Occidente a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Puede señalarse ese momento histórico donde surgen los diferentes sistemas que implican una nueva concepción sobre la infancia y que dan lugar a modelos que se basan en diferentes paradigmas teóricos que se encuentran condicionados por factores de diversa naturaleza, a saber: social, política y económica.

6 CRIVELLI Anibal. E., "Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil", Edit. B de f. Montevideo, Rca. Oriental del Uruguay, ed. 2014, págs. 65/141.

El referido autor hace mención de cuatro distintos modelos que tuvieron su génesis en distintos momentos históricos:

3.a) MODELO TUTELAR, ASISTENCIAL O PATERNALISTA (el cual responde al paradigma de “situación irregular”)

Este modelo tuvo su auge con el surgir de la sociedad industrial, la cual generó un fuerte proceso inmigratorio produciendo un incremento de la densidad poblacional y a la vez generando el crecimiento de los niveles de pobreza. En ese contexto se desarrollaron múltiples disciplinas vinculadas al estudio de la conducta humana y un notable avance de los métodos científicos. Como expresa el citado autor “los hallazgos científicos generan un impacto notable en la elaboración de explicaciones acerca del fenómeno criminal que, por su parte, adoptaron la metodología y terminología que se utilizaba a nivel médico [...] La habilidad para identificar las causas del crimen implicaba, asimismo, la correspondiente destreza para ‘curar’ mediante intervenciones apropiadas. De este modo, comenzaron a utilizarse términos tales como diagnóstico, prescripción, pronóstico y tratamiento para ‘sanar’ a los infractores habituales de la ley penal”. Fue en este contexto en el que se implementó el sistema de reformatorio, patronato y casas de refugio, con el objeto de convertir a los niños que trasgredían las leyes en personas que respetaran las mismas, considerándose como uno de los primeros establecimientos en los cuales se implementó el modelo a la denominada Casa de Refugio para adolescentes de la Ciudad de Nueva York en el año 1825.

En esa época la concepción imperante respecto de la delincuencia juvenil consideraba que existía una desviación de los niños (ya que se asumía que nacen siendo totalmente inocentes) como consecuencia de la corrupción ambiental a través de agentes externos. Frente a esa concepción y como respuesta del aparato estatal, éste asumía la responsabilidad de intervenir en el control de la niñez en aquellos casos en que los progenitores de los menores demostraran incompetencia al respecto, adoptándose la doctrina del “*parens patriae*”.

Este modelo se basaba en los axiomas del positivismo criminológico, dentro del cual se hacía foco en las causas o factores de la criminalidad, persiguiendo el fin de identificar las medidas adecuadas para lograr neutralizarlos mediante la intervención en el sujeto criminal. Como ejemplos de escuelas que desarrollaron estas teorías en Europa a finales del siglo XIX podemos mencionar la escuela sociológica en Alemania o la escuela positiva en Italia, siendo los exponentes de las mismas, Franz von Liszt y Cesare Lombroso, respectivamente. Esta corriente de pensamiento desarrolló principalmente tres argumentos: considerar a la

delincuencia juvenil fuertemente influenciada por factores de carácter físicos, mentales y sociales; la diferenciación entre los denominados “delincuentes” y los “no delincuentes” y finalmente, la convicción de que la ciencia puede ser empleada para descubrir las causas de la delincuencia juvenil y lograr así reducirla.

Dentro de este sistema, el niño era considerado como un ser incompleto, débil, enfermo, vulnerable y necesitado de ayuda, lo cual implicó consecuencias jurídicas como su configuración de “objeto de protección”. Se consideraba al niño como un sujeto incapaz y por ello se requería una intervención del Estado a fin de aplicarle un “tratamiento”. Respecto de esta concepción se hace necesario destacar que la intervención admitida por el sistema no estaba destinada únicamente a menores en conflicto con la ley penal, sino también a menores que se encontraran en “situación de riesgo” o en “situación irregular”. Todo esto, como destaca el autor analizado, implicaba que la determinación de los supuestos de intervención estatal no se encontraba establecida de manera tal que respetara el principio de legalidad penal.

Dentro de las diferentes formas de intervención estatal sostenidas por este sistema adquiriría relevancia el encarcelamiento o privación de la libertad del menor por tiempo indeterminado, el cual se empleaba como una “medida de protección” o “disposición” del menor con el objeto específico de poder asegurar a los jóvenes un bienestar futuro, siempre rechazando la mención a un castigo (porque ello implicaba que el menor era responsable propio de sus conductas y según los lineamientos del sistema, él debía ser socorrido, protegido y resguardado).

En este sistema tutelar, la imputación formal y el juzgamiento de las conductas penalmente típicas no se desarrollaban a través de un debido proceso, con sus correspondientes garantías y derechos, como se procedía en relación a los mayores que cometían delitos, sino que, por considerarse al niño como un objeto de protección, éste no se constituía como sujeto titular de derechos y obligaciones. De este modo el proceso penal adquiriría un carácter marcadamente inquisitivo, donde el magistrado era parcial ya que concentraba en sí múltiples funciones, a saber, se encargaba de dirigir la investigación, indagar la personalidad del menor, controlar la legalidad del proceso, establecer medidas previas, dictar la sentencia y a la vez, se le exigía actuar como un verdadero “buen padre de familia” a los fines de aplicar aquellas medidas correctivas que fueran necesarias para lograr reformar la conducta de los menores.

3.b) MODELO EDUCATIVO O DE BIENESTAR

Como consecuencia del surgimiento del estado de bienestar tras la segunda guerra mundial y luego de comprobarse que las intervenciones judiciales de carácter formal generaban efectos de perjudiciales en los menores (gracias a los estudios criminológicos) se inició un movimiento tendiente a dejar atrás el sistema tutelar y que permitió el surgimiento del sistema de bienestar.

De esta manera se desarrolló un sistema que continuaba equiparando al menor con un objeto de protección estatal (ya que también lo consideraba incapaz) y que daba lugar a la intervención del estado no sólo ante menores que transgredían la ley, sino también, respecto de los jóvenes que se encontraban inmersos en situación de abandono y carentes de protección.

Existía la convicción de que la estructura social determinaba, en los adolescentes pertenecientes a la clase obrera, problemas relativos al estatus que generaba una incapacidad de adaptación. De ese modo se justificaba su agresión y hostilidad hacia las causas de su frustración.

Dentro de esta ideología surgieron diversas teorías, según enseña el Dr. Crivelli, los sociólogos Richard Cloward (1926-2001) y Lloyd Ohlin (1918-2008) desarrollaron la teoría de la “Oportunidad Diferencial” que se publicó en 1960, en la obra: “Delinquency and Opportunity: A Theory of Delinquent Gangs”. El punto de inicio de esta teoría, radicó en la existencia de subculturas delincuenciales enclavadas dentro del sistema social dominante. Localizaron la génesis de estos subgrupos en la falta de oportunidades y sentimientos de frustración que padecían los jóvenes de las clases deprimidas en su afán por conseguir las metas de éxito económico tan ponderadas por los agentes del control social informal y más o menos arraigadas entre los miembros del colectivo social. La carencia de oportunidades legítimas de superación, traducidas en empleos -incluso los mal remunerados para egresados de escuelas secundarias-, o la imposibilidad de asistir al bachillerato con fines de obtener mejor capacitación, generaban condiciones ideales para el surgimiento de pandillas juveniles. En ese sentido, la percepción de que era el propio funcionamiento de la sociedad el que estrechaba el marco de oportunidades e impedía escalar a un mejor nivel económico, desencadenaba en el adolescente sentimientos de frustración y rechazo hacía el orden establecido, lo que, a la postre, determinaba la conformación de agrupaciones, cuyos miembros, se identificaban mutuamente, por padecer en común, la misma animadversión por el sistema social que los excluía. Así, la cohesión que imperaba en el grupo y el consiguiente

respaldo que se profesaban, facilitaba la comisión de conductas antisociales como medios para lograr las aspiraciones de éxito personal que, por falta de acceso a los canales lícitos les fueron previamente negadas. Estos autores, no se limitaron a explicar la génesis de la criminalidad de los adolescentes en función de la subcultura y la falta de medios institucionalizados, sino que agregaron una variable de orden ecológico, a saber: el medio ambiente o, para ser más preciso, la organización interna de los espacios que auspiciaron el nacimiento de pandillas juveniles.

Por otro lado se desarrolló la teoría del etiquetado o labeling theory, la cual sostuvo que la criminalidad no era una forma determinada de comportamiento, sino que era la secuela de un proceso de estigmatización, considerándose que en el intento de prevenir determinadas desviaciones, se puede crear esas desviaciones. Su fundamento radica en que la desviación de la norma no iría aparejada al acto en sí mismo, sino a que la persona que lo efectúa pertenece a una minoría y por lo tanto la mayoría social lo etiqueta automáticamente como negativo, porque consideran que se alejan de las normas comunes.

Estas teorías dieron lugar al surgimiento de una nueva perspectiva sociológica-científica, denominada de la “reacción social” donde se consideraba que no es posible comprender la criminalidad si no se analiza el sistema penal que la ha definido y que reacciona en su contra. Como consecuencia de estos planteamientos, se llegó a la conclusión de la ineficacia del análisis relativo a las causas del desvío conductual, ya que el enfoque adecuado para tratar la temática era acentuar las perspectivas teóricas y adentrarse en la dinámica política de los sistemas de control social.

La intervención estatal bajo el modelo comentado se caracterizó por la existencia de instancias extrajudiciales, con el fin de no estigmatizar a los menores y no etiquetarlos. Es por ello que se implementaron mecanismos de desjudicialización y programas de mediación entre el joven infractor y la víctima. Por otro lado se crearon programas alternativos con intervención de instituciones administrativas.

3.c) MODELO DE JUSTICIA, DE RESPONSABILIDAD O DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Este modelo se desarrolló en los Estados Unidos a finales de la década del 70 y durante los años 80. En ese período, el incremento demográfico de las ciudades y la existencia de una importante crisis económica desató un incremento en los niveles de criminalidad. Todo

esto generó reclamos sociales que pretendían un endurecimiento del sistema y la revisión del sistema de justicia juvenil.

El modelo se configuró, desde la órbita política, en el marco de las corrientes democráticas y neoliberales, habiendo sido aceptado por la doctrina en forma mayoritaria. Asimismo, fue la fuente de inspiración de la mayoría de las legislaciones penales juveniles tanto de Europa como de América Latina, donde, para esa época, se estaba restableciendo el estado democrático de derecho. Particularmente en Latinoamérica a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño se inició un significativo proceso de transformación de los ordenamientos jurídicos nacionales en relación a la materia penal juvenil, superándose el sistema tutelar que se mantenía, hasta ese momento, dominante. El primer país que realizó este traspaso fue Brasil mediante el Estatuto del Niño y Adolescente a mediados del año 1990 y luego lo siguieron Perú, Guatemala y gran cantidad de países de la América hispano parlante.

Dentro de las principales características de este modelo se puede destacar el reconocimiento a los menores de edad de todas las garantías que les corresponden a los adultos al estar sometidos en un proceso penal, a lo cual se suma determinadas garantías específicas por considerarse que aquellos son personas que se encuentran en etapa de desarrollo. Además de ello, se prevé un amplio catálogo de sanciones diferenciadas específicas para los menores.

Este reconocimiento de las garantías del debido proceso a los menores tuvo su punto de partida en el caso “Gault” resuelto por la Corte Federal de Estados Unidos en el año 1967, el cual inspiró el traspaso de un sistema de ayuda social a un verdadero sistema penal más semejante al propio de los adultos. En el mencionado caso “Gault”, se establecieron ciertas reglas relativas a los procesos de menores: la necesidad de que los mismos fueran informados oportunamente de las acusaciones que se erigían en su contra, que se les hiciera saber el derecho a ser representados por un abogado cuando el procedimiento pudiera tener como resultado privación de la libertad del menor, el derecho a carear e interrogar a los denunciadores y testigos, como así también el derecho a ser advertidos adecuadamente acerca de la garantía contra la autoincriminación y su derecho a permanecer en silencio.

Los organismos internacionales de derechos humanos tuvieron gran influencia en la consolidación de este modelo, propugnando la consideración del menor como sujeto pleno de derechos, superando aquellas concepciones que lo catalogan como mero objeto de protección estatal. Además, se comenzó a evaluar la gravedad del ilícito cometido en cada caso concreto, de manera tal que, sólo se consideraban apropiadas las sanciones que fueran proporcionadas

con la gravedad de la infracción, lo cual significó toda una novedad. El mencionado modelo implicó un cambio de paradigma incluso desde la concepción del menor en sí mismo, ya que al verlo como sujeto pleno de derechos y así también de obligaciones, se lo comenzó a definir en forma afirmativa, como un ser en desarrollo y no como una persona incompleta como era observado por los otros modelos. Esta concepción también implicó la consideración del menor como sujeto responsable por la comisión de infracciones, por ello, se estimó que debía asumir las consecuencias derivadas de las mismas, toda vez que se le reconoció capacidad para motivarse en la norma. De este modo, se puede observar, como destaca el Dr. Crivelli, que desde la perspectiva de este sistema adquiere gran importancia el principio de progresividad, ya que se establece no sólo un mínimo de edad por debajo del cual no puede existir intervención penal alguna, sino que además, se distinguen diferentes franjas de edades con consecuencias jurídico-penales diferenciadas.

La intervención estatal en este modelo considerará el hecho o acto cometido por el menor en infracción a la ley penal, eliminando por completo las categorías de peligro moral y/o material o situación irregular. Se puede observar que existe una clara distinción entre el menor infractor y el abandonado, siendo que respecto de este último intervienen organismos gubernamentales de carácter asistencial o de bienestar con el fin de brindarle protección.

Por otro lado, como reacción ante las infracciones este modelo prevé un catálogo de consecuencias que en forma graduada va implicando una mayor injerencia en los derechos fundamentales en la medida en que la sanción sea más grave. En lo atinente a la privación de la libertad como respuesta a la infracción a la norma por parte de un menor de edad, se la considera de carácter excepcional y por ello sólo se la puede imponer por tiempo determinado, siempre por el lapso más breve posible y únicamente ante la comisión de delitos graves, que en forma expresa prevean tal consecuencia. Es por ello que la privación de la libertad es concebida como una sanción y no como una medida de tratamiento, lo que conlleva a que la misma deba ser proporcionada con el hecho cometido y que respete uno de los principios consagrados por los tratados internacionales de derechos humanos: la brevedad, prolongándose sólo cuando se haya demostrado la inconveniencia de utilizar medidas no privativas de la libertad, atento a los efectos negativos de la privación de la libertad en los niños, niñas y adolescentes. Por otro lado, las limitaciones a la libertad individual durante el trámite del proceso sólo se podrán imponer a título cautelar, respetando el principio de brevedad y cuando fueran indispensables para lograr los fines del proceso.

El modelo adopta un sistema de enjuiciamiento de carácter acusatorio o adversarial de manera tal que se distinguen con claridad las tareas requeridas de aquellas decisorias,

ubicándose unas en cabeza del fiscal y otras en manos de juez, respectivamente. Por otro lado se exige la especialización en la materia de los órganos que integren el sistema penal juvenil.

Además de todo lo expuesto se prevén medidas alternativas y procedimientos de carácter informal, como la mediación y la reparación víctima-infractor o, inclusive, prestaciones a favor de la comunidad. Asimismo, durante todo el proceso se intenta lograr la mayor agilidad en su tramitación.

3.d) MODELOS DE CARÁCTER MIXTOS

Por estos modelos se entienden aquellos sistemas que combinan elementos del modelo de bienestar o educativo con determinados aspectos propios del sistema de justicia o responsabilidad. A uno de ellos se lo denomina “modelo de las 4 D” debido a su inspiración en cuatro ideas fundamentales: despenalización, desinstitucionalización, debido proceso y desjudicialización.

En Latinoamérica podemos observar que la mayoría de las legislaciones penales juveniles establecen mecanismos inspirados en postulados de carácter mixto, como la coexistencia de sistemas acusatorios con instancias conciliatorias ya sea al inicio o durante toda su tramitación. Este fenómeno no es ajeno de la realidad de nuestro país, ya que incluso en nuestra provincia existen dispositivos de desjudicialización.

- la *despenalización* consiste en la disminución de la intervención penal dentro de la justicia juvenil. Es por ello que se reducen el número de conductas tipificadas aplicables a menores, se mitigan las consecuencias jurídicas de las mismas o se establecen eximentes específicas (configurándose una despenalización en el ámbito objetivo) o se eleva la edad mínima de imputabilidad (despenalización en el ámbito subjetivo).
- la *desinstitucionalización* consiste específicamente en instaurar alternativas a la privación de libertad, por considerarla como medida excepcional que debe aplicarse únicamente en casos de absoluta necesidad y por el menor tiempo posible. Todo esto responde a la necesidad de neutralizar los efectos perjudiciales que la privación de la libertad genera en los menores.
- la *desjudicialización* pretende evitar, en la medida en que sea posible, que el menor tome contacto con el sistema de administración de justicia formal. Esto se persigue mediante mecanismos que buscan culminar con el proceso penal formal, como podría ser la renuncia a la acusación o la suspensión del procedimiento una vez que haya comenzado.
- el *debido proceso* engloba, tal como se desprende de su título, lo relativo al proceso, implicando en cuanto al mismo la garantía en relación a los menores de la totalidad de

derechos y garantías que se consagran a los adultos en el sistema de enjuiciamiento penal, permitiéndose limitaciones únicamente en razón de las particularidades del destinatario y la necesidad de proteger su interés superior.

4. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN PENAL JUVENIL EN LA ARGENTINA

La regulación jurídica en nuestro país la encontramos actualmente en la ley nacional N° 22.278 denominada “Régimen Penal de la Minoridad”, la cual data del año 1980, con las modificaciones introducidas a partir del decreto-ley N° 22.803 del año 1983.

Considero preciso, antes de comenzar el estudio pormenorizado del régimen vigente realizar un breve análisis de la evolución histórica de la legislación penal juvenil en nuestro país, la cual, a decir de Zapiola⁷ tuvo su génesis en un contexto histórico caracterizado por determinados factores, a saber: la existencia en el último cuarto del siglo XIX de una población urbana creciente y culturalmente heterogénea en la ciudad de Buenos Aires y la presencia creciente en sus calles tanto de niños como de jóvenes que recorrían la ciudad, sin encontrarse asistiendo a la escuela ni estar circunscritos a espacios de trabajo controlados por adultos, todo ello generó que, a fines de la década de 1890, surgiera la reflexión de las élites acerca de los sectores más jóvenes de la población y se multiplicaran los discursos de funcionarios y profesionales que solicitaban una intervención específica y la implementación de políticas de carácter sanitarias, educativas y asistenciales que garantizaran la conversión de esos niños en hombres y mujeres aptos para contribuir al porvenir de la patria a través de su futuro desempeño como trabajadores y como madres. Sus proyectos, como refleja la citada autora, se estructuraron en torno a dos demandas: el establecimiento de la tutela o patronato estatal sobre los niños caracterizados como menores y la creación de instituciones estatales de corrección a las cuales enviarlos.

En paralelo, a nivel internacional, en la Ciudad de Chicago, Illinois, Estados Unidos de Norteamérica, se creó el primer Tribunal Juvenil -*Juvenile Court*- en el año 1899, el denominado Tribunal de Menores del Condado de Cook, disponiendo así un fuero especializado el cual respondía a la necesidad de juzgar a los menores imponiéndoles medidas diferentes que a los mayores. De esta manera surgió la jurisdicción especializada bajo un modelo tutelar y proteccionista, con la premisa de que los menores estaban fuera del derecho

⁷ ZAPIOLA, María Carolina, “La Ley de Patronato de Menores de 1919: ¿una bisagra histórica?”, en Lionetti, Lucía y Míguez, Daniel (comp.), *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1890- 1960)*, Prohistoria, Buenos Aires, 2010, págs. 117/132.

penal. En tanto, en Latinoamérica fueron creados los primeros tribunales de menores en Colombia por ley de 26 de noviembre de 1920.

En este contexto fue que se sancionó la ley N° 10.903, Ley de Patronato de Menores de 1919, la cual colmó en gran medida aquellas expectativas, modificando el Código Civil de la Nación, vigente en aquella época (ley N° 340).

4.a) LEY N° 10.903 LEY DE PATRONATO DE MENORES (año 1919).

Popularmente conocida como Ley Agote, toda vez que el proyecto de ley fue presentado por el Dr. Luis Agote, médico y diputado por la provincia de Buenos Aires. Esta norma, al modificar el Código Civil de la Nación, autorizó a los jueces de los tribunales criminales o correccionales de la Capital Federal, las provincias y los territorios nacionales a suspender o quitar la patria potestad a aquellos padres de menores de dieciocho (18) años que fueran condenados por delitos graves o por cometer delitos en contra de sus hijos, como así también si hubieran sufrido condenas que revelaran su carácter de delincuentes profesionales o peligrosos, también cuando sin ser condenados comprometieran su salud, moralidad y seguridad debido a ebriedad consuetudinaria, conducta notoria y escandalosa, malos tratos o negligencia culpable y en general, cuando los menores se encontraran moral o materialmente abandonados. Como consecuencia de la suspensión o pérdida de la patria potestad, los niños quedaban bajo la tutela estatal, la cual era ejercida por los jueces y por funcionarios del denominado Ministerio Público de Menores, e incluso podían llegar a ser entregados a una persona honesta, fuera pariente o no, o a un establecimiento de beneficencia -de carácter público o privado- o un reformatorio público de menores.

La autora citada enseña que la Ley del Patronato supuso una “profundización de la intervención estatal” en lo relativo a la pérdida de los progenitores de la patria potestad. Pero además de ello, fue la encargada de establecer las bases en el ordenamiento jurídico argentino para el tratamiento penal específico de los menores de dieciocho (18) años, ya que los mismos comenzaron a comparecer ante jueces criminales y correccionales, siendo parte de procesos penales diferentes a los de los adultos y permitiendo que, tanto una vez que hubieren cumplido su condena, como en el supuesto de ser absueltos, el juez interviniente los mantuviera bajo la tutela del estado hasta la mayoría de edad (la cual se obtenía a los veintiún -21- años en ese entonces) si los consideraba en peligro o material o moralmente abandonados.

La mencionada ley implicó en nuestro país el surgimiento del denominado “complejo tutelar” en relación al tratamiento de los niños y adolescentes inmerso en una visión de tipo correccionalista, como una modalidad de control social de aquellos grupos sociales que se consideraban vulnerables o peligros, aplicándoseles políticas de carácter correctivas o curativas. Su entrada en vigencia implicó la instauración en el ordenamiento jurídico argentino del sistema de patronato como función estatal de protección, por considerar al menor como objeto de tutela y al estado como titular del deber inexcusable de protección.

No obstante este sistema no estaba exento de críticas, tal como manifiesta Terragni⁸ el hecho de permitirle al juez disponer de los menores de dieciocho (18) años, por tiempo indeterminado, y hasta los veintiún (21) años de edad en los supuestos de “peligro moral” o “abandono material”, no acusados de ningún delito, constituía una categoría legal vaga y ambigua, que otorgaba al órgano jurisdiccional “una discrecionalidad no compatible con un estado de derecho”, destacando que esto permitía la aplicación a los menores de medidas restrictivas de libertad por parte del magistrado interviniente por estar, a criterio del juez, inmersos en una “situación irregular” en violación manifiesta al principio de legalidad. Además, cabe hacer hincapié en la posibilidad que habilitaba el sistema instaurado por la Ley Agote de que el juez continuara disponiendo del menor incluso si éste fuera absuelto o sobreseído. Se observa que uno de sus principales problemas es que habilitaba la privación de la libertad en forma amplia: no sólo si se había cometido un delito, sino también en los supuestos de peligrosidad moral o material, circunstancias que revelaban el carácter autoritario de la norma al equiparar a los niños abandonados con los que delinquían. Esto dio lugar a la judicialización de aquellos niños que estaban siendo tutelados por el estado únicamente por encontrarse inmersos en una situación de pobreza. Es por ello que, acertadamente el Dr. Crivelli⁹ recalca que no era una ley “dirigida a los niños argentinos de clase media o alta sino, particularmente, a un grupo muy seleccionado, conformado por aquellos niños y adolescentes marginados de los cánones normales de desarrollo e inserción social. Es decir, niños y jóvenes hijos de inmigrantes y en su mayoría, pertenecientes a sectores sociales excluidos, que llevaban a costas el estigma de ‘menores inadaptados’ o ‘peligrosos’ conforme a la ideología positivista de la época”. El autor citado considera que el menor quedaba ajeno al derecho y proceso penal ordinarios, habilitándose así la intervención

⁸ TERRAGNI, Martiniano Rodolfo, “Justicia Penal de Menores”, 3er edición, Buenos Aires. La Ley; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de publicaciones, 2010, págs. 53/54.

⁹ CRIVELLI Aníbal. E., "Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil", Edit. B de f. Montevideo, Rca. Oriental del Uruguay, ed. 2014, págs. 230/278.

judicial o administrativa en forma absolutamente indiscriminada, ya que no se respetaban las garantías del debido proceso.

4.b) LEY N° 11.179 CÓDIGO PENAL de la NACIÓN ARGENTINA (año 1921)

Desde el año 1921 y hasta mediados de la década del cincuenta, la imputabilidad de los menores estuvo incorporada al Código Penal en sus artículos 36 a 39, dentro del título “imputabilidad”. Éste determinaba la imputabilidad de los menores a partir de los catorce (14) años, permitiendo que el magistrado interviniente colocara al menor, hasta que cumpliera los dieciocho (18) años de edad, en un establecimiento para su corrección si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente, o de sus padres, tutores o guardadores, resultaba peligroso dejarlo a cargo de éstos. Esta disposición determinaba la imputabilidad de los jóvenes desde los catorce (14) años de edad y la correlativa posibilidad de ser pasibles de condena con imposición de pena privativa de la libertad. El citado cuerpo normativo también permitía que la entrega se anticipara mediante resolución judicial si, en forma previa se justificaba la buena conducta del menor y la de sus padres o guardadores.

Cabe destacar que preveía que en aquellos supuestos en que se pudiese inferir de la conducta del menor su carácter de pervertido o peligroso, el tribunal estaba habilitado a prolongar su estadía hasta los veintiún (21) años de edad, previa comprobación de tal carácter. Tal disposición, como bien indica el Dr. Crivelli reflejaba la adhesión al sistema cronológico puro, estableciendo una presunción *iure et de iure* de inimputabilidad para todas las personas menores de catorce (14) años de edad. De igual manera, se preveía la posibilidad de imponerle medidas tutelares hasta su mayoría de edad, considerando únicamente su mayor o menor “peligrosidad” o “perversión”, ya que en ningún momento establecía la necesidad de comprobar si el menor había participado o no en el hecho infractor la ley penal.

Además de lo expuesto, establecía ciertas reglas para los menores de dieciocho (18) años y mayores de catorce (14) años, permitiendo así la colocación del menor en un establecimiento de corrección en los casos de comisión de delitos cuya pena pudiera ser de ejecución condicional y fuere peligroso o inconveniente dejarlo a cargo de sus padres, tutores o guardadores. Tal estadía podía disponerse hasta los veintiún (21) años de edad o anticiparse o retardarse su libertad cuando resultara necesario, según las condiciones del sujeto. Por otra parte disponía que si el delito tenía pena mayor, se encontraba autorizado el tribunal a reducirla en la forma determinada para la tentativa.

El autor analizado reflexiona sobre el sistema instaurado con tales disposiciones y considera que los menores, si bien estaban sometidos a un régimen penal especial en determinados casos podía éste ser más gravoso que el de los adultos, porque incluso en el caso en que procediera una condena de ejecución condicional el magistrado interviniente podría ordenar la privación de la libertad del menor hasta sus veintiún (21) años de edad, en el caso en que fuera considerado “peligroso”.

En consonancia con la denominada Ley Agote, en el artículo 39 del Código Penal se establecía que en todos los casos de delitos cometido por un menor, el tribunal podía privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela, como así también disponer el cambio de guardadores. A tales fines, el mismo cuerpo legal preveía que para tomar tales medidas se debían tener en cuenta la situación personal del menor, sus padres, tutores y guardadores y lo que fuera conveniente al desenvolvimiento moral y educacional del primero.

4.c) LEY 14.394 RÉGIMEN DE MENORES Y DE LA FAMILIA (año 1954)

La norma analizada al imponer un Régimen de Menores y de la Familia, entre otras disposiciones, estableció el Régimen Penal de Menores, ya que decidió tratar el tema de menores bajo un régimen especial. A través de esta reforma del Código Penal, que derogó las disposiciones de la ley 11.179, se elevó el límite de inimputabilidad a dieciséis (16) años, estableciéndose una imputabilidad relativa para la franja etaria de dieciséis (16) a dieciocho (18) años y una ejecución diferencial en cada caso particular de acuerdo a exámenes realizados al menor. Con estos cambios se apuntaba a un tratamiento especial de los menores con la idea de reeducarlos a través de instituciones de asistencia en la que se posibilitaba a los magistrados disponer libremente del menor.

Tal como señala el Dr. Crivelli, a través de la inimputabilidad absoluta se excluyó cualquier tipo de sanción penal y mediante la imputabilidad relativa, se dejó fuera del ámbito de intervención material los delitos que no excedían de un año de prisión, de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación. Con este nuevo marco legislativo, se lograron diferenciar dos categorías de menores con regímenes jurídicos diferenciados:

-los niños, niñas y jóvenes menores de dieciséis (16) años, los cuales eran considerados inimputables de carácter absoluto (sin admitirse prueba en contrario), respecto de los cuales sólo podían adoptarse medidas tutelares. Tales medidas eran de carácter muy amplio y podían incluso significar la internación en un instituto especializado dependiente del Consejo Nacional del Menor.

-los jóvenes comprendidos entre los dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad, siempre en relación a delitos que no sean de acción privada, o que no tengan sanción de multa, inhabilitación o privación de la libertad menor a un año, los que eran considerados imputables de carácter relativo. Respecto a ellos, se los sometía a un tratamiento tutelar durante un plazo mínimo de un año y una vez adquirida la mayor edad, se requería un informe de conducta. En el caso de que tal informe, las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y la impresión directa y personal del juez respecto del mismo, surgiera la necesidad de aplicar una pena, la misma podía ser reducida en la misma forma prevista para la tentativa. No obstante, si el magistrado consideraba que no era necesaria la imposición de una pena, podía eximirlo de la misma. En el caso de que se impusiera una medida privativa de libertad, ésta se haría efectiva en institutos especializados para menores, siendo trasladado a un establecimiento para adultos si durante su condena alcanzaba la edad de veintiún (21) años.

Analizando las disposiciones citadas Fellini¹⁰ manifiesta que “esta misma ley trajo aparejada la introducción del criterio de discrecionalidad judicial, lo que significó que el menor relativamente imputable (dieciséis -16- a dieciocho -18- años) no quedara sujeto al quantum legal por el hecho cometido, sino que la consecuencia jurídica de sus actos dependiera de la información, de sus antecedentes y de la impresión directa del juez”.

4.d) DECRETO-LEY N° 21.338 MODIFICATORIA DEL CÓDIGO PENAL (año 1976)

El gobierno de facto en el marco de la doctrina de seguridad nacional dejó sin efecto la ley N° 14.394 y estableció la edad de imputabilidad en catorce (14) años. Por lo tanto, esta norma determinó un sistema donde podía diferenciarse:

-inimputabilidad de carácter absoluta: hasta los catorce (14) años de edad.

-imputabilidad de carácter relativa: ubicada entre los catorce (14) y hasta los dieciséis (16) años de edad;

-plena responsabilidad penal a partir de los dieciséis (16) años con un sistema de ejecución especial que se mantenía hasta los veintiún (21) años -edad a la que se adquiría la mayoría de edad-.

¹⁰ FELLINI, Zulita. “La problemática penal juvenil”. Editorial Hammurabi. 1° edición. Buenos Aires, 2019. Pág. 233.

4.e) DECRETO-LEY N° 22.278 RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD (año 1980)

Todas estas disposiciones fueron posteriormente derogadas por la ley N° 22.278 de fecha 25 de agosto de 1980, que estableció el actual régimen de carácter tutelar mixto, fijando la punibilidad de los menores a partir de los catorce (14) años de edad, siempre y cuando los delitos cometidos no fueran delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación. Tal ley fue diseñada en base a propuestas realizadas por una Comisión de Juristas que el Ministerio de Justicia designó ad hoc y es la que se encuentra actualmente vigente con la posterior modificación introducida por la ley 22.803 de 1983, resulta inevitable no asociar la sanción de la norma referida con el contexto socio-político de la última dictadura militar.

La norma analizada dispuso en su artículo 1° que no eran punibles los menores de catorce (14) años de edad como tampoco los que tuviesen menos de dieciocho (18) años de edad, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación. Una vez efectuada la imputación contra algún menor la norma analizaba facultaba al juez interviniente a disponer provisionalmente del mismo, debiendo proceder a la comprobación del delito y tomar conocimiento directo tanto con él, como con sus padres, tutor o guardador, ordenando informes y peritaciones destinados a determinar su personalidad y las condiciones familiares y ambientales en que se encontraba, previendo que mientras estos estudios se desarrollaban el menor fuese colocado durante el tiempo imprescindible en un lugar adecuado a tal fin. Además de ello, la ley estableció que si de los estudios realizados resultaba que el menor se hallaba abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presentaba problemas de conducta, el magistrado podía disponer definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Por otro lado, la norma analizada establece en su artículo 2° la punibilidad del menor de catorce (14) a dieciocho (18) años de edad que hubiere incurrido en un delito que no sea de acción privada o reprimido con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años o que previese pena de multa o inhabilitación. En esos casos faculta a la autoridad judicial a someterlo al respectivo proceso y autoriza a disponer del menor provisionalmente durante su tramitación a los fines de imponerle una pena, siempre que se cumplan ciertos requisitos que enumeraremos más adelante. A todo lo descripto, se hace necesario destacar que la normativa establece expresamente que cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios

realizados surgiera que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador. La respectiva disposición, de carácter definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad. En el mismo texto de la ley (artículo 3°) se establecen los efectos de la mencionada disposición, a saber: la obligada custodia del menor por parte del juez para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral, la consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, y el discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

A los efectos de imponerle una pena a los menores de edad considerados punibles, la ley (artículo 4°) exige determinados requisitos, estableciendo que si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá el magistrado interviniente, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Como así también se dispone que si fuese innecesario aplicarle una sanción, lo absolverá, incluso aunque no hubiera cumplido los dieciocho (18) años de edad. Las condiciones a las que se supedita la aplicación de sanción son las siguientes:

- 1) que se haya declarado su responsabilidad penal previamente y en el caso de que corresponda, haya sucedido lo mismo con su responsabilidad civil, todo esto conforme a las normas procesales.
- 2) que haya cumplido la edad de dieciocho (18) años.
- 3) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, el cual puede prorrogarse en caso de ser necesario hasta la mayoría de edad.

En el cuerpo normativo citado se establece (artículo 5°) que las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, que hubiere cometido antes de cumplir los dieciocho (18) años de edad. En el caso de que fuere juzgado por un delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente.

Asimismo, en forma clara y expresa, su artículo 6° establece que las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Previéndose que si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.

El texto normativo establece también en el artículo 7° que respecto de los padres, tutores o guardadores de los menores tanto punibles como no, el juez podrá declarar la pérdida de la patria potestad o la pérdida o suspensión de su ejercicio, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere. Aquí vemos como mantiene algunos de los lineamientos de su antecesora, la Ley Agote, ya que como bien señala el Dr. Crivelli, habilita al magistrado interviniente a disponer de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación irregular, por tiempo indeterminado o hasta su mayor edad, con total independencia respecto a si su conducta encuadra o no en una figura penal, todo lo cual configura para el citado autor una contradicción con el principio de legalidad.

En los casos que el proceso en virtud de un delito cometido por un menor de dieciocho (18) años comencare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esa edad (artículo 8°), el tratamiento tutelar exigido como requisito para la imposición de sanción, se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndoselo complementar con una amplia información sobre su conducta. En el caso de que el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido.

Todo lo establecido por la norma citada se aplicará aun cuando el menor fuere emancipado, por previa disposición de la misma en su artículo 9°.

Atento al contexto normativo existente en la época de su sanción, ya que la mayoría de edad se alcanzaba recién a los veintiún (21) años de edad, en el artículo 10° se preveía la situación de privación de libertad de un menor que incurriere en delito entre los dieciocho (18) años y la mayoría de edad, disponiéndose que la misma se haría efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos especializados para menores.

Por otro lado se estableció que para el cumplimiento de las medidas tutelares las autoridades judiciales de cualquier jurisdicción de la República prestarán la colaboración que se les solicite por otro tribunal y aceptarán la delegación que circunstancialmente se les haga de las respectivas funciones, lo cual formaba el artículo 11° de la ley N° 22.278.

4.f) LEY N° 22.803 MODIFICACIÓN DE LA LEY N° 22.278 (año 1983)

En el año 1983, con el advenimiento de la democracia, se sancionó la ley N° 22.803, que cambió la edad de la imputabilidad penal a los dieciséis (16) años de edad. Esta modificación se materializó en los artículos 1° y 2° del cuerpo normativo, los cuales sustituyeron los artículos primero y segundo de la ley reformada.

Como podemos observar, la normativa actualmente vigente expresa en forma clara la concepción del adolescente como “objeto de tutela”, sin reconocerle su condición de sujeto de derecho, amparado con garantías constitucionales, como lo hace el derecho penal común respecto de los adultos.

5. OTRAS LEYES RELEVANTES

Luego de hacer un repaso por la evolución histórica que tuvo el Derecho Penal Juvenil en nuestro país y de la legislación de fondo vigente, resulta necesario hacer referencia a diversas leyes que tienen relevancia en la temática objeto de estudio, a saber:

5.a) LEY N° 24.660 EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD (año 1996)

La ley reguladora de la ejecución de la pena privativa de la libertad prevé un título específico para los “jóvenes adultos”, comprendidos en la franja etaria de dieciocho (18) a veintiún (21) años, en relación a los cuales establece (artículo 197) que deberán ser alojados en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos -coincidente con el artículo 8 del Código Penal de la Nación- y en su tratamiento se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación profesional y en el mantenimiento de los vínculos familiares. Por otro lado dispone que (artículo 198) excepcionalmente y mediando los informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, quienes hayan cumplido veintiún (21) años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir veinticinco (25) años, luego de lo cual serán trasladados a un establecimiento para adultos.

5.b) LEY N° 25.767 MODIFICACIÓN DEL CODIGO PENAL ARGENTINO (año 2003)

Entre otras disposiciones, esta norma incorporó el artículo 41 quater en el Código Penal el cual establece que cuando en el hecho delictivo participen menores de dieciocho (18) años, los mayores que hayan participado en el hecho, agravarán su condena, ya que la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio (1/3) del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo. Como podemos observar tal

disposición responde a un propósito de desalentar a los mayores a iniciar a los menores en el delito.

5.c) LEY N° 26.061 LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (año 2005)

En las últimas tres décadas, el país ha encarado la adecuación de su normativa interna a los estándares internacionales. Éste es un proceso que aún continúa en la actualidad y se encuentra, lamentablemente, muy lejos de satisfacer las expectativas generadas por la suscripción de la Argentina de numerosos tratados e instrumentos de derechos humanos relativos a la condición del menor y que tratan específicamente ciertos aspectos de su sometimiento a un proceso penal, los cuales serán abordados específicamente en uno de los próximos capítulos.

En el año 1990 se incorporó a nuestro derecho interno la Convención de los Derechos del Niño (CDN), la cual adquirió en el año 1994 jerarquía constitucional con la reforma de la Constitución Argentina (específicamente con el nuevo texto del artículo 75 inc. 22). Años después se sancionaron nuevas leyes provinciales, se derogaron otras y se aprobó, en el año 2005, la ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

En materia penal juvenil, los principios de la Ley N° 26.601 son afines a un modelo de responsabilidad penal juvenil que distingue entre adolescentes en conflicto con la ley penal y adolescentes en situación de vulnerabilidad. Para los primeros, se propugna un sistema penal con las mismas garantías que los adultos y un plus de garantías específicas por la condición de menor, mientras que para los segundos, se promueven políticas positivas de restauración de derechos vulnerados, con total independencia de si han cometido o no delitos.

La norma en cuestión dispone (artículo 1°) que su objeto es la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, con el fin específico de garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Además de ello establece que los derechos por ella reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. Ante esto prevé que la omisión en la observancia de los deberes que por la misma ley le corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a

todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

En el artículo 2° se establece con suma claridad la aplicación obligatoria, en las condiciones de su vigencia, de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto de todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho (18) años de edad. Disponiendo de esta manera que las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Además de ello establece respecto a los derechos y las garantías de los sujetos de la ley como de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Por otro lado, la norma se encarga de consagrar el principio del interés superior del niño (artículo 3), ya que lo define como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, determinando su contenido e imponiendo la obligación de respetar:

- a) su condición de sujeto de derecho;
- b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) su centro de vida, entendiéndose por tal el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

En el resto de sus artículos se encarga de establecer pautas sobre las cuales se elaborarán las políticas públicas de la niñez y adolescencia (artículo 4), la responsabilidad gubernamental e indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal (artículo 5), el derecho a la participación comunitaria de los niños, niñas y adolescentes (artículo 6), la responsabilidad familiar en cuanto al pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías (artículo 7) y un plexo de derechos y garantías específicos como a la vida, dignidad, integridad, identidad, etc. (artículos 8/27).

En lo relativo a los procesos y procedimientos, consagra una serie de garantías mínimas de procedimiento, tanto en aquellos de carácter judicial o administrativo, estableciendo que los organismos del estado deberán garantizar a las niñas, niños y

adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) a participar activamente en todo el procedimiento;
- e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

La referida norma establece en su título tercero (artículos 32 al 41) un sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, el cual debe ser implementado mediante una concertación articulada de acciones de la Nación, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios. Dentro del mismo título se definen las “medidas de protección integral de derechos” como aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. Resulta de suma importancia una disposición de este título, específicamente el artículo 33, donde establece que la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización. De esta manera se establece categóricamente que el objeto específico del sistema es la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, es por ello que se prevé que se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes y cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar se articularán a través de los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo - incluso económico-, con miras al

mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares. Dentro de las medidas de protección, la ley hace una enumeración no taxativa (artículo 37), a saber:

- a) aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- b) solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c) asistencia integral a la embarazada;
- d) inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- e) cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;
- f) tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- g) asistencia económica.

Únicamente en forma excepcional se autoriza la imposición de medidas que impliquen privación respecto de las niñas, niños o adolescentes de su medio familiar, con el objeto de conservar o recuperar el ejercicio y goce de los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias (artículo 39). La norma se encarga de establecer que las mismas se encuentran sujetas a un control judicial de carácter estricto (artículo 40) y que tales medidas excepcionales no pueden consistir en privación de la libertad (artículo 41).

La sanción de esta importante ley permitió derogar la antigua Ley Agote N° 10.903, que había dado origen a la doctrina del “sistema tutelar”. La nueva norma se inscribió, tal como expresa Reyes¹¹ en la “doctrina de protección integral de la adolescencia”, receptó la concepción de niños, niñas y adolescentes como sujetos dignos de reconocimiento especial de derechos en su condición de ser humano en desarrollo, eliminando toda posibilidad de “disposición tutelar” y consagrando el principio rector en la materia: “el interés superior del niño”. De esta manera se estableció un nuevo marco jurídico, que implicó el reconocimiento de los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos.

11 VASILE, VIRGINIA, “Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal”, Virginia Vasile y Fabiana Reyes, 1ra ed., Buenos Aires, edit. Infojus, 2012. págs. 23/25.

Esta ley dispone un sistema de intervención aplicable únicamente en supuestos de menores que se encuentren en situación de vulneración de sus derechos y si bien constituye un cambio profundo en nuestro sistema jurídico e institucional, coincido con el Dr. Crivelli quien manifiesta que no basta con su mera vigencia, sino que se hace necesaria que sea plenamente operativa y para ello es preciso el desarrollo de una visión diferente en todo lo relativo a la infancia y sus correspondientes derechos. Esto es así, ya que la norma convive con el actual sistema penal juvenil el cual se encuentra regulado por la ley N° 22.278, que, como ya se analizó, mantiene su carácter netamente tutelar, coincidente con la idea de que los menores son objeto de tutela y represión y no sujetos de derecho.

Lo que permite la ley N° 26.061, conforme explica Reyes, es otorgar “un marco normativo básico para realizar las reformas profundas que deben emprenderse en la materia, estableciendo un sistema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, se crean las instituciones administrativas o judiciales que se activarán frente a la amenaza o la violación de los derechos del niño: la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, institución de carácter interministerial, cuyo fin es establecer los lineamientos y parámetros de las políticas de la infancia; el Consejo Federal de la Niñez, Adolescencia y Familia, que le otorga un carácter federal; y por último, en el ámbito legislativo, la figura del Defensor de los derechos del Niño, Niña y Adolescente”. Es por ello que la autora destaca el modo que en este cuerpo normativo posiciona al estado en el rol de garante de los derechos que niños, niñas y adolescentes que pudiesen tener vulnerados o amenazados. Todos estos organismos tienen como principal propósito efectivizar los derechos y garantías reconocidos a los niños, niñas y adolescentes mediante la citada ley.

Si bien esta norma ha sido un gran avance en cuanto a políticas protectorias de la infancia y juventud aún nos encontramos a un abismo de lograr la operatividad de todos los derechos y garantías consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos relativos a la minoridad en los que la Nación es parte y continuamos con un sistema “mixto/dual” (“situación irregular” y “protección integral de los derechos del niño”). Por todo lo expuesto es que considero se hace inminente la necesidad de una reforma profunda del Sistema Penal Juvenil para obtener, de este modo, su adecuación a los lineamientos internacionales imperantes en materia de derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes.

5.d) LEY N° 26.994 CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (año 2014).

Este nuevo cuerpo legal que entró en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, regula también diversos aspectos de la materia objeto de análisis. En tal sentido, Fellini¹² nos enseña que “trae como novedad la determinación de un criterio etario manifestado en la distinción que hace entre capacidades referidas a distintas edades reconociendo la edad de la adolescencia entre trece y dieciocho años y asimilando de esta manera distintas capacidades de acuerdo con el principio de autonomía progresiva”. Por ello considera que la ley sigue un criterio objetivo y “divide las capacidades considerando una gradación etaria y un criterio subjetivo respecto a ciertos actos, ya que solo pueden realizarse conforme el nivel de madurez que haya desarrollado el individuo en particular”.

6. LEGISLACIÓN DE LA PROVINCIA DE MENDOZA RELATIVA AL RÉGIMEN PENAL DE MENORES

6.a) LEY N° 6354 RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LA MINORIDAD DE LA PROVINCIA DE MENDOZA (año 1995)

En virtud de que las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación y aquél que en forma expresa se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (artículo 121 de la Constitución Nacional), se encuentran facultadas de dictar sus normas de carácter adjetivo o de forma, por ello, haciendo uso de esta facultad la Provincia de Mendoza sancionó en el año 1995 la Ley N° 6.354 de Régimen jurídico de protección de la minoridad.

Originalmente la norma objeto de análisis regulaba en su libro primero todo el régimen jurídico provincial de protección a la minoridad y en su libro segundo, títulos I y II todo lo relativo a la justicia de familia, su organización y procedimiento.

No obstante el libro I en el año 2018 fue derogado por la ley N° 9139 que regula en la actualidad el régimen jurídico de protección a personas menores edad. Esta nueva disposición legal crea la Dirección General de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, como ente descentralizado que se encontrará conformada por la Dirección de Protección y

¹² FELLINI, Zulita. “La problemática penal juvenil”. Editorial Hammurabi. 1° edición. Buenos Aires, 2019, pág. 238.

Restitución de Derechos, la Dirección de Cuidados Alternativos y el Consejo Provincial de Niñez y Adolescencia (arts. 16 y 17) y tiene por objeto la protección integral de niños, niñas y adolescentes como sujetos principales de derechos, reconocidos en el ordenamiento legal vigente y en los Tratados Internacionales en los que la Nación es parte (art. 1). Asimismo establece como autoridad de aplicación a la Subsecretaría de Desarrollo Social, dependiente del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes o el organismo que en el futuro la reemplace (art.2). Dispone también, que deberá entenderse por niños, niñas y adolescentes a todas las personas sujetos de derechos que no hubieren alcanzado la edad de dieciocho (18) años (art. 3) y que su interés superior es la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico. En este mismo sentido afirma que los derechos y las garantías de los niños, niñas y adolescentes son irrenunciables, interdependientes e integrales (art. 4)¹³.

Respecto a la justicia de familia, en el año 2018 fue aprobada la ley 9120 que derogó el libro II, títulos I y II de la ley 6354 y puso en vigencia el nuevo Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de la provincia de Mendoza.

Actualmente la ley 6354 sólo regula específicamente el proceso penal de menores, manteniendo su vigencia el título tercero del citado cuerpo normativo, donde establece cómo se organiza la Justicia en lo Penal de Menores de la Provincia disponiendo su integración (artículo 109) por el Tribunal en lo Penal de Menores, el Juez en lo Penal de Menores y el

¹³ Art. 4°- Interés Superior. A los efectos de la presente Ley se entiende por Interés Superior de niños, niñas y adolescentes a la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico. En este mismo sentido los derechos y las garantías de los niños, niñas y adolescentes son irrenunciables, interdependientes e integrales.

Debiéndose respetar, entre otros:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) Su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural;
- d) El equilibrio entre los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes y las exigencias del bien común;
- e) Su centro de vida.

El conflicto entre los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses se resolverá, como regla, a favor de los primeros.

El Estado garantizará y financiará proyectos y programas en pos del Interés Superior de niños, niñas y adolescentes, en el ámbito de la familia y de la sociedad, brindándoles las oportunidades y facilidades para el desarrollo físico, psíquico y social, procurando su autonomía progresiva e impulsándolos a participar en forma autónoma de las decisiones relacionadas con su propia vida.

Art. 5°- Centro de Vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde niños, niñas y adolescentes han permanecido el mayor tiempo de su existencia en condiciones legítimas; siendo objetivos primordiales a tal fin:

- a) La protección de niños, niñas y adolescentes en el espacio familiar y/o el espacio próximo y comunitario;
- b) La protección del centro de vida de niños, niñas y adolescentes como lugar para garantizar sus derechos, desde el respeto al pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural;
- c) La asistencia, defensa, y restitución de derechos, mediante la descentralización y revalorización del ámbito local y regional, y el fortalecimiento de los mecanismos que apuntan a proteger a la familia como núcleo social primario.

Ministerio Público, cuya organización y competencia se rige por la ley analizada y supletoriamente por las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el Código Procesal Penal;

- el Tribunal en lo Penal de Menores estará integrado por tres (3) jueces y el Juzgado en lo Penal de Menores será unipersonal y estarán a cargo de letrados, estableciéndose que los magistrados deberá tener versación en derecho de minoridad (respetando así el principio de especialidad de la materia).

-el Ministerio Publico Fiscal y Pupilar de Menores estará conformado por el agente fiscal, que ejercerá la acción penal y los actos propios de la policía judicial, en la forma establecida por esta ley y el defensor de menores.

Se establece que será el Tribunal en lo Penal de Menores (artículo 113), quien juzgará todos los delitos, salvo aquellos en los que se hubiera ejercido la opción del juicio abreviado que se encuentra prevista en el inciso c) que se detalla a continuación y entenderá en los recursos contra las resoluciones del Juez en lo Penal de Menores. Respecto de éste último a él le corresponde (artículo 114):

- a) practicar las medidas que le correspondan durante la investigación del agente fiscal;
- b) proveer en la audiencia preliminar;
- c) el juzgamiento, en única instancia, de los delitos imputados a menores que a la fecha en que se promueve la acción no tengan más de dieciocho (18) años, cuando la ley establezca para la infracción una pena que no exceda los diez (10) años de prisión y se optare por el juicio abreviado;
- d) el juzgamiento de las faltas cometidas por menores hasta los dieciocho (18) años; y,
- e) tomar las medidas de protección respecto de los menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas.

Respecto de aquellos casos en que se encuentren imputados conjuntamente mayores y menores de dieciocho (18) años (artículo 115), la justicia en lo penal ordinaria se pronunciará sobre la responsabilidad penal y aplicarán las normas del régimen penal de menores vigente.

Relativo a esta disposición es necesario destacar la Acordada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza N° 26.979 del 19 de noviembre de 2015, la cual dispone que en función de la especialidad¹⁴ que se requiere para las instancias de administración de justicia en el fuero penal juvenil, la integración de las Cámaras del Crimen será con, al menos,

¹⁴ Principio de especialidad: “característica fundamental que implica dos aspectos complementarios, una faz normativa y otra faz orgánica” ésta última sería atendida por la norma analizada. TERRAGNI, Martiniano. “Nuevos problemas de la justicia juvenil”. Dirigido por Mary Beloff. Editorial Ad-Hoc. 1° edición. Buenos Aires, 2017, pp 217.

un juez o jueza del Tribunal Penal de Menores y deberá ser siempre de instancia colegiada. Asimismo la acordada analizada establece que la Cámara así integrada sólo tendrá competencia para pronunciarse respecto a la responsabilidad penal del menor (punto 4), estableciendo que las medidas tutelares o de protección que deban tomarse respecto de la persona menor de edad cuya responsabilidad hubiese sido declarada sean ordenadas por el Juez Penal de Menores o Tribunal Penal de Menores según la pena amenazada para el delito atribuido. Seguidamente dispone que la sentencia integrativa de la declaración de responsabilidad decretada será competencia exclusiva del Tribunal Penal de Menores o del Juez Penal de Menores que intervino en el juicio de declaración de responsabilidad (punto 5). Finalmente, en su punto 6), ordena la improcedencia del Fuero de Flagrancia cuando en el hecho investigado se encuentra imputada una persona menor de 18 años de edad, disponiendo que finalizada que sea la instancia de investigación por parte del Ministerio Público Fiscal, el juez de garantías de Flagrancia, de oficio o a pedido de parte cesará su intervención remitiendo compulsas respecto de los imputados menores de edad al Fiscal Penal de Menores que por turno corresponda a fin de que tome intervención y continúe con el trámite de ley.

En aquellos casos que un menor deba ser juzgado después de haber cumplido los dieciocho (18) años de edad (artículo 116), por un hecho cometido antes de esa edad, será competente la justicia en lo penal de menores.

Conforme dispone el texto legal (artículo 117) el agente fiscal dirigirá la investigación preliminar, practicando y haciendo practicar los actos inherentes a ella y actuará ante el Tribunal y el Juez en lo penal de menores, según corresponda.

La norma establece expresamente (artículo 120) la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Provincia (norma adjetiva de carácter ordinaria, ley N° 6370 con reforma de la ley N° 9040) en todos los casos no previstos expresamente por esta ley.

6.b) LEY N° 8.465 CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD DE LA PROVINCIA DE MENDOZA (año 2012)

El Código de Ejecución de la pena privativa de la libertad de la provincia de Mendoza se sancionó en el año 2012, previendo en varias partes de su cuerpo disposiciones específicas respecto de los “jóvenes adultos”. Coincidiendo con la norma de alcance nacional, considera dentro de esta categoría a aquellos jóvenes que se encuentran comprendidos entre las edades de dieciocho (18) a veintiún (21) años, respecto de los cuales se ha desarrollado la sección tercera del capítulo tercero, donde se dispone que deberán ser alojados preferentemente en

instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos (artículo 232) y también se hace especial hincapié en que en su tratamiento se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación profesional y en el mantenimiento de los vínculos familiares. En el artículo 233 se encuentra previsto que, excepcionalmente y mediando los informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, aquellos jóvenes que hayan cumplido veintiún (21) años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir veinticinco (25) años, para luego ser trasladados a un establecimiento para adultos.

Tales principios se reiteran a lo largo del cuerpo normativo, específicamente en lo relativo a la especialidad de los lugares de alojamiento (artículo 211) y en lo referido al especial cuidado que se le dará a su capacitación laboral (artículo 126).

7. ANÁLISIS RÉGIMEN PENAL DE MENORES ACTUAL

De lo que llevamos analizado, podemos concluir que el Régimen Penal de Menores se encuentra estructurado de la siguiente manera:

1) Menores que no han cumplido los dieciséis (16) años: nuestro ordenamiento los considera inimputables en forma absoluta, por lo que no se admite prueba en contrario.

Cabe mencionar que respecto de los mayores de dieciséis (16) pero menores de dieciocho (18) años de edad, se los considera así también inimputables cuando se trate de delitos que no excedan los dos (2) años de prisión o estén reprimidos con pena de multa o inhabilitación, como así también cuando se trate de delitos de acción privada. Respecto de los mismos, se podría decir que estamos frente a una despenalización específica que permite su equiparación con los menores de dieciséis (16) años de edad, ya que dichos menores son imputables, pero no serán punibles, obedeciendo esta exención de pena a razones de estricta política criminal.

En todos aquellos supuestos en los que el menor resulta no punible, si bien no se le aplicará una pena, quedará sujeto a las medidas tutelares que el Tribunal interviniente considere apropiadas para su resguardo y vigilancia (art. 1 ley 22.278). No obstante, en la provincia de Mendoza en lo que concierne de los menores no punibles la justicia penal sólo podrá acreditar sumariamente el hecho y resolver respecto a su intervención activa, pero las medidas tutelares estarán a cargo del órgano administrativo, en actualidad el que fuera creado

por ley 9139 (Protocolo de Incumbencias Ley 26.061 de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la Ley Penal, acordada N° 21.617 de fecha 28/11/2008)¹⁵.

Al realizar un análisis sobre la Justicia Nacional de menores Terragni¹⁶ comenta que se han disminuido considerablemente tales disposiciones tutelares en relación a menores de dieciséis (16) años y que las mismas se resuelven dentro del expediente actuario, comunicándose luego las disposiciones de menores a la secretaría tutelar del juzgado correspondiente, donde se abre un expediente “tutelar” relativo al niño involucrado en el hecho investigado, debiéndose, en el caso de las disposiciones definitivas, decidirse mediante auto fundado.

Como enseña el Dr. Crivelli en su obra, la terminología empleada en la ley se presta a confusión, ya que en el artículo 1° de la Ley N° 22.278 se establece la “no punibilidad”, categoría que no coincide exactamente ni con la culpabilidad ni con la responsabilidad. Pese a ello, el autor citado sostiene que se adhiere a un sistema cronológico o biológico puro a los fines de determinar la imputabilidad de las personas menores de edad, la cual atiende únicamente a la edad del menor y sin permitir pruebas en contra, por lo que resulta ser una presunción “iure et de iure”. Como se estudió, este sistema se impuso en nuestro ordenamiento desde 1921 con la sanción del actual código penal, impidiendo la consagración del sistema del discernimiento, según el cual el juez interviniente debía determinar en cada caso concreto, si el niño era capaz o no de imputabilidad, lo cual daría lugar a la aplicación o exención de pena.

¹⁵ “Procedimiento a seguir respecto de niños o niñas y adolescentes no punibles que estén involucrados en hechos tipificados por el código penal”.

“ Cuando en un hecho intervengan niños /as o adolescentes no punibles , la investigación preliminar la llevará a cabo el Fiscal Penal de Menores en turno, quien calificará el hecho y en forma inmediata lo pondrá a disposición del O.A. mediante comunicación telefónica y vía correo electrónico a la dirección que se indicará oportunamente. Deberá remitir copia de lo actuado a la Oficina del OA. en horario de 8 a 20 horas en días hábiles y a Comisaría del Menor.

Cuando en el hecho intervengan mayores de 18 años y niños /as o adolescentes no punibles, la investigación será llevada a cabo conforme art. 115 de la ley 6.354 por la justicia ordinaria.

En tal caso las Oficinas Fiscales o Unidades Fiscales intervinientes deberán poner a disposición del O. A. a los niños, niñas o adolescentes no punibles en forma inmediata, mediante comunicación telefónica y vía correo electrónico a la dirección que se indique. Deberán remitir dos copias del preventivo o de las actuaciones labradas, una a la Oficina del O. A. sito en calle Mitre y Montevideo, de 8 a 20 horas los días hábiles y otra a Comisaría del menor

En todos los casos se deberá además remitir oficio donde conste que se deja al niño, niña o adolescente a disposición del O. A y sus datos personales.

Siempre deberá ser efectuada la investigación del hecho y resuelta la intervención activa o no del niño, niña o adolescente en el mismo, con el objeto de preservar el principio de inocencia, garantizar el derecho de defensa y los derechos de la víctima”.

¹⁶ TERRAGNI, Martiniano Rodolfo, “Justicia Penal de Menores”, 3er edición, Buenos Aires. La Ley; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de publicaciones, 2010, págs. 55/60.

2) Menores que han cumplido los dieciséis (16) años pero que no han cumplido los dieciocho (18) años de edad: al llegar a los dieciséis (16) años de edad, la ley presume su capacidad de culpabilidad, que ya han alcanzado madurez mental suficiente, siendo por ello imputables y punibles, salvo en aquellos casos que se compruebe la existencia de alguna causal que excluya su responsabilidad (de la misma manera que en el sistema de imputación común).

Estos jóvenes son considerados imputables relativos, porque para que se les imponga pena se deben cumplir ciertas condiciones que se encuentran determinadas en el artículo 4° de la ley nacional, las cuales como ya fue señalado, requieren la declaración de responsabilidad penal o civil de carácter previa, que hayan cumplido la edad de dieciocho (18) años (edad en la que actualmente se adquiere la mayoría de edad en el régimen jurídico argentino tras la reforma del Código Civil impuesta por la ley N° 26.579 del año 2009) y que hayan sido sometidos a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del sometimiento al tratamiento tutelar por el término de un año.

De lo expuesto, surge que la norma de fondo obliga a desdoblarse el veredicto incriminatorio en dos instancias fundamentales, una en la que se discute solamente la materialidad del hecho y la autoría responsable del adolescente imputado (declaración de responsabilidad penal) y otra posterior y decisiva donde sólo se discute la necesidad de sanción y en su caso, cuánto de sanción -cesura de juicio-. Se trata de dos plenarios distintos siendo el último el más importante porque decide la suerte del adolescente en nada menos que su libertad ambulatoria, en esta instancia, la norma de fondo impone la valoración de un complejo de factores involucrados que hacen a la retrospectiva del hecho bajo examen como también la culpabilidad post-delictual del autor.

3) Jóvenes comprendidos entre los dieciocho (18) y los veintiún (21) años de edad: se les aplica el derecho penal común, de carácter ordinario, dejándose de lado las previsiones del artículo 4° de la ley N° 22.278 en lo relativo a las posibilidades de atenuación o eximición de pena. Cabe mencionar que esto sucedía incluso cuando entró en vigencia la citada ley, aunque actualmente los mayores de dieciocho años de edad ya son personas mayores de edad y plenamente capaces, ya que, como se comentó en este trabajo, a finales del año 2009 operó

una reforma del Código Civil de la Nación vigente en ese entonces, disponiendo la reducción de la mayoría de edad a los dieciocho (18) años, cuando hasta ese entonces operaba a los veintiún (21) años de edad. Tal modificación en nuestro ordenamiento jurídico se conservó al sancionarse el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde agosto del año 2015, por lo que no ha habido modificación alguna en cuanto a la cuestión hasta la actualidad.

De igual manera cabe mencionar, tal como lo expone el Dr. Crivelli, que la ley N° 22.278 prevé un régimen especial en lo relativo a la ejecución de las sanciones impuestas y cumplidas durante la menor edad, por lo que dispone que las mismas se harán efectivas en institutos especializados y en caso de que durante su ejecución se alcance la mayor edad, el resto de la condena se cumplirá en establecimientos para adultos.

A todo lo expuesto en el presente capítulo, es menester agregar que el régimen penal vigente respecto de los menores no se agota en las citadas normas pertenecientes al denominado “derecho interno argentino” ya que existen numerosas disposiciones de carácter internacional relativas a derechos humanos que impactan en la materia penal, específicamente juvenil. Tales instrumentos serán analizados en los próximos capítulos, pero anticiparé que en virtud de los compromisos asumidos por la Nación mediante la suscripción de los mismos, respetando el principio *pacta sunt servanda* y máxime respecto de aquellos tratados que gozan de jerarquía constitucional (incluso aquellos que no la tengan, ya que de igual modo están dotados de jerarquía suprallegal por disposición constitucional) deben de ser respetados, aplicados y garantizados en toda su extensión, por lo que se hace inminentemente una reforma del régimen actual para adecuarlo a las mencionadas disposiciones internacionales y así, hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren incurso en un proceso penal.

CAPÍTULO II: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1) NOCIONES INTRODUCTORIAS

En materia de justicia penal juvenil, rigen en Argentina un conjunto de instrumentos internacionales cuyas disposiciones contrastan fuertemente con las normas de derecho interno analizadas en el capítulo anterior.

En este orden de ideas, revisten fundamental importancia los tratados internacionales suscriptos por la Argentina, que en virtud de la reforma de nuestra carta magna en el año 1994 constituyen el denominado “bloque de constitucionalidad”. En esa reforma se incorporó el artículo 75° inciso 22¹⁷ el cual dispone que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, de esta manera se puso punto final a la discusión que existió en nuestro país respecto a la supremacía o no los tratados internacionales sobre el derecho interno.

Vale recordar que ya en el año 1992 en virtud del fallo “Ekmekdjian c/Sofovich”¹⁸ la Corte Suprema de Justicia de la Nación se había pronunciado adhiriendo a la postura de que los tratados internacionales gozaban de primacía sobre el derecho interno en virtud de las disposiciones de la Convención de Viena, ratificada por la Argentina en el año 1969. De esta

¹⁷ Artículo 75 CN.- Corresponde al Congreso:

Inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

¹⁸ EKMEKDJIAN, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 7 de Julio de 1992. Fallos: 315:1492.

manera, tal como expone Góngora Mera¹⁹ ”el artículo 31²⁰ debía entonces interpretarse no como ordenador jerárquico entre tratados y leyes sino como regulador de la supremacía del derecho nacional sobre el derecho provincial en el ámbito interno”.

De este modo, en el nuevo ordenamiento se reconoció la superioridad jerárquica de los Tratados Internacionales frente a las leyes y se equiparó, en las condiciones de su vigencia, a ciertos Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Constitución Nacional, dando lugar al ya mencionado “Bloque de Constitucionalidad”, el cual, como explica Góngora Mera “tuvo su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, fue adoptada posteriormente por el Tribunal Constitucional español en 1982 y luego por diversos tribunales constitucionales latinoamericanos durante la década de los noventa”.

Por ello, estos instrumentos internacionales pasaron a formar parte de la Constitución Nacional y como expresa Bidart Campos²¹ “cuando una Constitución incluye una cláusula de aceptación a los principios generales del derecho internacional, con esa misma cláusula está aceptando y acatando la norma internacional que subordina todo el derecho interno al derecho internacional”.

En Argentina conforman ese bloque una lista definida de Declaraciones y Tratados de derechos humanos, los cuales, para ser operativos deben cumplir las siguientes condiciones: a) que estén vigentes (y por lo tanto hayan entrado en vigor según las normas del derecho internacional), b) que se apliquen “en las condiciones de su vigencia” a nivel interno como a nivel internacional, c) que no deroguen artículo alguno de la primera parte de la Constitución, relativa a declaraciones, derechos y garantías y d) que se interpreten como complementarios de los mismos, lo que implica en palabras de Góngora Mera que “las Declaraciones y Tratados que hacen parte del Bloque deben interpretarse de manera extensiva frente a los derechos reconocidos en el texto constitucional, de forma que amplíen el marco de protección. Esto permite que derechos que no se encuentran explícitamente reconocidos en el texto constitucional por la vía del Bloque sean tutelables de manera directa en Argentina”.

¹⁹ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”. Artículo publicado en <https://www.menschenrechte.org/es>. 19 de enero de 2007.

²⁰ Artículo 31 CN.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

²¹ BIDART CAMPOS, Germán J. “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”. Buenos Aires, Editorial Ediar, pág. 463.

Tras la reforma constitucional del año 1994, tal como expone Bidart Campos²² “los tratados sobre derechos humanos, bien que responden a la tipología de los tratados internacionales, son tratados destinados a obligar a los estados-parte a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones internas, es decir, a respetar en esas jurisdicciones los derechos que los mismos tratados reconocen directamente a los hombres que forman la población de tales estados. El compromiso y la responsabilidad internacionales aparejan y proyectan un deber ‘hacia adentro’ de los estados”. Asimismo, afirma que la fuerza propia de tales instrumentos radica en dos premisas básicas, a saber, el hecho de que las normas internacionales sobre derechos humanos constituyen *ius cogens*²³ (de carácter inderogable, imperativo e indisponible) y por otro lado los derechos humanos integran los principios generales del derecho internacional público.

De ello deriva su trascendencia en el derecho penal juvenil, ya que como observaremos, tales instrumentos consagran principios e imponen directivas dirigidas a regular los procesos penales en que se encuentran sometidos niños, niñas y adolescentes, los cuales, como se adelantó, no han sido debidamente receptados por nuestro derecho interno lo que revela que el estado argentino se encuentra actualmente en la posición de sujeto pasivo incumplidor de sus compromisos internacionalmente asumidos y por lo tanto, pasible de responsabilidad internacional. Esto es así ya que, tal como menciona Bidart Campos, el estado al ratificar o adherir a tales instrumentos asume “obligaciones de omitir violación y también de dar o de hacer algo frente al hombre sujeto activo. Es además, el único sujeto

²² BIDART CAMPOS, Germán J. “Manual de la constitución reformada”. Tomo I, 4ta reimpresión. Editorial Ediar, Buenos Aires, año 2006, págs. 506/510.

²³ Es el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que define el *Ius Cogens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango. Cualquier tratado internacional contrario a una norma de *ius cogens* es nulo. Incluso en el artículo 64 del mismo cuerpo legal se vuelve a reafirmar el carácter supremo del derecho imperativo con respecto a la norma convencional. No se expresa un catálogo de normas de *ius cogens*, sino que esta determinación se deja a la práctica y a la jurisprudencia internacional, no obstante, en general se considera que lo son, entre otras, la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición del genocidio, la prohibición del racismo y el apartheid, el derecho de autodeterminación de los pueblos, la prohibición de la tortura, así como las normas fundamentales del Derecho humanitario.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados aprobada por Ley N° 19.865, Bs. As., 3/10/1972:

Art. 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

internacionalmente acusable -en su caso- y responsable por el incumplimiento de esas obligaciones que, en cuanto sujeto pasivo, ha asumido al hacerse parte en el tratado”.

Pero allí no se agotan las obligaciones asumidas por el estado nacional ya que, también tiene obligaciones de prevención, vigilancia, sanción y reparación de los derechos lesionados por conductas privadas. Por esto es tan importante comprender la dimensión que revisten estos instrumentos en nuestro ordenamiento interno ya que los tratados al ser ratificados internacionalmente o al adherirse a los mismos pasan a integrar el derecho interno, constituyendo así, derecho internacional de origen contractual.

A todo lo expuesto debemos agregar a modo de conclusión que cualquier tratado goza de jerarquía superior a las leyes, mientras que los enumerados por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional tienen directamente jerarquía constitucional, sin negar la posibilidad de que otros tratados que versen sobre derechos humanos puedan en el futuro adquirir tal jerarquía por un procedimiento especial previsto en nuestra misma carta magna²⁴.

De lo dicho se sigue que las normas contempladas en tales instrumentos revisten operatividad y por lo tanto, conforme explica el autor citado, provocan el efecto de derogar cualquier norma interna infraconstitucional que se le oponga como así también la correlativa obligación del poder judicial de declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas internas de carácter infraconstitucional que se encuentren en contradicción con la disposición convencional o bien declarar que la primera ha sufrido una derogación automática, a lo que se le suma el efecto de investir con la calidad de titulares de derechos a las personas sujetas a la jurisdicción argentina lo que correlativamente trae aparejado el hecho de convertir a los estados nacional o provincial y particulares en sujetos pasivos del reconocimiento de los mismos. El autor citado atinadamente aclara “aun tratándose de cláusulas programáticas, si la ley que conforme a ellas debe dictarse no es dictada en un lapso razonable, la omisión frustratoria de la cláusula programática merece reputarse inconstitucional

²⁴ Tan acertada ha sido esta prescripción abierta al futuro, que con posterioridad a la reforma de 1994, ya se han agregado nuevos tratados con jerarquía constitucional: 1) La *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* Aprobada durante la 24a. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556. Jerarquía Constitucional por Ley 24.820. Sancionada el 30 de abril de 1997. Promulgada el 26 de mayo de 1997. 2) La *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.584. Jerarquía constitucional Ley 25.778. Sancionada el 20 de agosto de 2003. Promulgada el 2 de septiembre de 2003. 3) La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo*, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. Ley 26.378. Sancionada: Mayo 21 de 2008. Promulgada: Junio 6 de 2008. Jerarquía constitucional Ley 27.044. Sancionada el 19 Noviembre de 2014. Promulgada el 11 Diciembre de 2014.

(inconstitucionalidad por omisión), vale destacar la importancia de esta afirmación en el derecho penal juvenil.

Por último resta hacer referencia a la importancia que reviste en la materia el derecho no convencional o soft law, que, a diferencia de los tratados antes detallados, resultan ser instrumentos internacionales no convencionales de distinta naturaleza y obligatoriedad.

Así se denomina a un numeroso conjunto de instrumentos, especialmente originados en el sistema universal de Naciones Unidas, que comprenden reglas, principios y directrices sobre los más diversos temas de derechos humanos. Entre ellos, hay muchos que se ocupan de temas vinculados a la administración de justicia penal. Estos instrumentos de derechos humanos de carácter no contractual incluyen, además de declaraciones, otros instrumentos denominados reglas mínimas, principios básicos, recomendaciones o códigos de conducta. El vertiginoso desarrollo del derecho de los derechos humanos se ha multiplicado en numerosos tratados, principios y otros instrumentos internacionales, que conforman hoy este nuevo corpus normativo. Debe quedar en claro que estos instrumentos constituyen parte del derecho internacional de los derechos humanos.

En el derecho penal juvenil encontramos numerosas disposiciones no convencionales o soft law que complementan las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y proporcionan orientación para la aplicación de los derechos reconocidos en ella, por lo que deben servir de pauta interpretativa a fin de establecer si en una determinada situación los derechos de los niños, niñas y adolescentes han sido vulnerados. Entre ellos cabe citar: a) las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad, b) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), c) las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y d) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

Habiendo explicado la importancia de los instrumentos internacionales suscritos por el estado nacional, como así también del derecho internacional no convencional resulta necesario realizar un análisis específico de aquellos que contienen disposiciones relativas a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

2) INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA MATERIA PENAL JUVENIL

Los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, varios de los cuales, como se analizó, se les ha otorgado jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22), a la vez que gozan de derechos específicos por su condición de personas en etapa de crecimiento. En consecuencia, tanto la Constitución Nacional como diferentes normas internacionales fijan obligaciones concretas a los Estados en favor de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional²⁵ prevé que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos por ella y por los tratados internacionales, en particular respecto de niños y niñas.

Asimismo, los instrumentos que gozan de jerarquía constitucional estipulan derechos específicos a niños, niñas y adolescentes. Entre estos, podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que dispone que niños y niñas tienen derecho a medidas de protección (artículo 24) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en cuanto establece que todo niño/a, tiene derecho a medidas de protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (artículo 19). Pero sin dudas, el instrumento más relevante en la materia es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que reconoce expresamente a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho. Por ello, resulta necesario realizar un breve análisis de cada uno de ellos, como así también de otros instrumentos internacionales de obligatoria aplicación en la materia.

2.a) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Este instrumento, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de

²⁵ Artículo 75.- Corresponde al Congreso:

Inc. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

1976 y que goza de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22° de la Constitución Nacional) hace mención específica a los menores procesados en varias de sus disposiciones.

Específicamente en su artículo 10 inciso 2°, apartado b) se dispone “Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”.

Por su parte, en el artículo 3 establece que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

Además de estas disposiciones, debemos destacar el texto del artículo 14 inciso 1°, el cual al referirse a los derechos de las personas dentro de un proceso, consagra el principio de que toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, respecto del cual establece una excepción “en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario”. Por otro lado, en ese mismo artículo 14, en el inciso 4° se dispone que “en el procedimiento aplicable a los menores de edad se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”.

2.b) CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica)

La Convención Americana a sobre derechos humanos, conocida como “Pacto San José de Costa Rica”, que tal como ya se indicó, tiene jerarquía constitucional, fue suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos celebrada del 07 al 22 de noviembre de 1969 en la Ciudad de San José de Costa Rica. De ella, surgen varios artículos donde específicamente hacen referencia a los menores sometidos a un proceso penal.

En tal sentido, el artículo 5 al referirse al derecho a la integridad personal, en su inciso 5° dispone que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. El citado artículo asimismo establece en su inciso 6° que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, regla que si bien es genérica, resulta también aplicable a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Por otro lado el artículo 19 indica que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

2.c) CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes –que también goza de jerarquía constitucional- fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrando en vigor el 26 de junio de 1987.

Consta de 3 partes y 33 artículos, dentro de los cuales podemos destacar el artículo 1 cuando establece: “se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Por su parte, el artículo 2 dispone: “todo estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”. Mientras que en el artículo 4 consagra la obligación relativa a que “todo estado parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura”. A lo expuesto cabe agregar que se establece que “todo estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”.

2.d) REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES

Popularmente conocidas como las “Reglas de Beijing” en virtud de haber sido adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985, realizada en esa ciudad, capital de la República Popular China. Estas reglas, ponen especial énfasis en los aspectos más relevantes de la justicia penal para adolescentes, reafirmando el carácter socio-educativo del proceso penal y si bien no han sido suscriptas por el país en el orden federal, como bien comenta Ibarzábal²⁶, se encuentran vigentes en virtud del *ius cogens* y forman parte del derecho internacional no convencional al que antes se hizo referencia.

Estas reglas constan de seis partes donde, luego de una enunciación de los principios generales a modo introductorio, se establecen pautas relativas a las diferentes etapas del proceso.

Como principios generales en su artículo 1 dispone:

“1.1 Los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales, promover el bienestar del menor y de su familia.

1.2 Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible.

1.3 Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.

1.4 La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

²⁶ IBARZABAL, José María. “La determinación de la pena en el derecho penal juvenil”. Artículo publicado en pensamientopenal.com.ar. 06 de junio de 2016.

1.5 Las presentes Reglas se aplicarán según el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales que predominen en cada uno de los Estados Miembros.

1.6 Los servicios de justicia de menores se perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados”.

Seguidamente en el artículo 2 se observan aclaraciones respecto del alcance de las Reglas y definiciones utilizadas, cuando establece:

“2.1 Las Reglas mínimas que se enuncian a continuación se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2.2 Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:

a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;

b) Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y

c) Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

2.3 En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:

a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;

b) Satisfacer las necesidades de la sociedad;

c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian...”

A continuación el artículo 3, entre otras menciones, establece que “las disposiciones pertinentes de las Reglas no sólo se aplicarán a los menores delincuentes, sino también a los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos”. En otras palabras, el artículo establece que las reglas analizadas se aplicarán, no solo a los jóvenes imputados de delitos, sino también en todos los procedimientos que puedan afectar derechos de niños, niñas o jóvenes.

De suma relevancia resulta el artículo 5 que menciona los objetivos de la justicia de menores, disponiendo con total claridad que “el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y *garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito*” (el destacado me pertenece).

A continuación podemos observar que el artículo 7²⁷ consagra el respeto a las garantías procesales fundamentales, lo que se encuentra en consonancia con lo establecido en el artículo 9 donde dispone que “ninguna disposición de las presentes Reglas podrá ser interpretada en el sentido de excluir a los menores del ámbito de la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas y de otros instrumentos y normas reconocidos por la comunidad internacional relativos al cuidado y protección de los jóvenes”²⁸. Lo dicho nos confirma que la condición de menor implica un “plus” que se debe incorporar a los derechos penales-procesales básicos, ya consagrados para el resto de los seres humanos.

La segunda parte de las reglas hace hincapié en todo lo relativo a la investigación y procesamiento, disponiendo, entre otras cosas, la necesidad de notificar en forma inmediata a los padres o tutor del menor ante su detención y el “juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor”²⁹.

Asimismo, respecto a la prisión preventiva de niños, niñas y adolescentes el artículo 13 señala:

²⁷ Art. 7. Derechos de los menores 7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

²⁸ La regla 9 tiene por objeto evitar todo equívoco en lo tocante a la interpretación y aplicación de las presentes Reglas en consonancia con los principios contenidos en los instrumentos y normas internacionales pertinentes - vigentes o en desarrollo- relativos a los derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño y el proyecto de convención sobre los derechos del niño. Conviene precisar que la aplicación de las presentes Reglas es sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera instrumentos internacionales que contengan disposiciones de aplicación más amplia (Comentario del artículo)

²⁹ Segunda parte - Investigación y procesamiento

Art. 10. Primer contacto

10.1 Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible.

10.2 El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor.

10.3 Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño.

13.1 Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2 Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

13.3 Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

Luego de tales apartados, sigue la parte tercera, relativa a la sentencia y resolución, donde se reconoce al menor el derecho a contar con asistencia jurídica gratuita durante todo el proceso y la participación de sus padres o tutores (artículo 15³⁰), mientras que en el artículo 17 se consagran los principios rectores que deberán considerarse al momento de resolver la situación procesal de un niño, niña o adolescente, disponiendo:

“17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;

d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

³⁰ 15.1 El menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha ayuda en el país. 15.2 Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor

17.2 Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital.

17.3 Los menores no serán sancionados con penas corporales.

17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento”.

Seguidamente, el artículo 18 al regular las medidas resolutorias establece el principio de pluralidad, disponiendo que “para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) Libertad vigilada;
- c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h) Otras órdenes pertinentes.

18.2 Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario”.

Por su parte, el artículo 19 consagra el carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios al disponer que el mismo “se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

Con posterioridad, se desarrolla una cuarta parte relativa al tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios, seguida de una quinta parte alusiva al tratamiento en establecimientos penitenciarios, donde en el artículo 26 se establecen los objetivos del tratamiento en establecimientos penitenciarios, disponiendo:

“26.1 La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

26.2 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria -social, educacional, profesional,

sicológica, médica y física- que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

26.3 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos.

26.4 La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo.

26.5 En el interés y bienestar del menor confinado en un establecimiento penitenciario, tendrán derecho de acceso los padres o tutores.

26.6 Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación”.

Resta destacar el artículo 28 donde obliga a la autoridad a recurrir y conceder la libertad condicional tan pronto como resulte posible³¹.

2.e) DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

Este instrumento internacional es más conocido como “Directrices de Riad” por alusión a una reunión internacional de expertos sobre el proyecto de texto que se encontraba en la capital de Arabia Saudita (1988).

Estas directrices, que como se adelantó, forman parte del derecho internacional no convencional o soft law, fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990, celebrada en el marco del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, el cual se llevó a cabo en la Ciudad de La Habana, Cuba. En ellas se pone de

³¹ Art. 28. Frecuente y pronta concesión de la libertad condicional

28.1 La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.

28.2 Los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad.

manifiesto un enfoque proactivo y positivo de la prevención y manifiestan una creciente conciencia de que los niños son seres humanos de pleno derecho.

Se encuentran integradas por siete apartados, debiéndose destacar el primero de los mismos donde al establecer los principios fundamentales dispone que “la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas (art. 1) [...] Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control (art. 3)”.

Resulta fundamental hacer referencia también al apartado tercero destinado a la prevención general donde se establece, a través del artículo 9 que “deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención³²”.

Asimismo en el apartado cuarto se enfatiza que a los efectos de elaborar políticas públicas de prevención, resulta fundamental el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios. Es la familia nuclear o ampliada, la unidad central en la socialización primaria que deberá ser apoyada y ayudada en el cuidado y la protección del niño³³.

³² *III. Prevención general*

Art. 9. Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que, entre otras cosas, comprendan:

- a) Análisis a fondo del problema y reseñas de programas y servicios, facilidades y recursos disponibles;
- b) Funciones bien definidas de los organismos, instituciones y personal competentes que se ocupan de actividades preventivas;
- c) Mecanismos para la coordinación adecuada de las actividades de prevención entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales;
- d) Políticas, estrategias y programas basados en estudios de pronósticos que sean objeto de vigilancia permanente y evaluación cuidadosa en el curso de su aplicación;
- e) Métodos para disminuir eficazmente las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil;
- f) Participación de la comunidad mediante una amplia gama de servicios y programas;
- g) Estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de aplicación de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes.
- h) Participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluida la utilización de los recursos comunitarios, y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de indemnización y asistencia a las víctimas;
- i) Personal especializado en todos los niveles.

³³ *IV. Procesos de socialización*

Art. 10. Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración.

A. La familia

Luego, ya en el apartado quinto destinado a la política social, específicamente en el artículo 46 se consagran principios fundamentales sobre nuestro objeto de estudio al determinar que “sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a los propios intereses del joven. Los criterios para autorizar una intervención oficial de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a las situaciones siguientes:

A) Cuando el niño o joven haya sufrido lesiones físicas causadas por los padres o tutores;

b) Cuando el niño o joven haya sido víctima de malos tratos sexuales, físicos o emocionales por parte de los padres o tutores;

Art. 11. Toda sociedad deberá asignar elevada prioridad a las necesidades y el bienestar de la familia y de todos sus miembros.

Art. 12. Dado que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Deberán prestarse servicios apropiados, inclusive de guarderías.

Art. 13. Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto.

Art. 14. Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro.

Art. 15. Deberá prestarse especial atención a los niños de familias afectadas por problemas creados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales, en especial a los niños de familias indígenas o de inmigrantes y refugiados. Como tales cambios pueden perturbar la capacidad social de la familia para asegurar la educación y crianza tradicionales de los hijos, a menudo como resultado de conflictos culturales o relacionados con el papel del padre o de la madre, será necesario elaborar modalidades innovadoras y socialmente constructivas para la socialización de los niños.

Art. 16. Se deberán adoptar medidas y elaborar programas para dar a las familias la oportunidad de aprender las funciones y obligaciones de los padres en relación con el desarrollo y el cuidado de sus hijos, para lo cual se fomentarán relaciones positivas entre padres e hijos, se hará que los padres cobren conciencia de los problemas de los niños y los jóvenes y se fomentará la participación de los jóvenes en las actividades familiares y comunitarias.

Art. 17. Los gobiernos deberán adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía en la familia y desalentar la separación de los hijos de sus padres, salvo cuando circunstancias que afecten al bienestar y al futuro de los hijos no dejen otra opción viable.

Art. 18. Es importante insistir en la función socializadora de la familia y de la familia extensa; es igualmente importante reconocer el papel futuro, las responsabilidades, la participación y la colaboración de los jóvenes en la sociedad.

Art. 19. Al garantizar el derecho de los niños a una socialización adecuada, los gobiernos y otras instituciones deben basarse en los organismos sociales y jurídicos existentes pero, cuando las instituciones y costumbres tradicionales resulten insuficientes, deberán también prever y permitir medidas innovadoras.

c) Cuando el niño o joven haya sido descuidado, abandonado o explotado por los padres o tutores;

d) Cuando el niño o joven se vea amenazado por un peligro físico o moral debido al comportamiento de los padres o tutores;

e) Cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven un grave peligro físico o psicológico para el niño o el joven mismo y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución”.

Para concluir, el apartado sexto dispone lo relativo a la legislación y administración de la justicia de menores, consagrando así el principio de especialidad en cuanto a la legislación y disponiendo, entre otras cuestiones, que “deberán promulgarse y aplicarse leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de los niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas (art. 53)”.

2.f) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado de mayor envergadura en la materia y fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 44/25 el día 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Ese mismo año mediante la ley N° 23.849 fue ratificada por la Argentina y a partir de la reforma constitucional de 1994, como ya se indicó, goza de jerarquía constitucional.

Este instrumento fundamental en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto por su contenido como por el grado de aceptación de la Comunidad ha marcado un verdadero hito en la historia de los derechos de la niñez.

Resulta también significativo que se trate de una convención en lugar de una declaración. Esto significa que los Estados participantes adquieren la obligación de garantizar su cumplimiento. Además, es el tratado internacional que reúne al mayor número de Estados que han ratificado un tratado: actualmente, ha sido ratificado por 196 estados reconocidos en la Asamblea General de las Naciones Unidas (todos los estados con la excepción de los Estados Unidos de América).

Esta convención a lo largo de su articulado consagra la protección integral de los niños, entendiendo por tales a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1).

En relación al objeto del presente trabajo de investigación se destaca el artículo 37 que dispone: “los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

Por su parte el artículo 40 regula todo lo relativo a los menores en conflicto de la ley penal al disponer en el inciso 1° 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”.

En el inciso 2° del mismo artículo 40 establece el deber de los Estados de garantizar, en particular:

“a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i- Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii- Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii- Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv- Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v- Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi- Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii- Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.

A todo lo expuesto se le agrega un tercer inciso el cual dispone 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 alegue 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”.

Por último en el inciso cuarto del mismo texto se establece 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”.

De la atenta lectura de las normas transcritas se desprende en forma clara que este importante instrumento internacional consagra las mismas garantías procesales y sustanciales que el proceso penal de adultos (derecho de defensa, a ser oído, a tener asistencia letrada, intérprete, conocer los cargos, ofrecer prueba, impugnar resoluciones judiciales, acceso a la justicia etc.), más un plus de garantías especiales por la condición de menor (interés superior del niño, privación de la libertad como ultima ratio, recibir un trato acorde a la edad y valor). Asimismo establece claramente, la privación de la libertad como último recurso y por el tiempo más breve posible y todo el proceso penal en sí, incluyendo la sanción como respuesta final, deberá fundarse en vistas a la promoción de la reintegración del niño y la asunción de una función constructiva para la sociedad, esto es, su resocialización

2.g) REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD

Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990, también forman parte de las importantes normas no convencionales de derecho internacional que nutren el derecho penal juvenil. Estas reglas conjuntamente con las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) funcionan como un tríptico de medidas para la aplicación de la justicia a menores.

A través de 87 reglas distribuidas en cinco secciones establece pautas relativas a la protección de los menores de edad que se encuentren privados de la libertad determinando como perspectivas fundamentales las siguientes premisas dispuestas en sus primeros artículos:

“1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

3. El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.

4. Las Reglas deberán aplicarse imparcialmente a todos los menores, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, prácticas o creencias culturales, patrimonio, nacimiento, situación de familia, origen étnico o social o incapacidad. Se deberán respetar las creencias religiosas y culturales, así como las prácticas y preceptos morales de los menores”.

Por otra parte, en su artículo 11° inc. b) define el concepto “privación de la libertad”³⁴.

Su artículo 17° que enumera las garantías específicas para jóvenes en situación de prisión preventiva establece que: “se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables”.

A continuación, en el artículo 18° dispone que “las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las reglas siguientes, y a otras

³⁴ Art. 11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley; b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

disposiciones concretas que resulten necesarias y apropiadas, dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores. Entre esas disposiciones figurarán las siguientes, sin que esta enumeración tenga carácter taxativo:

a) Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones;

b) Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación;

c) Los menores estarán autorizados a recibir y conservar material de entretenimiento y recreo que sea compatible con los intereses de la administración de justicia”.

Mucho más adelante en su articulado se hace mención a las limitaciones de la coerción física y del uso de la fuerza (artículos 63 y 64³⁵), encontrándose, asimismo, prohibido absolutamente el castigo corporal (art. 67³⁶).

Siendo uno de los lineamientos generales seguidos por la norma internacional el de la reinserción o reintegración del menor en la comunidad, se observa su recepción en el instrumento al disponer en su artículo 79° que “todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada, y cursos especiales”. Seguidamente se hace mención en el artículo 80° de la obligación de las autoridades competentes de crear o recurrir

³⁵ Art. 63. Deberá prohibirse el recurso a instrumentos de coerción y a la fuerza con cualquier fin, salvo en los casos establecidos en el artículo 64 infra.

Art. 64. Sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción en casos excepcionales, cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control y sólo de la forma expresamente autorizada y descrita por una ley o un reglamento. Esos instrumentos no deberán causar humillación ni degradación y deberán emplearse de forma restrictiva y sólo por el lapso estrictamente necesario. Por orden del director de la administración, podrán utilizarse esos instrumentos para impedir que el menor lesione a otros o a si mismo o cause importantes daños materiales. En esos casos, el director deberá consultar inmediatamente al personal médico y otro personal competente e informar a la autoridad administrativa superior.

Art. 65. En todo centro donde haya menores detenidos deberá prohibirse al personal portar y utilizar armas.

³⁶ Art. 67. Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por si mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas.

a servicios que ayuden a los menores a reintegrarse en la sociedad y contribuyan a atenuar los prejuicios que existen contra los mismos, los cuales deberán, en la medida de lo posible, proporcionar al menor alojamiento, trabajo y vestidos convenientes, así como los medios necesarios para que pueda mantenerse después de su liberación para facilitar su feliz reintegración³⁷.

2.h) REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

Popularmente conocidas como “Reglas de Tokio” en virtud de habérselas adoptado en esa ciudad de Japón mediante resolución 45/110 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990.

Este instrumento internacional no convencional a lo largo de sus ocho apartados establece una serie de reglas mínimas destinadas a promover la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

En su sección primera relativa a los principios generales, refiere los objetivos fundamentales indicando que “tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”, y que al aplicar las mismas los estados miembros “se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito”, e “introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”³⁸, tal como lo expone su artículo 1°.

³⁷ Art. 79. Todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada, y cursos especiales.

Art. 80. Las autoridades competentes deberán crear o recurrir a servicios que ayuden a los menores a reintegrarse en la sociedad y contribuyan a atenuar los prejuicios que existen contra esos menores. Estos servicios, en la medida de lo posible, deberán proporcionar al menor alojamiento, trabajo y vestidos convenientes, así como los medios necesarios para que pueda mantenerse después de su liberación para facilitar su feliz reintegración. Los representantes de organismos que prestan estos servicios deberán ser consultados y tener acceso a los menores durante su internamiento con miras a la asistencia que les presten para su reinserción en la comunidad.

³⁸ Art. 1. *Objetivos fundamentales*

Luego, al referirse al alcance de las medidas no privativas de la libertad, en su artículo 2 establece que las mismas “se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal [...] sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición”. Además de ello se establece que “el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”.

1.1 Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.

1.2 Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.

1.3 Las Reglas se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal.

1.4 Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

Por último se hace expresa mención de que serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención y dentro de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos³⁹.

Por ello es que se efectúa una diferenciación en relación a las diferentes etapas del proceso y al referirse a la “fase anterior al juicio” dispone (artículo 6) que en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso debiendo durar lo mínimo necesario, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. Para lo cual las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. Luego, ya en la “fase de juicio y sentencia” al reglamentar lo relativo a la imposición de sanciones dispone (artículo 8) que “la autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda”. A tales fines se realiza una enumeración de diferentes medidas entre las cuales podemos encontrar sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia, la libertad condicional, penas privativas de derechos o inhabilitaciones, incautación o confiscación, mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización, régimen de prueba y vigilancia judicial, entre otras. Avanzando con las diferentes etapas procesales, ya en la “fase posterior a la sentencia” (artículo 9) se dispone que podrán aplicarse medidas posteriores a la sentencia como permisos y centros de transición, liberación con fines laborales o educativos, distintas formas de libertad condicional, la remisión o el indulto.

³⁹ Art. 2. *Alcance de las medidas no privativas de la libertad*

2.1 Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán "delincuentes", independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados.

2.2 Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

2.4 Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.

2.5 Se considerará la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardias y las normas jurídicas.

2.6 Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.

2.7 La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido.

Específicamente en lo relativo a las medidas no privativas de la libertad, en el apartado quinto se establece que “la duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley” (artículo 11), previendo que se preverá la interrupción anticipada de la medida en caso de que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella. En el mismo apartado se observa la regulación de lo relativo al régimen de vigilancia (artículo 10) disponiendo que el mismo será determinado atendiendo a su conveniencia en cada caso particular con el “propósito de ayudar al delincuente a enmendar su conducta delictiva”. Por otro lado se hace mención de las obligaciones impuestas a quien delinquirió (artículo 12) estableciendo que “cuando la autoridad competente decida las obligaciones que deberá cumplir el delincuente, tendrá en cuenta las necesidades de la sociedad y las necesidades y los derechos del delincuente y de la víctima [...] las obligaciones que ha de cumplir el delincuente serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar las posibilidades de reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima”. Asimismo, se establecen pautas relativas al proceso de tratamiento (artículo 13) donde prescribe “cuando se decida que el tratamiento es necesario, se hará todo lo posible por comprender la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del delincuente, y especialmente las circunstancias que lo llevaron a la comisión del delito”.

En la misma orientación el artículo 14° establece que el incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, lo cual será decidido por la autoridad competente solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente. A lo que se agrega que el “fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad” ya que sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas.

Luego del análisis pormenorizado de los instrumentos internacionales que nutren el derecho penal juvenil, podemos sintetizar que en el caso de ser estrictamente necesaria la aplicación de penas privativas de la libertad a menores de edad por haberlos encontrado responsables de la comisión de delitos, la misma nunca deberá revestir el carácter de perpetuidad y su extensión tendrá que ser lo más breve posible, debiéndose respetar en todos los casos su dignidad inherente a ser humano. Me atrevo a anticipar esta conclusión que se

desprende naturalmente de los instrumentos analizados en el presente capítulo y surge de uno de sus lineamientos respecto a que la privación de la libertad debe contemplarse en todos los casos como “*última ratio*”, a la que se debe acudir cuando no existen otras alternativas posibles.

En este sentido los Dres. Beloff, Kierszenbaum y Terragni⁴⁰ enseñan: “según el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, la pena aplicable al imputado menor de dieciocho años de edad se rige por reglas comunes a las del derecho penal de adultos (tales como, entre otros, el principio de legalidad material, la presunción de inocencia y la culpabilidad por el acto) más las reglas especiales que se basan en la circunstancia de la particular condición que implica ser niño para la ley penal. Esa especialidad en el trato que el sistema judicial debe asegurar a los niños resulta una derivación de la protección jurídica especial que, en general, la comunidad internacional se comprometió a reconocer a la infancia”. En virtud de esa especialidad es que se limita en gran medida la posibilidad de aplicación de las penas que implican la privación de la libertad de las niñas, niños y adolescentes.

⁴⁰ BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, “La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad”, LL-2012-B-689.

CAPÍTULO III:
LAS PENAS, MEDIDAS DE SEGURIDAD Y JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL
DERECHO PENAL DE LA MINORIDAD

A fin de comprobar hipótesis sostenida en el presente trabajo de investigación resulta necesario comenzar el capítulo realizando un sintético análisis sobre la teoría de la pena, haciendo hincapié principalmente en su necesidad dentro del derecho penal.

Esta rama del derecho incluye normas que contienen mandatos de acción y de prohibición estableciendo, frente a su quebrantamiento, la correspondiente imposición de determinadas penas. Tal como manifiestan Fleming y López Viñals, autores a quien seguiré a fin de exponer los principales lineamientos relativos a la teoría de las penas, las penas aparecen como el núcleo de la respuesta penal, ya que “los elementos de la teoría del delito pueden ser referidos sólo como criterios de delimitación de la incumbencia penal, instrumentales para la actuación de la pena⁴¹”. Siendo que la pena, por su parte es el “principal instrumento de que dispone el Estado como reacción frente al delito... Consiste en una restricción de derechos que los órganos competentes de control social imponen a toda persona a la que se considere responsable de la comisión de un hecho punible”⁴².

1) LAS PENAS

1.a) Evolución histórica de la necesidad de justificación de la pena

En la Antigüedad, existió absoluta confusión del pecado con el delito, y por ello se pensaba que los dioses intervenían en los conflictos de los hombres, tomando partido, negando o concediendo su auxilio. En esta época se consideraba que el delito era un pecado que ofendía simultáneamente a la sociedad y a Dios. Esto nos permite observar un origen de la pena que se basa en las creencias mágicas que dominaban tal etapa histórica, donde la venganza del ofendido y su clan frente al ofensor y su clan se combinaban con actos simbólicos, los cuales estaban destinados a apaciguar la ira de los dioses. En ese contexto el

⁴¹ FLEMING, Abel y VIÑALS, Pablo López. “Las Penas”, Editorial Rubinzal Culzoni, ed. 2009, pág. 30.

⁴² RIGHI, Esteban. “Derecho penal parte general”. Editorial Lexis Nexis Argentina. Buenos Aires. Ed. 2008, pág. 24.

surgimiento de la “ley del talión” permitió establecer una relación entre la entidad de la reacción penal con la gravedad de la ofensa, limitando así el mecanismo de venganza con el fin de evitar una respuesta excesiva.

En plena Edad Media con el auge del desarrollo urbano, la pena pública comenzó a emerger restringiendo la dureza del poder penal de carácter privado. Esta situación de coexistencia entre la pena pública y la privada se mantuvo hasta mediados del siglo XVIII, donde se identificó plenamente a la pena como garantía de un orden colectivo cuyo mantenimiento le correspondía al Estado y se desplazó la pena privada hacia el ámbito del Derecho Civil.

A partir de los cambios políticos ocurridos en Occidente luego de la Revolución Francesa, con el surgimiento de la Ilustración aparece la necesidad de justificar el poder punitivo, porque tal movimiento comenzó a cuestionar su ejercicio como mera derivación de la noción de poder o de supremacía al separarse el Derecho Penal de su fundamentación teológica.

Al escindirse de este modo Derecho y Religión, Derecho y Moral, el delito pasó a ser considerado únicamente como perturbación del orden social, de manera tal que el castigo se vuelve contra uno de los miembros de la comunidad, siendo castigado por sus pares en base a un acuerdo social o consenso, donde el principio de legalidad cumple un rol fundamental en razón de que las consecuencias del delito deben estar definidas previamente con anterioridad al hecho y la proporcionalidad traza un límite en cuanto al quantum de la respuesta penal; aceptándose de esta manera el castigo pero con la condición de sujetarlo a reglas que lo hagan compatible con las libertades individuales.

De esta manera se puede observar de qué modo el liberalismo político justificó la restricción de libertades de los individuos por parte del Estado cuando resultó indispensable para la protección de esa misma libertad. Pero frente a ese liberalismo surgió una corriente opuesta, el colectivismo, que consideraba al individuo como un hombre social constituido como sujeto moral y descreyendo la posibilidad de que la sociedad pueda ser producto de la voluntad de los individuos, toda vez que, por el contrario, consideraron que es la comunidad la que constituye al sujeto al otorgarle identidad y sentido a su vida.

Más tarde, con las experiencias totalitarias fascistas y nacionalsocialistas de la primera mitad del siglo XX, se hizo palmaria la insuficiencia de una legitimación formal como base constitutiva del marco de actuación del Estado.

A partir de la sanción de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴³ comenzó la era de los derechos humanos, lo que implicó que los Estados reconocieran como primera función la protección de los derechos fundamentales de las personas, prestando especial atención a resguardar los derechos de los más débiles y los valores de la vida. Así, la legitimación de la norma ya no se alcanzaba con derivar del procedimiento formal exigido, sino que era necesario que sus prohibiciones se encontraran en sintonía con normas universalizadas por su recepción en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; de esta manera, el mandato constitucional se dirige en primer término al legislador porque le señala límites que no puede transgredir y le designa los contenidos fundamentales que debe asegurar, surgiendo de esta manera, tal como lo afirman Fleming y López Viñals, un sistema de legalidad garantista.

1.b) Teorías sobre el fundamento de la pena. Necesidad de las mismas

1.b.1) Teorías de la retribución o absolutas

Esta corriente considera que la pena se encuentra enderezada al logro de fines o valores absolutos, ya que sirve a la realización de la justicia, en la medida en que compensa la culpabilidad del autor, restaurando así el derecho transgredido. En otras palabras, lo que legitima el ejercicio del ius puniendi es la realización del ideal de justicia.

Fue formulada principalmente a partir de la filosofía idealista alemana, la cual se relacionaba directamente con las doctrinas de la Iglesia. Sostienen que la pena sirve a la realización de la justicia, en la medida en que compensa la culpabilidad del autor y de esa manera restaura el derecho transgredido.

El punto de partida de estas teorías es el pasado, el hecho penal en sí mismo, sin pretender que la pena permita alcanzar una finalidad futura ya que se persigue obtener una compensación por la infracción sucedida sin más, realizando la justicia o satisfacer una necesidad moral. Por ello se las denomina “teorías absolutas”, porque el fin que persigue la pena es independiente, sin producir efectos sobre la vida social. La pena será legitimada si es justa, aquella lo será si produce al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente, por lo que deberá mantener pautas de proporcionalidad con el delito.

⁴³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos.

La sanción penal no persigue un propósito empíricamente demostrable, sino que constituye una reacción frente a la conducta desviada con el fin de reparar la injusticia que ella genera, por lo que pone especial énfasis en la culpabilidad del autor. Desde el punto de vista lógico es una reacción ante alguien que ha generado una transgresión del derecho, proponiendo una norma que puede, como explica Fleming y López Viñals⁴⁴ amenazar con generalizarse sustituyendo a la norma verdadera que manda abstenerse de comportamientos lesivos.

Se pueden mencionar diferentes variantes de ésta teoría:

- la *retribución divina* desarrollada por Stahl (1802-1861), quien al considerar que el Estado es el orden externo de Dios sobre la Tierra, el primero recibe de él en forma de delegación el derecho de castigar y por ello es que debe preservarlo venciendo la voluntad antijurídica mediante su anulación. Según esta concepción el pecado y la inmoralidad no integran el concepto del delito, por lo que la pena no es una condena o dolor de carácter moral, sino que es un sufrimiento corporal, que no responde a la venganza porque no se persigue el sufrimiento del infractor sino que en realidad él sufre porque se lo castiga.

- la *retribución estética* desarrollada principalmente por Hebart (1776-1841) y continuada por Geyer (1831-1885), fue éste último quien consideró a la justicia como un principio estético, argumentando que como principio tiene un valor teórico no práctico y como estético un valor subjetivo y no objetivo. Ante el desequilibrio moral producido por una acción nociva se exige la debida sanción y allí es donde la pena constituye una necesidad estética. De este modo se expía la acción maligna y se satisface no sólo a los ofendidos sino también a los sabios.

- la *retribución moral* construida por Kant (1724-1804) surge a partir del concepto de que el derecho encarna a la libertad y por ello los comportamientos que la agreden tienen en el ordenamiento jurídico una connatural reacción coactiva, de manera tal que con la pena se le infringe un mal al delincuente, que no debe ser ni demasiado leve ni demasiado riguroso, considerando a la acción injusta. A los fines de aplicar el castigo se toma en consideración a la igualdad, que es la base de la justicia, de esta manera la ley penal manda como imperativo categórico y está absolutamente enlazada con el hombre, ya que si él no la cumple debe ser castigado. Por su consideración del hombre, el cual debe ser visto siempre como un fin en sí mismo, la pena es un castigo merecido por el delincuente de acuerdo a las exigencias de la justicia. De esta manera observamos que el castigo se justifica por el hecho de que un

⁴⁴ FLEMING, Abel y VIÑALS, Pablo López. "Las Penas", Editorial Rubinzal Culzoni, 2009, págs. 59/153.

individuo merece ser castigado y lo merece por haber cometido un delito. Respecto a la magnitud de la pena, Kant aplicó la ley del talión (diferenciándola de la venganza y aplicándola únicamente dentro de los tribunales a través de procedimientos que garanticen la racionalidad del juicio). Asimismo, la individualización de la pena no sólo la asoció a la gravedad del hecho realizado, sino también al grado de culpabilidad del autor, fijando, de este modo, un criterio de proporcionalidad entre delito y pena.

- la *retribución jurídica* desarrollada por Hegel (1770-1831) considera a la pena como retribución jurídica justificada por la necesidad de reparar el Derecho, dicho de otro modo, la pena constituye una violencia de signo contrario que restablece el orden legal violado. Hegel fundamenta dialécticamente la formulación kantiana entendiendo a la pena como la “negación de la negación del derecho, ya que la pena niega (aniquila) el delito, restableciendo así el derecho lesionado”⁴⁵.

La pena resulta ser, de este modo, la afirmación del Derecho, constituye un mecanismo reparador que estabiliza la vigencia de la norma, tutelando los bienes jurídicamente valiosos y persiguiendo el objetivo de reafirmar el Derecho en todo lo posible. Conforme a lo observado vemos que para Hegel el fin de la pena es anular el delito.

Estas teorías de la retribución en sus versiones ortodoxas de teorías absolutas han sido abandonadas por la doctrina penal contemporánea, no obstante han tenido gran influencia durante la evolución del derecho penal, por lo que si bien no mantienen vigencia en sus versiones originales, muchas de sus proposiciones revisten actualidad.

La principal crítica que se les formula se basa en el hecho de que propician el empleo del poder punitivo estatal no sujeto a límites razonables. Además de ello se les reprocha la dificultad para la comprobación exacta de la facultad de autodeterminación que constituye la base de la noción de culpabilidad que es lo que permite, a su vez, establecer el cálculo para la reacción penal.

1.b.2) Teorías preventivas o relativas

Estas teorías consideran que la pena es esencialmente un mal y para que su aplicación esté justificada es necesario que la misma obtenga otras finalidades útiles. Por ello es que se las denominan “teorías relativas” porque todas persiguen el logro de propósitos que trascienden a la mera aplicación de la pena. Renuncian a ofrecer motivos éticos para

⁴⁵ RIGHI, Esteban. “Derecho penal parte general”, op. cit., pág. 27.

fundamentar el ius puniendi toda vez que, como se dijo, conciben a la pena como una herramienta de utilidad social, por lo que también reciben el nombre de “utilitaristas”, consideran legítimo ejercer la pretensión punitiva para obtener determinados fines ya sea que se considere a la pena como un medio para prevenir la criminalidad o para preservar la estabilidad del sistema y la integración social ejercitando el reconocimiento y fidelidad al derecho.

Para estas teorías, el fundamento de la sanción se centra, tal como explican Fleming y López Viñals en la evitación de futuras infracciones, no en el delito en sí mismo. Por eso es que existen variantes dentro de estas teorías, ya sea que persigan un propósito de prevención especial o general, a saber:

- la *prevención general*, se focaliza en la colectividad, con el fin de actuar sobre ella, lo cual se puede lograr de dos maneras:

*mediante la *prevención general negativa*, este tipo de prevención se consigue intimidando al conjunto para que sus componentes no se decidan a favor del delito, le adjudican a la conminación abstracta de la pena esa aptitud, basándose en la intimidación del colectivo. Esta teoría fue desarrollada por Feuerbach (1775- 1883), quien procuró anticiparse al futuro delito. Según este autor esta anticipación se puede lograr con el empleo de la pena como medio de contrarrestar la criminalidad latente en la colectividad, la pena aparece, de este modo, como “una amenaza formulada en la ley dirigida al conjunto de la comunidad”⁴⁶.

Se desarrolló así la teoría de la intimidación que encontraba sustento en la coacción psicológica que se producía en el momento abstracto de la tipificación legal (con anterioridad a la comisión del delito), permitiendo de esta manera el desaliento de los comportamientos delictivos, porque en una mentalidad normal inmersa en circunstancias comunes, el posible sufrimiento que implica la pena tiene un efecto disuasivo. Pero cuando ese mecanismo disuasorio de coacción psicológica falla, la sociedad advierte la seriedad de esa amenaza penal cuando, al haberse concretado el delito, se aplica la pena prevista para el mismo. Este punto de vista se proyecta desde el plano legislativo al judicial y de allí al de ejecución penal, toda vez que exige que las penas se cumplan, de lo contrario se afecta su fin intimidatorio.

Esta corriente recibe diversas críticas, una es que cosifica al autor del delito, porque lo posiciona como un mal ejemplo con el objeto de indicar a sus semejantes lo que

⁴⁶ RIGHI, Esteban. “Derecho penal parte general”, op. cit., pág. 30.

les espera a si lo tratan de imitar, utiliza al individuo sobre el cual se impone la pena como un medio para lograr un fin que trasciende a su aplicación intimidando a la comunidad, no se lo castiga por lo que hizo, sino en función del comportamiento que otros hombres pueden realizar. Otra crítica que se ha desarrollado es que no se encuentra debidamente comprobada la relación de la eficacia psicológica-social entre la medida particular de la pena y su influencia colectiva en virtud de no existir investigaciones empíricas que acrediten el efecto concreto de la prevención general.

En otro orden de ideas, no resulta correcto sostener que “la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo, pues como el ser humano no es exclusivamente racional, el miedo a la pena tiene menos que ver con la severidad de la conminación que con el temor a ser descubierto”⁴⁷.

Por último, cabe resaltar que en el marco de la individualización de la pena resulta extremadamente difícil establecer la magnitud de la pena a imponer al condenado para lograr efecto intimidatorio sobre el resto de la sociedad.

*por medio de la *prevención general positiva* se pasó de asignarle funciones intimidatorias a la pena a atribuirle funciones pedagógicas positivas, buscándose incrementar en la conciencia colectiva una fidelidad hacia el Derecho. Las bases de su desarrollo se le deben a los estudios sociológicos efectuados por Durkheim (1858-1917), quien consideró a la pena como retribución, pero no basada en la lesión a un bien jurídico individual, sino en la lesión de sentimientos profundamente enraizados en la vida de la comunidad, cuya estabilidad es la condición de la existencia de la solidaridad social.

Dentro de la teoría de prevención general positiva se desarrollaron tres formulaciones diferentes: a) *la teoría del fin ético social*, cuyo máximo exponente fue Welzel, para quien el derecho penal tiene por principal fin “proteger los valores elementales de la vida en comunidad”⁴⁸, consideró que la pena integra una necesidad tanto individual como colectiva de retribución y venganza a través de un procedimiento regulado jurídicamente; b) *la teoría del fin de la integración social*, cuyo mayor exponente ha sido Roxin, considera que la pena persigue tres finalidades: i) una de orden didáctico, derivada del adiestramiento hacia la observancia del Derecho, ii) otro propósito relativo a la confianza que genera en los ciudadanos al percibir que el Derecho prevalece cuando la pena

⁴⁷ ROXIN, “Problemas básicos del derecho penal”, trad. de Diego Luzón Peña, Madrid, 1976, pág. 18, WELZEL, “Derecho Penal Alemán...” cit. Pág.331; ZAFFARONI – ALAGIA –SLOKAR, “Derecho Penal...”, cit. Pág. 55, RIGHI, “Derecho Penal...”, cit. pág. 31.

⁴⁸ WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrechet*, Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 1, en igual sentido CEREZO MIR, José, “Curso de Derecho Penal español parte general I, Introducción, Tecnos, Madrid, 1997, p. 15, cit. FLEMING, Abel y VIÑALS, Pablo López. “Las Penas”, Editorial Rubinzal Culzoni, ed. 2009, pág. 124.

se impone y iii) otra finalidad de satisfacción en donde se considera a la sanción como elemento idóneo para apaciguar la conciencia jurídica general y, así, dar por concluido el conflicto con el autor y c) *la teoría de la protección de la vigencia de la norma*, introducida por Jakobs en la teoría de la pena a partir de la concepción sociológica de Luhmann de que el derecho es un instrumento de estabilización social. El maestro alemán considera que quien comete un delito desautoriza la vigencia del Derecho y por ello cuando se aplica el castigo al delincuente se restaura un mensaje simbólico opuesto, donde se niega la transgresión de la norma y se afirma socialmente su vigencia. El derecho protege como valioso la estabilidad del sistema y la búsqueda de consenso, mientras que el delito es disfuncional porque afecta la confianza institucional de los miembros de la comunidad y pone en crisis la función orientadora de la norma, para este autor la función del derecho es orientar las conductas de los seres humanos.

A esta teoría, se le ha criticado que utiliza al individuo que sufre la pena, ya sea como medio para integrar la sociedad, para estabilizar la conciencia ético-jurídica o para satisfacer los instintos de venganza. Por ello es que se le observa la utilización del destinatario de la pena como un medio para lograr un fin que lo trasciende. También se le critica que la pena no puede generar consenso sobre la validez de las normas, porque el castigo a lo sumo podría recordar, al ser aplicado, la existencia de un previo consenso sobre la norma. Por último, cabe mencionar que al modelo funcionalista de Jakobs se lo critica porque afirma que las normas orientan comportamientos, dejando de lado toda consideración sobre su contenido.

- la *prevención especial*, interpreta que la misión de la pena es hacer desistir al autor de futuros delitos, por ello es que se centra particularmente en el sujeto que ha delinquido, por considerarlo necesitado de un tratamiento en el que la pena constituye una medicina que permite curar su enfermedad, enfermedad ésta que lo lleva a delinquir. Según esta corriente la pena pública encuentra fundamento en la necesidad de evitar la reincidencia. Fue iniciada por Stübel (1764 - 1828) y desarrollada por Karl Von Grolman (1777-1843). Busca incidir sobre la misma persona que ha delinquido, con el objeto de que no reitere su transgresión a la ley, ya sea por la intimación operada por los efectos de la pena en él ejecutada o por su recuperación social que se genera a través de los efectos producidos sobre su persona mediante la ejecución de la pena. Dentro de las teorías de la prevención especial se pueden diferenciar dos tendencias doctrinarias:

*la *prevención especial negativa*; que fue la formulación originaria de esta corriente, pretende evitar que el autor exprese su peligrosidad en sus relaciones sociales

mediante una pena inocuizadora, la cual sería particularmente eficaz en los delincuentes por convicción que son aquellos que no necesitan resocialización. A través de esta pena se anula totalmente la causa del delito, por ello recurre en casos de reincidencia homicida a la pena de muerte, cadena perpetua en casos de terrorismo o castración para supuestos de violación.

*la *prevención especial positiva*; esta corriente mediante la pena admonitoria intenta advertir al autor de un delito para que se abstenga de delinquir en el futuro, asumiendo particular relevancia respecto de delincuentes primarios y escasamente peligrosos, empleando para tales fines principalmente penas no privativas de la libertad o en su caso aquellas de escasa extensión. Se persigue de esta manera un fin resocializador de la pena, intentando hacer que internalice el respeto por la ley. Para ella la pena y las medidas de seguridad privativas de la libertad cumplen una función preventiva, resocializadora y protectora; y las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

Estas teorías tampoco se encuentran exentas de críticas, influenciadas por el determinismo, niegan que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena, en cambio basan el sistema estatal de reacciones a la necesidad que tiene la sociedad de defenderse de los comportamientos antisociales sin distinguir entre autores culpables e inculpables. Asimismo, despedida la culpabilidad del ámbito de la individualización de la pena esta concepción postula que debe adecuarse la medida de la sanción al pronóstico de conducta futura y no al hecho cometido, asociando de este modo, la intensidad de la reacción a la peligrosidad del autor, permitiendo, de este modo la imposición de penas severas fundadas en la existencia de pronósticos desfavorables⁴⁹.

1.b.3) Teorías mixtas, de la unión o unificadoras

Dominantes en el derecho penal contemporáneo, tratan de combinar los elementos considerados válidos de las teorías absolutas y de las teorías relativas, es decir, afirman que la pena debe perseguir simultáneamente la retribución (pena “justa”) y la prevención especial y la prevención general (pena “útil”), intentando configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones analizadas. En síntesis, según estas teorías la pena es legítima cuando cumple simultáneamente con necesidades retributivas, de prevención general y especial. En este sentido Fleming y López Viñals afirman que “no se trata simplemente de una suma de ideas básicas y contradictorias de las teorías absolutas, sino de

⁴⁹ RIGHI, Esteban. “Derecho penal parte general”, op. cit., pág. 33/34.

una reflexión práctica que debe permitir a la pena desarrollar todas sus funciones en su aplicación real frente a la persona interesada y a la colectividad”.

Por su parte, Righi, siguiendo a Roxin, enseña que este criterio unificador, en algunos casos, se concreta en la afirmación que cada una de estas concepciones tiene diversa influencia según el momento en que se considere, de este modo: i) el criterio preventivo general tiene mayor gravitación a nivel legislativo cuando se sanciona la norma, ii) los puntos de vista retributivos tendrían preponderancia durante el proceso y especialmente al momento de la individualización judicial de la pena, pues la sentencia debe medirla considerando la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor y iii) finalmente, durante el período de ejecución de la pena, tiene incidencia la versión moderna de la teoría preventivo especial (positiva), pues la mayoría de los sistemas penitenciarios, formalmente, están orientados a lograr la readaptación social del condenado⁵⁰.

Dentro de esta corriente, podemos destacar la *teoría unificadora preventiva dialéctica* sostenida por Claus Roxin⁵¹ quien afirma que es necesario entender que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Según este autor, tanto la prevención general como la especial deben figurar conjuntamente como fines de la pena ya que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el individuo en particular como sobre la colectividad en sí misma. En el caso en que se presente un conflicto entre la prevención general y la prevención especial, resulta necesario sopesar los fines de ambas y ponerlos en orden de prelación, donde tendrá preferencia la prevención especial. Ante esto, según su postura, la retribución en una correcta teoría unificadora no debería entrar en consideración ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención. Asimismo hace énfasis en el principio de culpabilidad como medida para la determinación de la pena, la cual nunca puede sobrepasar la medida de culpabilidad, aunque pudiera llegar a no alcanzarla, si eso permite su fin preventivo.

1.b.4) Los fines de la pena en el derecho penal juvenil

Si bien doctrina clásica argentina ha aceptado casi en forma unánime la tesis de prevención especial como justificativa de la pena (numerosos autores como Soler, Nuñez y Zaffaroni se han enrolado en sus defensores), específicamente en el derecho penal juvenil se

⁵⁰ RIGHI, Esteban. “Derecho penal parte general”, op. cit., pág. 36.

⁵¹ ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción 2da. edición alemana, Editorial Civitas S. A, Madrid, 1997, págs. 78/103.

considera que la finalidad de la intervención estatal mediante la imposición de una pena se encuentra determinada por la teoría de la prevención especial positiva, ya que se le asigna una función de mejora al propio infractor, lo que se logra conseguir mediante su resocialización, rehabilitación, reinserción y reeducación.

En este temperamento, siguiendo a Urías Martínez⁵², con la expresión *resocialización* se alude al proceso y al objetivo de la recuperación social de los antisociales, con el término *rehabilitación* se hace referencia a una institución jurídica que cambia el estatus ciudadano de la persona que ha cumplido su condena, proclamando que vuelve a ser sujeto de derecho en plena igualdad que el resto de ciudadanos. La expresión *reinserción* alude a la introducción en la sociedad de la persona en las mismas condiciones, tanto materiales como personales, que el resto de los ciudadanos y la *reeducación* se refiere a la adquisición por parte de la persona de las actitudes para ser capaz de reaccionar en libertad conforme a la norma.

El derecho penal juvenil se encuentra caracterizado por el principio educativo, por ello es que las consecuencias jurídicas que devienen del sistema de responsabilidad penal juvenil deben perseguir una finalidad socioeducativa, dentro de la naturaleza de la sanción, con el objetivo de promover la capacidad de responsabilidad del adolescente, teniendo en consideración que el mismo se encuentra en una etapa donde su capacidad de aprendizaje es muy amplia y resulta idóneo además de responsabilizarlo por su conducta permitirle el máximo desarrollo de su persona y su consagración como pleno sujeto titular de derechos.

En este sentido se ha dicho que “la pena en materia de menores, no puede ser dispuesta por razones de defensa social, sino únicamente para posibilitar la reinserción del interesado en la sociedad, es decir, teniendo la prevención especial como horizonte”⁵³.

1.c) La culpabilidad como factor determinante de la imposición de la pena

El principio de culpabilidad nutre al Derecho Penal en dos dimensiones muy específicas, una hace referencia al momento de formular el reproche penal como reacción estatal destinada exclusivamente a quien incurrió en el delito teniendo la posibilidad de obrar de otra manera y la otra en lo relativo a la mensuración de la pena. Respecto de este último

⁵² URÍAS MARTÍNEZ, J. P. “El valor constitucional del mandato de resocialización”. Revista Española de Derecho Constitucional, año 2001, N° 63, pp. 43-78.

⁵³ TERRAGNI, Martiniano Rodolfo, “Justicia Penal de Menores”, 3er edición, Buenos Aires. La Ley; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de publicaciones, 2010, p. 318.

aspecto han sido las teorías retributivas las que han llevado a la culpabilidad a su máximo esplendor, pero en contrapartida, las teorías preventivas se han alejado de esta idea.

Como bien expresa Roxin existe un elemento fundamental dentro de las teorías retributivas que, necesariamente, debe adoptarse como medio de limitación de la pena: el denominado “principio de culpabilidad” (entendida la misma como juicio de valor que se hace de la conducta del individuo que comete el injusto, implica una valoración de responsabilidad del sujeto), ya que, como manifiesta, en un Estado de Derecho debe establecerse que ninguna pena puede rebasar la medida de la culpabilidad. Este principio es totalmente escindible de la teoría de la retribución, permitiéndose así, superar el lineamiento propio de esas teorías que consideran que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad pero que debe alcanzarla, para admitir penas que se establezcan por debajo de la medida de culpabilidad pero que permitan alcanzar el fin de prevención establecido al establecerla. Para el maestro alemán, la culpabilidad es el “medio más liberal y el psicológico-social más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado. Puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados, se puede contraponer eficazmente a las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad. Además, corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido también desde el punto de vista preventivo. La sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico-penal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y ‘merecida’ es sólo una pena acorde con la culpabilidad”⁵⁴.

Conforme expone Fellini, “de la tesis de Roxin pueden extraerse algunas consecuencias prácticas; entre ellas debemos entender que la prevención especial y la general (los fines político criminales) fundamentan la pena, mientras que la culpabilidad del autor la limita”⁵⁵.

Por su parte, Zaffaroni⁵⁶ considera que la “la medida de la pena debe ser la medida de la culpabilidad en perspectiva dinámica. La culpabilidad por el acto señala el límite máximo de la pena en concreto, porque es el máximo de reproche, a lo que debe descontarse [...] lo

⁵⁴ ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, op. cit. págs. 100

⁵⁵ FELLINI, Zulita. “La problemática penal juvenil”. Editorial Hammurabi. 1º edición. Buenos Aires, 2019, pág. 58.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro. “Manual de Derecho Penal”. 2º ed, 1º reimp. Buenos Aires. Ediciones Ediar, 2007, p. 760.

que no es imputable a su esfuerzo por la selección por el poder punitivo, es decir su estado de vulnerabilidad. Por ende, la medida de la culpabilidad debe sólo responder al esfuerzo personal del sujeto por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad”.

Esta opinión es compartida en parte por otros autores, quienes como Fleming y López Viñals consideran que el factor que debe presidir la regulación de la sanción es la medida de la culpabilidad, pero entendida como “reprochabilidad del sujeto en función de sus posibilidades para motivarse en la norma penal sancionada para desalentar una determinada conducta”, configurando, de este modo, un reclamo dirigido a quien no ha evitado la conducta tipificada penalmente pudiendo hacerlo. Por ello es que estos autores, observando los distintos condicionamientos que pueden afectar a una persona susceptibles de modificar su grado de autogobierno (siempre que no lo excluya), la colocan en un distinto nivel o grado de culpabilidad que otorga sustento a la regulación de la sanción penal. En virtud de este punto de vista, la culpabilidad parte de la aceptación de la personalidad humana como una realidad de la que emana la libertad de elección y que permite, mediante la colaboración de ciencias auxiliares, la determinación del nivel de esfuerzo que un sujeto en una circunstancia determinada debiera haber realizado para comportarse de un modo diferente a como lo hizo. Por ello es que considera que se es más culpable “cuanto más intensamente se ofende al bien jurídico por la revelación de un mayor grado de lesividad y reprochabilidad en el caso concreto, que se modula junto con las circunstancias o situación personal que ayudan a motivarse o desmotivarse frente al hecho⁵⁷”.

En este contexto Fellini comenta que “el último desarrollo del derecho penal ha puesto en el centro de la discusión la dogmática del funcionalismo” desarrollada por Jackobs, quien considera que “la culpabilidad determina en qué casos y bajo qué condiciones el hecho cometido debe atribuirse al autor como su déficit de motivación jurídica que niega la norma o, por el contrario, carece de significación comunicativa de la negación de la norma por el autor”, por lo que según el criterio del maestro alemán “la culpabilidad no depende entonces de que el autor se haya podido comportar de otra manera, sino de si la sociedad dispone de un medio diverso de la pena para resolver el conflicto⁵⁸”.

⁵⁷ FLEMING, Abel y VIÑALS, Pablo López. “Las Penas”, Editorial Rubinzal Culzoni, ed. 2009, pág. 184-185.

⁵⁸ FELLINI, Zulita. “La problemática penal juvenil”. Editorial Hammurabi. 1° edición. Buenos Aires, 2019, p. 60-61.

1.c.1) La capacidad de culpabilidad de los menores de edad

Analizadas las distintas teorías que justifican la imposición de una pena, como así también los parámetros para establecer su magnitud, corresponde analizar ahora en el campo del derecho penal de menores como inciden los conceptos antes estudiados.

En ese temperamento se puede sostener que la comprobación de la responsabilidad penal del menor se encuentra vinculada en forma estrecha con la culpabilidad como elemento de la teoría jurídica del delito, en este sentido un sector mayoritario de la doctrina considera que los jóvenes no se encuentran inmersos en supuestos de culpabilidad plena, en virtud de sus características específicas, lo que hace que posean *capacidad de culpabilidad disminuida*.

Dentro de estos autores podemos citar a los Dres. Beloff, Kierszenbaum y Terragni⁵⁹, quienes sostienen que si bien una interpretación literal del artículo 4 de la ley N° 22.278⁶⁰ llevaría a concluir que ante el supuesto de responsabilidad penal de un menor de edad por la comisión de un delito el juez se encuentra facultado pero no obligado a reducir la pena en la forma prevista para la tentativa, la misma no es coincidente con las normas jerárquicamente superior derivadas de tratados internacionales (principalmente la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil ya estudiadas en el capítulo II) que establecen como límite de la pena la medida de la culpabilidad. Además, esa interpretación literal -librando a la discrecionalidad del juez la decisión de disminuir o no la pena a la escala de la tentativa- permitiría que el magistrado incurra en arbitrariedad e incluso atentaría contra la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley (ya que todos los niños tienen culpabilidad disminuida y en la misma medida).

⁵⁹ BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, “La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad”, LL-2012-B-689.

⁶⁰ ARTICULO 4° - La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos:

1° - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2° - Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad.

3° - Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo.

Respecto del principio de culpabilidad, los autores de referencia sostienen que el sujeto para ser penado debe haber podido comprender que su acto era ilícito y debe haber podido decidir comportarse de acuerdo a la norma, estas circunstancias determinarán la medida de la pena. En el caso de los menores de edad, las normas internacionales afirman que tienen una capacidad de culpabilidad disminuida en relación a los adultos, por lo que la pena deberá tener ese límite. Esa culpabilidad disminuida se funda en su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Maldonado”⁶¹ sostuvo que la sentencia de un joven que al momento de cometer los hechos delictivos era menor de dieciocho (18) años debe guiarse por el “principio de culpabilidad” y también por la aplicación del artículo 40.1 de la Convención de Derecho del Niño, que reconoce el derecho del niño acusado de infringir la ley penal a que se tenga en cuenta su edad, la importancia de promover su reintegración y de que asuma una función constructiva en la sociedad⁶², además de establecer en el voto mayoritario de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti que “corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas”.

De este modo recogiendo las directrices emanadas de los instrumentos internacionales indica: “En el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y respecto de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.

⁶¹ MALDONADO, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado. Recurso de hecho. Causa N° 1174C. Corte Suprema de Justicia de la Nación -1- Buenos Aires, 7 de diciembre de 2005.

⁶² CDN, Artículo 40 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Allí se reconoce expresamente la culpabilidad disminuida de los jóvenes infractores y la necesidad de imponer una pena acorde (proporcional) a esa culpabilidad. Pero, además, se reconoce que la finalidad de la pena no puede dissociarse del futuro del joven y su posibilidad concreta de resocialización en cuanto objetivo principal del Derecho penal juvenil.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en el fallo “Ledesma Reche”⁶³ en el voto preopinante del Dr. Palermo introduce un argumento novedoso al afirmar que la menor culpabilidad de los menores no se debe al menor desarrollo psicológico sino a la clara disminución de su capacidad de auto-organización ya que quien tiene un ámbito de organización que puede ser administrado por otros, tiene menos responsabilidad por las consecuencias lesivas que para terceros derivan de esa organización hetero-administrada (más adelante profundizaremos sobre estos conceptos).

1.c.2) ¿Inimputables o no punibles?

Al analizar los artículos 1 y 2 de la ley N° 22.278, observando la terminología empleada por el legislador, cuando establece: “artículo 1: no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad [...] artículo 2 es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad...” surge como interrogante si con tal expresión, se hace mención a la punibilidad (comprendida como la posibilidad efectiva de imponer la pena merecida) o a la inimputabilidad (entendida como un elemento de la capacidad de culpabilidad, referida específicamente a la aptitud psíquica del agente para atribuirle subjetivamente la realización de determinado hecho conminado con pena).

Tal distinción reviste suma importancia, ya que al suponer que nos encontramos frente a un supuesto de inimputabilidad implicaría considerar que los menores de dieciséis (16) años son personas de insuficiente desarrollo mental como una presunción iure et de iure. Pero si optamos por creer que la normativa se refiere a la punibilidad estaríamos asumiendo que si bien el hecho configuraría un delito, por una decisión de política criminal, el Estado ha decidido la exclusión de punibilidad por razones etarias.

Es por ello que el tema ha sido abordado por la doctrina, desarrollándose diversas posturas que presentan distintos matices.

⁶³ RIOS VALLEJOS, JUAN, HERRERA, OSCAR, NAVARRO, JULIO MARTIN Y LEDESMA, JONATHAN P/ homicidio agravado en concurso real con robo agravado. Recurso extraordinario de casación. Cuij N°13-02843248-2. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala Segunda. Mendoza, 23 de diciembre de 2014.

Una primera visión sostenida por la doctrina argentina clásica afirma que no encontramos ante un supuesto de inimputabilidad. Así es como Nuñez⁶⁴ expone que la imputabilidad es “la condición del delincuente que lo hace capaz de actuar culpablemente, es decir con dolo o con culpa. Posee esta condición la persona mayor de dieciséis años cuyo estado mental y de conciencia le permite comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones”. Por ello, explica que su significado es que el autor puede ser punible y específicamente respecto de los menores de edad, los considera sujetos inimputables, en virtud de su “falta de madurez mental, ya que se considera que la psiquis del individuo no ha alcanzado, a pesar de su salud, el desenvolvimiento moral e intelectual suficiente para que la persona pueda contraer responsabilidad por la infracción de las regulaciones jurídico-penales de la conducta social”. Dentro de estos lineamientos se mantiene Crivelli⁶⁵, quien en su obra expone que pese a que la ley N° 22.278 emplea el término “no punibles” se está haciendo referencia a la imputabilidad y además aclara que se ha adoptado un sistema “cronológico o biológico puro” para su determinación.

En otra variante, encontramos autores como Righi⁶⁶ quien considera que el régimen penal de la minoridad no es consecuencia de que todos los menores son incapaces de culpabilidad, sino de la decisión político-criminal de adoptarse un régimen penal de excepción que sea menos gravoso que el derecho penal común. Explica que al encontrarse la noción de imputabilidad asociada a la capacidad de comprensión de la antijuridicidad del comportamiento, no resulta posible afirmar que carecen de esa capacidad todas las personas que no han alcanzado una determinada edad y que tampoco resulta razonable creer que tal aptitud se adquiere al mismo tiempo por una persona en relación a cualquier hecho punible (el sentido disvalioso de un daño o hurto puede comprenderse antes que una defraudación). Como consecuencia, el estado es el que decide evitar sanciones de carácter expiatorio sustituyéndolas por normas de orientación educativa y tutelar, las cuales continúan manteniendo su naturaleza penal ya que se imponen coactivamente a los menores transgresores de la ley penal.

Por otra parte, existen opiniones como la de Bacigalupo⁶⁷ quien considera que la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción iure

⁶⁴ NUÑEZ, Ricardo. “Tratado de derecho penal”. Tomo II. Lerner Editores, Córdoba-Buenos Aires. 2000. Págs. 24-32

⁶⁵ CRIVELLI, Aníbal. E., "Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil", Editorial B de f. Montevideo, Rca. Oriental del Uruguay, 2014, p. 254.

⁶⁶ RIGHI, Esteban. “Derecho penal parte general”. Editorial Lexis Nexis Argentina. Buenos Aires. 2008, pp. 316-317.

⁶⁷ BACIGALUPO, Enrique. “Manual de derecho penal”. Editorial Temis. Colombia, 1996, pp. 157.

et de iure de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho, por lo que debería tratarse esta circunstancia fuera del capítulo correspondiente a las causas que excluyen la capacidad de motivación ya que la mayor parte de los menores de dieciséis (16) años tienen ya capacidad para comportarse de acuerdo con su comprensión de la desaprobación jurídico-penal del hecho. Por esta razón, la edad menor de dieciséis (16) años debería, a su entender, considerarse como una excepción personal al régimen del derecho penal común ya que le parece más adecuado que considerar que el texto legal hace sólo referencia a una fórmula "biológica pura" de la imputabilidad.

Comparte este punto de vista Zurzolo Suarez⁶⁸, quien expresa que exclusión de punibilidad por razones etarias, contemplada en la [Ley Nro. 22.278](#), no es un caso de inimputabilidad sino una decisión de política criminal. “La ley 22.278 estableció la edad mínima en que resulta procedente el castigo en los dieciséis (16) años, quedando supedita la operatividad concreta de la pena al cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 4 de esa misma ley. De ese modo, se estableció esa edad como standard mínimo de punibilidad garantizando por debajo de ella que no se habilitaría castigo a los niños, niñas y adolescentes que realizaran conductas prohibidas por la ley penal y consecuentemente el ámbito de libertad que se encuentra exento de intervención punitiva. La edad de punibilidad de los menores en el actual panorama constitucional y de evolución del derecho internacional de los derechos humanos constituye una garantía del niño frente al poder punitivo en su función de criminalización secundaria llevada a cabo a través de las agencias judiciales que no puede vulnerarse”.

1.c.3) El principio de proporcionalidad de la pena

Al referirnos a la culpabilidad, entra en juego otro concepto: el relativo a la proporcionalidad. Sobre el mismo Fleming y López Viñals opinan que necesariamente se debe recurrir al daño o peligro causado con el injusto a los fines de determinar la pena, ya que el “principio de proporcionalidad” queda integrado dentro del principio de culpabilidad. Esto es así ya que, más allá del bien jurídico lesionado en abstracto, se debe considerar la gravedad del hecho, el modo en que se ofendió tal bien jurídico y la naturaleza de la acción empleada a los fines de graduar la sanción en el marco de la escala aplicable.

⁶⁸ ZURZOLO SUÁREZ, Santiago. “Niños, niñas y adolescentes: ¿inimputables o no punibles?”. Artículo publicado en www.infojus.gov.ar. 23 de Mayo de 2012.

Por su parte, Roxin⁶⁹ considera que el principio de proporcionalidad “significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado”. Por eso opina que no puede reemplazar al principio de culpabilidad y sólo permite ser su complemento.

1.d) El artículo 4 de la ley 22.278 y la imposición de una pena

Si bien el juicio plenario para los menores concluye en primer término con un pronunciamiento relativo a la responsabilidad del menor –si correspondiere- dando lugar tan sólo a medidas protectoras, dicha sentencia debe integrarse con otra que será de condena o absolución con un franco desdoblamiento. El régimen penal de la minoridad, regula en el art. 4° las condiciones sustanciales para imponer un castigo a un adolescente acusado de cometer un ilícito penal. Expresamente, supedita el debate en torno a la imposición de una pena a la observancia de tres requisitos:

“1°) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales, 2°) Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad⁷⁰, 3°) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad⁷¹”.

Es decir, el juez estará habilitado, para sancionar o no, una vez que se den los tres requisitos de mención, siendo esta disposición de orden público. Ahora bien, cumplido esos requisitos, el juez debe merituar a los fines de imponer una sanción: “si las modalidades del

⁶⁹ ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción 2da. edición alemana, Edit. Civitas S. A, Madrid, 1997, pp. 103.

⁷⁰ Es importante resaltar que los 18 años de edad son necesarios para resolver sobre la imposición de pena, pero no para llevar adelante el juicio que podrá culminar con la declaración de responsabilidad penal, pudiendo el niño ser juzgado a sus 16 o 17 años.

⁷¹ Respecto a la mayoría de edad, si bien actualmente se alcanza a los 18 años de edad (art. 25 Código Civil y Comercial), el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza ha interpretado que a los fines de la aplicación del art. 4° de la ley 22.278 la misma se extiende hasta los 21 años de edad. En este sentido ha resuelto: “En conclusión, la reforma operada en el Código Civil mediante la ley 26.579 de Mayoría de Edad a los 18 años, norma de naturaleza general en materia civil, no puede modificar el régimen especial vigente en materia penal juvenil el que se ampara en una norma supraconstitucional (CIDN) que porta principios operativos como resguardar el “interés superior del niño”, consecuentemente, es plenamente válido interpretar que el inciso 3° del art. 4° de la ley 22.278/22.803 faculta a prorrogar el tratamiento proteccional de jóvenes en conflicto con la ley penal hasta los 21 años de edad, con la finalidad de propender a su refamiliarización y reinserción social asumiendo de esta manera una función constructiva en la sociedad, independientemente de la capacidad civil alcanzada a los 18 años”. Apelación N° 1/10, caratulada: “F.c/ Hidalgo Jeria, Jeremías David, Suarez Defelice, Leandro Gabriel, Zufia Rios, Ildemar Italo P/ Lesiones Graves”. 22/06/2010. Si bien el fallo resulta anterior a la sanción del Código Civil y Comercial, esta postura no ha sufrido variación.

hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirse en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo”.

Pero es en el citado precedente “Maldonado” donde nuestro Tribunal superior otorga las pautas a tener en cuenta por el magistrado al momento de decidir la aplicación o no de una pena:

El art. 4° de la ley 22.278, en tanto establece que la necesidad misma de aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de “la impresión directa recogida por el juez”, constituye una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada.

La “necesidad de la pena” a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a “gravedad del hecho” o a “peligrosidad”. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a “la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40, inc. 1°).

El mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5°, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.

1.e) El sistema de reacciones penales

Como señalan Righi y Fernández⁷², los actuales códigos penales establecen dos posibilidades para instrumentar la reacción del Estado frente a la comisión de delitos; previéndolas como consecuencias jurídicas alternativas cuya imposición no puede superponerse en un mismo proceso, a saber:

- La *imposición de penas*, consideradas como las consecuencias jurídicas del hecho punible y, por lo tanto, condicionadas en su imposición a la debida acreditación de un comportamiento típico, antijurídico y culpable por parte del autor del mismo.

- la *aplicación de medidas de seguridad*, previstas como las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho tanto típico como antijurídico por un sujeto declarado “inimputable” dentro de un proceso penal, en virtud de lo cual se restringirán sus derechos fundado todo ello en razones preventivas.

Vale destacar que la pena aplicable al menor punible se rige por las reglas comunes a las del derecho penal de a adultos, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico interno no existe un catálogo diferenciado de sanciones penales aplicables a los menores punibles. Por ello, resulta necesario realizar un breve análisis de cómo se encuentran reguladas las penas en nuestra legislación nacional.

1.e.1) Especies de penas

Conceptualizaremos a las penas siguiendo a Righi y Fernández en la obra citada como "la consecuencia jurídica prevista en la ley para el supuesto de comisión de un hecho delictivo que es su presupuesto".

Hecha esta aclaración, cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 5 del Código Penal el encargado de determinar las especies de penas aplicables al establecer: “las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación”. El régimen penal de la minoridad, como se adelantó, no prevé otras especies de penas distintas a las detalladas, no obstante, respecto a los delitos reprimidos con penas de multa o inhabilitación los menores de entre dieciséis y dieciocho años de edad resultan

⁷² RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto Ángel. “Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena”. Editorial Hammurabi, 1996, pp. 475-476.

inimputables o no punibles⁷³ –según sea la corriente doctrinaria a la que se adhiera-. Corresponde ahora practicar un breve análisis de cada una de ellas, siguiendo los lineamientos de Fleming y López Viñals,

-la pena de muerte: tuvo su origen en la antigüedad en los actos de venganza que se llevaban a cabo entre las tribus y familias como reacción ante ofensas recibidas. Recién con la Ilustración se observó una tendencia a limitar el dolor que los métodos empleados para acabar con la vida del condenado le infringían en forma previa. Actualmente, la pena capital es totalmente incompatible con un Estado de Derecho y aunque desde el punto de vista de algunas teorías de la prevención existen ciertos perfiles de “delincuentes incorregibles” los cuales únicamente podrían ser eliminados, se ha considerado que su aplicación podría conducir a un incremento del delito violento al aumentar la banalización de la muerte, impidiendo además, la posibilidad de subsanar un error judicial en el caso que lo hubiere, condenándose a un inocente. Específicamente en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 18 de la Constitución Nacional ha abolido la pena de muerte por causas políticas y tras la reforma del año 1994, con la incorporación de los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos e integran el denominado “bloque de constitucionalidad”, esta especie de pena resulta absolutamente incompatible con nuestro sistema. En relación a esos instrumentos podemos citar el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el cual si bien no se la prohíbe pero al consagrar el derecho a la vida, limita su aplicación a menores de dieciocho (18) años de edad o mujeres embarazadas, permitiéndola únicamente respecto de los delitos más graves⁷⁴, o el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde en esos mismos lineamientos consagra el derecho a la vida y

⁷³ Ley 22.278 - ARTICULO 1° - No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación...

⁷⁴ Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

prohíbe su empleo en los países que no la aplicaban al momento de ratificarla, como su posterior restablecimiento en aquellos países que la hubieran abolido.

-las penas corporales: son las que persiguen generar un sufrimiento físico en el condenado, a modo de tortura. Las mismas adquirieron relevancia en la antigüedad, hasta comienzos del siglo XX. En la actualidad su subsistencia se reduce a determinadas culturas. Nuestra Constitución Nacional en su redacción originaria del año 1853 prohíbe los tormentos físicos y los azotes específicamente en el artículo 18. A ese mandato negativo se le deben sumar los tratados internacionales que la Nación ha suscripto, como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la cual goza de jerarquía constitucional.

-el destierro: considerado como la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional, conforme a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22° inc. 5° “Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”.

-la pena de multa: de carácter pecuniario, se la puede definir como aquella que impone el penado la obligación de pagar una suma de dinero determinada (cuando implica una obligación de dar) o realizar una determinada labor (en los supuestos que su contenido lo constituya una obligación de hacer). Existen tres modelos de regulación: el *sistema de suma total* (consiste en señalar una cantidad máxima y mínima dentro de la que debe determinarse la cuantía de la multa, valorando tanto la gravedad del injusto como la disponibilidad económica del condenado), el *sistema de plazo de multa* (el juez individualiza en cada caso concreto la cuantía según la capacidad patrimonial del penado, a los fines de garantizarle una cantidad mínima para la satisfacción de sus necesidades básicas) y el *sistema de días multa* (basado en la unidad de dinero de la cual será privado el condenado dentro de los mínimos y máximos determinados en la ley y según diversos elementos como la gravedad del hecho, el grado de participación, las circunstancias agravantes y atenuantes, etcétera). En nuestro ordenamiento se ha adoptado el sistema de suma total y constituye una pena principal que puede aplicarse en forma única, alternativa -con la pena de prisión- o en forma conjunta -con la prisión o inhabilitación; ya sea absoluta o especial-.

La pena de multa se ejecuta con el pago de una suma determinada de dinero establecida por el juez en moneda de curso legal que se efectúa en favor del Estado, pasando el monto a ingresar a su patrimonio, lo cual no impide la previsión de un destino diferente. En el caso de que el condenado no cumpla, el juez deberá ordenar su cobro compulsivo, haciéndose efectivo sobre sus bienes, sueldos u otros ingresos, antes de poder convertir la

misma en prisión (art. 21 del Código Penal, que establece también que, en caso de conversión, la pena de prisión nunca podrá exceder de año y medio). Asimismo nuestro cuerpo normativo prevé expresamente la posibilidad de amortizarla mediante trabajo libre (siempre y cuando sea conveniente según reza el mencionado artículo 21 del Código Penal) o de permitirse su pago en cuotas⁷⁵. A lo expuesto debe agregarse que el artículo 17 de nuestra Carta Magna prohíbe la pena de confiscación, por lo que no será de aplicación la multa en casos de miseria económica del afectado.

En el régimen penal juvenil, como se adelantó, esta especie de pena no resulta aplicable. Esto se funda en que la admisión del carácter personalísimo de la pena de multa en el Derecho moderno ha llevado a impedir (principalmente en países europeos como Alemania o España) la aplicación de esta especie de pena cuando el reo es un menor de edad por tratarse de personas que no cuentan con desarrollo patrimonial autónomo y al aplicarla se perjudicaría a sus representantes legales -criterio opuesto al vigente en Inglaterra donde se les aplican sanciones pecuniarias a los padres o tutores de los menores que delinquen cuando se acredita falta deliberada de control y cuidado de los mismos sobre ellos-.

-la pena de inhabilitación: esta sanción supone una privación de derechos que restringen la capacidad del condenado y si bien, como se adelantó, los menores de dieciocho años de edad resultan inimputables o no punibles –según el criterio que se afirme- por delitos que prevén esta especie de pena, toda vez que mal podría privárselos de un derecho del que todavía no gozan, la analizaremos brevemente, por cuanto resulta ser una de las reacciones penales prevista por nuestra legislación de fondo. Esta especie de pena puede ser absoluta, constituyendo una afectación a un conjunto determinado de facultades del condenado (artículo 19 del Código Penal⁷⁶) o especial, encargada de privar específicamente del goce de un derecho directamente vinculado con la actividad que diera ocasión a la infracción sancionada

⁷⁵ ARTICULO 21.- La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

⁷⁶ ARTICULO 19.- La inhabilitación absoluta importa:

1º. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;

2º. La privación del derecho electoral;

3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;

4º. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.

(artículos 20 y 20 bis del Código Penal⁷⁷), no obstante nunca podría ser total porque provocaría su muerte civil. A su vez ambas clases de inhabilitación pueden ser perpetuas o temporales. Específicamente en nuestro ordenamiento jurídico está prevista en el artículo 5 del Código Penal como una pena principal (única o alternativa), en el artículo 12 como pena accesoria⁷⁸ y en el artículo 22 bis como pena de carácter complementario⁷⁹. La inhabilitación puede cesar por rehabilitación, para lo cual se deben cumplir los recaudos establecidos por la ley en la forma específica para ello (art. 20 ter del Código Penal⁸⁰).

-el comiso: constituye una pena accesoria para el supuesto del dictado de una condena que implica la incautación por parte del Estado de las cosas de las que se vale el autor del delito para cometerlo o de aquellos beneficios económicos derivados de la comisión del delito. Se encuentra regulado genéricamente en el artículo 23 del Código Penal aunque existen otras reglamentaciones dispersas en ciertas leyes especiales. Se considera que persigue el fin preventivo de evitar que los elementos y efectos decomisados sean nuevamente empleados para delinquir. Los elementos decomisables son las cosas que han servido para cometer el hecho y las cosas o ganancias que son el producto o provecho del delito. Respecto del destino de los objetos decomisados, pueden beneficiarse tanto el Estado nacional como las

⁷⁷ ARTICULO 20.- La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere.

ARTICULO 20 bis.- Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 -in fine-, 130 -párrafos segundo y tercero-, 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión.

⁷⁸ARTICULO 12.- La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

⁷⁹ ARTICULO 22 bis.- Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos.

⁸⁰ ARTICULO 20 ter.- El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

provincias, o municipios, dejando a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado o la víctima.

-la pena de privación de libertad: es aquella sanción que produce la pérdida de la libertad ambulatoria de un penado, de manera relativa, mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario, respetando ciertas garantías de carácter constitucional como que debe ser impuesta a un condenado, que su duración esté determinada mediante un fallo judicial y que persiga un fin resocializador. Esta especie de pena, si bien tuvo orígenes en el siglo XVI, se generalizó a partir del siglo XVIII y “como consecuencia del proceso de humanización de reacciones penales, las penas privativas de libertad desplazaron a la pena capital como instrumento de prevención del delito, convirtiéndose en la principal herramienta punitiva a disposición del Estado”⁸¹. Tradicionalmente dentro de esta categoría podían distinguirse la pena de reclusión y la de prisión, respecto de la primera de ellas, considerada de mayor gravedad que la prisión, Fleming y Lopez Viñals explican que estaba vinculada a un régimen de ejecución más riguroso, ya que incluía la obligación de efectuar trabajos forzosos, de carácter no remunerado y a favor del Estado, como así también implicaba el empleo de medidas de sujeción, el cumplimiento en establecimientos especiales, etcétera –art. 6 del Código Penal-. Actualmente, si bien en el Código Penal se observa diferente tratamiento según la condena sea de reclusión o prisión (las escalas penales para la tentativa y para la complicidad secundaria son más elevadas –arts. 44 y 46 del Código Penal- o al determinar la manera de computar la prisión preventiva –art. 24 del Código Penal), al establecerse el régimen de ejecución de las penas privativas de la libertad (por el Decreto-Ley 412) se suprimió toda diferencia, situación que se mantuvo luego con la ley actualmente vigente N° 24.660, consagrándose el tratamiento unificado para ambas penas. Estas disposiciones han generado controversias doctrinarias, encontrándose dos grandes posturas bien diferenciadas: i) una que considera que la pena de reclusión ha sido tácitamente derogada por el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad y por ello las diferencias que las diversas disposiciones del Código establecen han perdido vigencia –criterio éste seguido por algunos de los jueces de nuestra Corte Suprema en el precedente “Mendez”⁸² y ii) otros que

⁸¹ RIGHI, Esteban. “Derecho penal parte general”, op. cit., p. 501.

⁸² Con resumidos fundamentos los jueces Petracchi, Maqueda y Zaffaroni señalaron que “La pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión”. Por su parte los jueces Belluscio, Boggiano y Highton de Nolasco consideraron que “es arbitrario el fallo que dio un alcance inadecuado a lo que fue materia de decisión en la modificación del cómputo de la pena -con motivo de una impugnación efectuada en la oportunidad procesal pertinente-, donde no se examinó la validez constitucional de la pena de reclusión sino de la desigual imputación de la prisión preventiva a la reclusión (art. 24 del Código Penal), cuestión que era propia

consideran que subsisten ambas especies de pena pero que sería inconstitucional dar un tratamiento diferenciado en lo relativo al cómputo de la prisión preventiva.

1.e.2) Determinación de las penas. Particularidades respecto de la pena privativa de la libertad

Escalas penales: en la ley argentina, los límites máximos y mínimos se encuentran individualizados en la escala que le corresponde a cada delito, difiriendo de sistemas empleados en el derecho comparado donde los mínimos y máximos se determinan por tipo de pena o que establecen que la consecuencia sea una pena fija, o disponen sólo máximos.

Mínimo legal de la pena privativa de libertad: existe consenso respecto al efecto contraproducente que tiene la ejecución de penas privativas de la libertad corta duración por cuanto no tienen aptitud para alcanzar fines correctivos. La exposición a la interacción en ambientes carcelarios puede aumentar las probabilidades de que el penado continúe moviéndose en ambientes que lo estimulen a delinquir, convirtiéndose el encarcelamiento en una “escuela de criminales”⁸³, consecuencia ésta que resulta a todas luces sumamente negativa tratándose de un condenado a pena de prisión efectiva menor de edad, toda vez que, como se explicó, la pena en su caso tiene una finalidad de prevención especial positiva con la cual se busca su resocialización y no que aprenda nuevas modalidades delictivas. Por ello es que actualmente existe una tendencia a prohibir la aplicación de la pena de prisión por debajo de un límite que se estima de muy baja duración o en su caso, su conversión en pena de multa o trabajo comunitario, por considerar que la pena privativa de la libertad debe aplicarse como medida de última instancia –última ratio-. Esta orientación tendiente a establecer un piso mínimo a partir del cual se permite la privación de la libertad es fundamental en materia penal de menores, ya que implicaría la adopción a nivel interno de las directrices consagradas por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por la Argentina.

Por otra parte se ha discutido si el mínimo que dispone la escala penal respecto a cualquiera de las penas (no únicamente en relación a la pena privativa de la libertad) debe ser necesariamente respetado por el juez impidiéndole, de esta manera aplicar una pena por debajo de ese límite establecido por el legislador al regular cada delito en particular. Respecto

de la etapa de ejecución y ajena al ámbito del recurso contra la sentencia condenatoria”. CSJN, M.447.XXXIX “Méndez, Nancy Noemí s/Homicidio atenuado”, 22-02-2005, Fallos: 328:127.

⁸³ GRACIA, MARTIN, BODOVA PASAMAR y ALASTUEY DOBON, “Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, cit. en FLEMING, Abel y VIÑALS, Pablo López, ob. cit., pág. 491.

de este interrogante han surgido claramente dos posturas: una que considera que el legislador al fijar un mínimo legal ha establecido “a priori” un piso a partir del cual ya se ha afectado el bien jurídico protegido y en aquellos casos en que la afectación al bien no alcanza una determinada intensidad -insignificancia, bagatela- casos éstos en que la conducta se considera atípica, de manera tal que el juez tendría dos opciones, a saber: condenar dentro de la escala legalmente establecida o emitir un pronunciamiento liberatorio, pero en ningún caso podría sancionar por debajo del límite indicado por la ley, adoptándose, de este modo, un criterio inflexible donde las penas deben aplicarse en forma estricta incluso cuando resulten superlativamente severas en relación al grado de malicia y el daño provocado por el delito; la otra alternativa sería permitirle al juez individualizar la pena teniendo en cuenta cada una de las particularidades del caso, por interpretar que los mínimos de las escalas penales son simplemente indicativos.

La consagración legal de esta última postura en el derecho penal juvenil constituiría una herramienta de suma utilidad para el juez por cuanto, como se analizó en el Capítulo I, luego de dictar la sentencia declarativa de responsabilidad penal, cumplidos los términos del tratamiento tutelar, al momento de realizar el juicio de necesidad de imposición de pena – excluyéndose la opción de no imponer penas- (art. 4 Ley 22.278) y siendo que la legislación nacional no contempla penas específicas para los destinatarios de la norma, sino que remite a las penas previstas en el Código Penal y leyes especiales, tratando a un adolescente igual que a un ciudadano adulto, el juez sólo tiene a su alcance la posibilidad de aplicar la pena como si fuera mayor, reducirla a la escala de la tentativa o eximirlo de ella, herramientas éstas que muchas veces resultan insuficientes para el caso concreto. Imaginemos un menor de edad declarado responsable penalmente del delito de homicidio *criminis causa* (art. 80 inc. 7° del Código Penal) cuyo tratamiento tutelar ha resultado sumamente exitoso, pero que se considera necesario la imposición de una sanción, la única alternativa atenuada con la que cuenta el juez es aplicarle la pena de diez años de prisión (art. 44 del Código Penal), la que resulta sumamente gravosa para un joven que está comenzando su vida. El encierro tiene un significado especial en jóvenes, ingresan en un mundo no sólo limitado espacialmente, también disminuye la información que reciben, el contacto con sus afectos y el aprendizaje de las habilidades y experiencias a las que acceden libremente sus contemporáneos⁸⁴.

En esta inteligencia y para resolver estos casos, como se indicó, se ha afirmado la posibilidad de imponer una pena inferior al mínimo de la escala de la tentativa (“perforar el

⁸⁴ FELLINI, Zulita. “La problemática penal juvenil”. Ob. cit, pág. 229.

mínimo”) argumentando que la remisión a “la forma prevista para la tentativa” comprende la escala atenuada de la tentativa inidónea⁸⁵.

Máximo legal de la pena privativa de libertad: desde la sanción de la ley 25.928 modificatoria del Código Penal, su tope de duración ha quedado establecido en 50 años (para supuestos de concurso real –art. 55 del Código Penal-).

En este sentido, se ha considerado que esta pena, por su gran extensión, no resultaría conveniente, toda vez que no permitiría alcanzar el propósito resocializador que debiera perseguir, pues tal como expresan los autores Fleming y López Viñals⁸⁶ se obtiene la “eliminación del sujeto mediante la sumisión a encierro”. Por ello es que se postula una reducción de la extensión de esta especie de penas a lo que sea mínimamente necesario como para obtener la satisfacción de la finalidad preventiva de la pena permitiendo que el sujeto sea reinsertado en la sociedad y no resulte irrecuperable. En lo relativo a la materia sujeta a análisis, este criterio debería encontrarse legalizado, reduciéndose el máximo de pena a aplicar a lo que fuere imprescindible para alcanzar el propósito específico de prevención especial que el régimen juvenil anhela y a la vez permitir que sus comportamientos futuros se enderecen y se mantengan a la par de la legalidad.

Las escalas abstractas legales: nuestra legislación nacional ha establecido un mínimo y un máximo para cada uno de los delitos, constituyendo lo que se denomina escala penal. Luego, a la hora de determinar la pena aplicable al caso concreto, el magistrado interviniente debe considerar una serie de aspectos establecidos en el mismo cuerpo normativo con el carácter de circunstancias atenuantes y agravantes de carácter genérico (artículos 40 y 41 del Código Penal⁸⁷). Para realizar tal labor el juez debe posicionarse en algún lugar determinado de la escala penal, lo cual no se encuentra claramente determinado por las disposiciones legales, es por ello que se han analizado tres opciones: i) una sería partir desde el máximo de

⁸⁵ SANTOIANI, Juan Pablo. “Nuevos problemas de la justicia juvenil”. Dirigido por Mary Beloff. Editorial Ad-Hoc. 1° edición. Buenos Aires, 2017, pp 327.

⁸⁶ FLEMING, Abel y VIÑALS, Pablo López. “Las Penas”, Editorial Rubinzal Culzoni, 2009, pp.493-496.

⁸⁷ ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

la escala y desde allí aplicando los elementos atenuantes, ir reduciendo la pena en el caso de que correspondiere (opción que implica una presunción contraria al acusado que lo perjudicaría a la postre), ii) la segunda opción sería comenzar desde el mínimo de la escala penal y aplicarle, en el caso de que fueran procedentes, los agravantes (pero en este caso se estaría incurriendo en una concesión gratuita a favor del penado), por ello es que se ha desarrollado otra posibilidad que iii) es establecer como punto de partida el término medio entre el máximo y el mínimo (el que al ser equidistante entre ambos no implicaría ni un perjuicio ni una ventaja hacia el sujeto a penar).

Pena de privación de libertad perpetua: como su nombre lo indica implica una restricción de la libertad de por vida, por lo tanto duraría hasta el fallecimiento de la persona a quien se le aplicare. Respecto a esta especie de pena se han desarrollado numerosas posturas; algunos consideran que debe eliminarse por contradecir los propósitos resocializadores de la pena, otros la exaltan por creer que es la única solución posible ante determinados tipos de criminalidad y finalmente, existe una postura intermedia que la tolera pero relativiza el encarcelamiento mediante regímenes de libertad condicional.

Podríamos decir, que esta tercer postura es la adoptada por nuestro régimen penal, ya que la pena perpetua entendida como tal, en principio, no existiría en nuestro ordenamiento jurídico, si bien se encuentra admitida en el Código Penal, cumplidos los 35 años de prisión, el condenado, puede solicitar la libertad condicional, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en la ley (artículo 13 del Código Penal y disposiciones de la ley N° 24.660 (Ley Ejecución de la pena privativa de libertad)⁸⁸, o puede solicitar al Poder Ejecutivo un indulto o la conmutación de la pena (art. 99, inc. 5 de la Constitución Nacional y art. 128, inc. 5 de la Constitución de Mendoza). De otro modo, la imposición de una pena que obliga al reo a mantener el encierro hasta su fallecimiento contraría el concepto de que la pena no debe ser un castigo en sí mismo (artículo 18 de la Constitución Nacional) ya que no perseguiría en ese caso el propósito de lograr su reeducación y posterior reinserción dentro de la sociedad. De esta manera tal extensión sería palmariamente inconstitucional, no tan sólo por violar la citada disposición de nuestra Carta Magna, sino a la vez por no respetar los principios

⁸⁸ Este derecho a solicitar la libertad condicional se ha visto sumamente cercenado con la reforma introducida por la ley Petri [N° 27.375](#), B.O.28/07/2017, cuya constitucionalidad se encuentra debatida, que modificó el art. 14 del Código Penal, como así también la ley 24.660, en especial su art. 56 bis, enunciando en el primero de ellos una serie de delitos respecto de los cuales no corresponde otorgar la libertad condicional y en el segundo impiden acceder al período de prueba dentro el régimen progresivo de la pena. A fin de analizar los argumentos planteados para afirmar sobre la inconstitucionalidad de las normas indicadas puede consultarse el fallo “Fc/MAMANI FLORES...”, Expte. N° FMZ-39548/2017, de fecha 28/11/2019, citado por el Tribunal Oral Federal N° 2 de Mendoza.

https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2924&RootFolder=*

consagrados en numerosos tratados internacionales suscriptos por la Nación y que revisten jerarquía constitucional, tales como la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes porque implicaría una pena de muerte de ejecución diferida en el tiempo y de carácter totalmente inhumana y cruel, semejante a la muerte civil. En este sentido cabe mencionar que la Suprema Corte de Justicia de nuestra provincia en fallo plenario de fecha 30/12/2020 ha declarado la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, el análisis de los fundamentos esgrimidos exceden el marco del presente trabajo de investigación⁸⁹.

En lo relativo a la posibilidad de aplicación de esta pena respecto a menores de edad cuya responsabilidad penal haya sido declarada y que en el momento del hecho hayan tenido dieciséis años de edad cumplidos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el fallo “Maldonado” (del año 2005), el cual, como comenta Llamas⁹⁰ “por excepción permitía la prisión perpetua, haciendo una errónea interpretación del artículo 37 inciso a de la Convención Internacional de Derechos de los Niños”, fallo éste que será analizado en extenso en el capítulo IV. No obstante, puede anticiparse que a través del voto del juez Fayt pareció sugerirse la posible inconstitucionalidad de las penas perpetuas al hacer mención de su carácter de excepción y al hecho de no bastar para su aplicación con poder encuadrar el hecho en la figura de homicidio agravado previsto en el artículo 80 del Código Penal.

Pero es con el fallo “Mendoza vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (del año 2013)⁹¹ donde la discusión respecto a si es constitucional la aplicación de una pena a prisión perpetua a un joven menor de dieciocho años de edad fue totalmente zanjada, toda vez que ese Tribunal Internacional condenó al Estado argentino por dictar penas de prisión perpetuas contra personas menores de dieciocho años de edad por considerarlas violatorias del principio de proporcionalidad, culpabilidad y reprochabilidad como así también de la finalidad de reintegración social de los menores que debe perseguir la pena privativa de la libertad, la que debiera ser aplicable únicamente como último recurso y por el plazo más breve posible⁹².

⁸⁹ Causa CUIJ n° 13-05365349-3 caratulada “INC. EN AUTOS F. C/ IBÁÑEZ BENAVIDEZ, YAMILA M. Y ORTIZ ROSALES MAXIMILIANO E. P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS P/PLENARIO”.

⁹⁰ LLAMAS, Nicolás Ezequiel. “La insuficiencia de la reducción a la tentativa en el derecho penal juvenil”. Artículo publicado en www.rubinzaonline.com.ar. Enero de 2015.

⁹¹ MENDOZA y otros vs. ARGENTINA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 14 de Mayo de 2013. Serie C No. 260.

⁹² En el capítulo IV del presente trabajo de investigación será analizado este fallo con mayor detenimiento.

Reclusión por tiempo indeterminado: esta especie de pena habilita la posibilidad de aplicar una pena privativa de la libertad que no tenga establecida su extensión temporal manteniéndose la restricción mientras subsista la “peligrosidad” del condenado. Del concepto reseñado surge palmariamente que este tipo de pena no sólo impide obtener la reinserción social del penado, sino que también le impone un trato totalmente cruel que lo descalifica como ente de dignidad, resultando a todas luces inconstitucional por estar violando el principio de legalidad, rector de todo nuestro ordenamiento porque implicaría la imposición de una sanción sin haberse efectuado precisiones respecto de su extensión. Sobre este tema, cabe destacar que en el fallo “Gramajo”⁹³ (del año 2006) la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal de la Nación.

Reducción de la pena por tentativa: nuestro ordenamiento adopta como marco penal para el delito tentado una reducción de la escala que sería aplicable en el caso de que el delito se hubiere consumado. Esto es así porque nuestro país ha adoptado un sistema penal de corte liberal que toma en consideración la lesión concreta causada por el delito (en contraposición a enfoques penales de corte comunistas, los que se centran en la acción desviada del sujeto y no tanto en su resultado lesivo). Específicamente, el artículo 44 del Código Penal regula la tentativa estableciendo las siguientes pautas a lo largo de sus diferentes párrafos:

- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio ($\frac{1}{3}$) a la mitad ($\frac{1}{2}$).

-Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años.

-Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

-Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Conforme a las pautas establecidas por el citado artículo, se puede observar la claridad al referirse a las penas indivisibles (reclusión o prisión perpetua), siendo diferente el panorama al referirse a las penas divisibles, que ha sido interpretado de diferentes maneras: i) una de las posturas sostiene que el mínimo de la escala correspondiente al delito consumado debe reducirse a los dos tercios y el máximo a la mitad, ii) otra opinión sostiene que las disminuciones prescriptas por la ley deben ser efectuadas sobre la pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito, de modo que acude a un procedimiento hipotético, por

⁹³ GRAMAJO, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa. Recurso de hecho. Causa N° 1573. Corte Suprema de Justicia de la Nación -1- Buenos Aires, 5 de Septiembre de 2006.

el o cual el juez determina en abstracto dentro de la escala respectiva la pena que, conforme con las circunstancias de los arts. 40 y 41 del Código Penal, hubiese aplicado al delito consumado y tras definir la pena le impone una sanción concreta disminuyendo aquella desde un tercio a la mitad, iii) un tercer criterio postula que la reducción de la pena debe practicarse disminuyendo el mínimo a la mitad y el máximo en un tercio⁹⁴ y iv) una cuarta opción que reduce el mínimo a un tercio y el máximo a la mitad

Nuestra Suprema Corte de Justicia fue variando la interpretación a la norma analizada, en el año 2012 con el fallo “Geredus”⁹⁵ sostuvo que “la pena prevista en la primera parte del artículo 44 del código sustancial, equivale a una escala que tiene como límite inferior un tercio del mínimo y superior la mitad del máximo”. Posteriormente y con diferente integración de la Sala Penal nuestro máximo tribunal provincial en el precedente “Guiñazu Samo” varió su interpretación indicando que la que mejor se ajustaba al texto de la norma es la que reduce un tercio del mínimo y la mitad del máximo, o sea que la pena mínima del delito tentado queda en dos tercios del mínimo⁹⁶. No obstante lo expuesto, vale destacar que el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial sostiene el criterio sustentado por el fallo “Geredus” y que como ha afirmado nuestro máximo Tribunal de la Nación en el precedente “Acosta” cuando deben interpretarse normas debe primar el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal⁹⁷. Por ello, estimo que en el caso de menores de edad siempre debe elegirse la interpretación que más los favorezca, en consonancia con el principio del interés superior del niño.

Reducción a la tentativa en el derecho penal juvenil. La pauta de reducción para el delito tentado asume suma importancia en lo relativo al régimen penal de menores, donde a diferencia del Derecho penal de adultos, autoriza al juez, en caso de haberse decidido a castigar al joven infractor, a optar por diferentes escalas para fijar el monto punitivo. Puede partir de las escalas previstas para el delito consumado (si el hecho se consumó), o bien, puede optar por reducir la pena a la escala punitiva prevista para la tentativa que en nuestro

⁹⁴ D’ALESSIO, Andrés José, “Código Penal de la Nación –Comentado y Anotado-“ Tomo I, Edit. La Ley, ed. 2011, p.721-723.

⁹⁵ Causa N° 105.257, caratulada “FISCAL C/GEREDUS PERALTA, Federico Gaston y N.N. p/robo agravado s/casación”, 30/08/2012, SCJMza. Sala II. Böhm-Adaro en disidencia Salvini.

⁹⁶ Causa N°13-02847148-8, caratulada “F. C/ GUIÑAZÚ SAMO, Martín Isaías p/ robo agravado tentat. s/ casación”, 14/03/17, SCJMza., Sala II, Valerio, Nanclares, disidencia Adaro.

⁹⁷ “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737” -causa N° 28/05- 23/04/2008, Nro. Interno: A.2186.XLI, CSJN, Magistrados: RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (en disidencia) - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - Id SAIJ: FA08000030.

derecho es más benigna, incluso cuando el hecho se calificó como delito consumado, esta disposición se encuentra prevista en la ley N° 22.278 (específicamente en el artículo 4) donde se establece que “si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá el magistrado interviniente, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Como así también se dispone que si fuese innecesario aplicarle una sanción, lo absolverá, incluso aunque no hubiera cumplido los dieciocho (18) años de edad”.

Respecto de esta disposición, la doctrina ha discutido si esa reducción constituye una obligación para el magistrado o si la posibilidad de aplicarla integra sus facultades discrecionales.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Maldonado, precedente que hemos citado en reiteradas oportunidades toda vez que tiene un valor jurídico emblemático, en virtud de que, como dice en uno de sus considerandos, “...ésta debe ser una de las primeras oportunidades en que este tribunal tiene oportunidad de expedirse sobre cuestiones trascendentes referentes a la justicia penal de menores...”, si bien como se analizó, reconoció la necesidad de una respuesta estatal más leve a los menores punibles, no se pronunció categóricamente respecto a la obligatoriedad para el juez, al momento de decidir la aplicación de una pena, de realizar reducción prevista por el art. 4° de la Ley 22.278.

Un importante sector de nuestra doctrina considera que la reducción de la pena a la escala de la tentativa resulta obligatoria para el juez. En este sentido los doctores Beloff, Kierszenbaum y Terragni, destacan la dificultad para determinar un parámetro diferenciador mínimamente preciso que permita establecer, en la generalidad de los casos, la pena a aplicar a un menor de edad y por ello consideran obligatoria la reducción a la pena a la escala de la tentativa establecida en el citado artículo 4, expresando que “por un lado no existen dudas en cuanto a que las exigencias derivadas del derecho constitucional imponen establecer como límite la medida de la pena a la culpabilidad por el hecho”, “por otro lado, tampoco existen dudas en cuanto a que la persona menor de dieciocho años de edad, por su particular condición, presenta una culpabilidad disminuida no contrastable empíricamente, sino supuesta normativamente en forma genérica: el niño tiene una culpabilidad disminuida”, “de ello se sigue, inexorablemente, que si la medida de la pena no puede superar a la medida de la culpabilidad y dado que el niño tiene una culpabilidad disminuida, la pena aplicable al niño debe ser menor, en iguales condiciones que la aplicable a un adulto...”, “...la respuesta más razonable y respetuosa de los derechos constitucionales del imputado menor de dieciocho años de edad es la que impone como obligatoria la reducción de la pena a la escala de la

tentativa. Ésa es la solución que debe derivarse en definitiva del precedente ‘Maldonado’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹⁸.

Por su parte, Llamas expone en su trabajo de investigación antes citado que el fallo “Mendoza vs Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tornó obligatoria la reducción conforme a la tentativa.

En este aspecto, específicamente respecto a la obligatoriedad que tiene el juez de reducir la pena a la escala de la tentativa al momento de decidir la necesidad de aplicarla, en nuestra provincia la discusión se encuentra zanjada toda vez que la Suprema Corte de Justicia ha sentado jurisprudencia adoptando la solución antes esbozada, pero introduciendo un fundamento novedoso para afirmar la obligatoriedad de la reducción prevista en el art. 4° de la Ley N° 22.278 en el fallo “Ledesma Reche” con el voto preopinante del Dr. Omar Palermo y la adhesión del Dr. Alejandro Perez Hualde.

En el fallo ya citado, nuestro máximo tribunal provincial, al analizar si debe reducirse imperativamente la escala penal del delito consumado a la del delito en grado de tentativa el magistrado preopinante explicó: “Pues bien, sobre la base de lo expuesto, si la menor «libertad de organización» del menor edad, explica su menor «responsabilidad por las consecuencias» de su comportamiento, la disminución de la escala penal que prevé el art. 4 del decreto/ley 22.278, se vuelve un imperativo para el juzgador. Una interpretación contraria caería en la instrumentalización del joven a quien no se le reconoce plena capacidad para administrar su ámbito de organización pero a la vez se pretende que cargue con los todos los costes de su comportamiento de manera exclusiva. Una solución así no superaría el test de la no instrumentalización del sujeto, pues mezclaría al menor de edad entre los objetos del Derecho de cosas. De modo que para no incurrir en dicha instrumentalización la reducción de la escala penal del delito consumado a la escala penal de la tentativa es obligatoria en materia de Derecho penal juvenil...”.

Reflexionando sobre el tema, Ibarzábal⁹⁹ se ha planteado una serie de interrogantes, tales como “¿si el hecho ya se calificó jurídicamente como tentado, se aplica la tentativa sobre la tentativa?; ¿qué forma de la tentativa aplica la ley?, ¿la tentativa común del artículo 44 1° párrafo?, ¿la tentativa de delito imposible o inidónea, prevista en el artículo 44 4° párrafo?, aún más, el juez, puede perforar el mínimo legal, aun aplicando el mínimo que corresponda para la escala de la tentativa?”. Lamentablemente, en la actualidad, estos interrogantes no

⁹⁸ BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano, TERRAGNI, Martiniano, “La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad” (LL-2012-B-689)

⁹⁹ IBARZABAL, José María. “La determinación de la pena en el derecho penal juvenil”. Artículo publicado en pensamientopenal.com.ar. 06 de junio de 2016.

tienen una solución unívoca debido a la falta de un régimen amplio que regule con precisión tales situaciones previendo todas las posibles variantes y respetando los lineamientos establecidos en los tratados internacionales imperantes en la materia¹⁰⁰.

No obstante, si bien estos interrogantes no pueden recibir respuesta desde la ley 22.278, doctrinaria y jurisprudencialmente se han salvado estas lagunas a través de un arduo trabajo de interpretación de las normas jurídicas internas y el derecho internacional aplicable en la materia, pudiendo afirmarse que en los casos de delitos tentados debe practicarse una doble reducción. “En caso de tratarse de un supuesto fáctico tentado..., sobre la escala penal del delito consumado se hará una primera reducción que corresponda a las constancias de la causa y sobre el resultado una nueva reducción por motivos tutelares (tentativa de la tentativa)”¹⁰¹.

En este sentido Terragni¹⁰² destaca la importancia de considerar en todo momento que “en el derecho penal de jóvenes la respuesta punitiva es la excepción y sólo puede tener un fin preventivo especial, resultando aplicable cuando han fracasado las medidas educativas y correctivas que se advierten necesarias en cada caso concreto en particular”. Por ello, afirma que “a los fines de la prescripción de la acción penal respecto de procesos seguidos contra jóvenes incluidos en la competencia de la ley 22.278, debe tomarse en cuenta, a los fines de determinar el momento en que fenecerá el ejercicio de la acción penal, la reducción prevista en el artículo 4 de esa norma; y, cuando el delito hubiese sido tentado, debe considerarse la doble reducción” ya que, se hará una primer reducción que responde al supuesto fáctico tentado y sobre ese resultado, una nueva reducción por motivos tutelares, la denominada “tentativa de la tentativa”.

Las consecuencias de esta reducción obligatoria respecto a personas menores de edad, han sido sintetizadas por Santoianni¹⁰³, quien refleja tres grandes implicaciones:

-plazo de prescripción de la acción penal: como Terragni indica debe reducirse un tercio respecto al que correspondería a los mayores,

-condenación condicional: resultaría admisible aún en aquellos casos de delitos reprimidos con prisión perpetua, teniéndose en cuenta la posibilidad de perforar el mínimo de la tentativa, podría imponerse una condena a “pena de prisión que no exceda de tres años” (artículo 26 del Código Penal) para cualquier delito.

¹⁰⁰ La respuesta a la posibilidad de perforar el piso de la tentativa ya fue tratada en el acápite “*Mínimo legal de la pena privativa de libertad*”.

¹⁰¹ TERRAGNI, Martiniano Rodolfo, “Justicia Penal de Menores”, ob. cit., p. 320.

¹⁰² TERRAGNI, Martiniano Rodolfo, “Justicia Penal de Menores”, ob. cit., pp. 318-324.

¹⁰³ SANTOIANI, Juan Pablo. “Nuevos problemas de la justicia juvenil”. Ob. cit., pp 325-338.

-suspensión del juicio a prueba, con el criterio antes detallado podría concederse en cualquier delito.

1.f) El registro de la pena y su cancelación

Cumplida por el condenado la pena ésta continúa proyectando efectos, esto es así debido a que su condición de condenado sigue revistiendo interés desde el punto de vista del instituto de la reincidencia. Además de ello, el antecedente de una condena le impedirá, por un período extenso de tiempo, obtener una nueva condena condicional (art. 27 del Código Penal).

El Código Penal en su título octavo dispone todo lo relativo a la reincidencia, estableciendo (artículo 50) que la misma existirá “siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena”. Resulta de gran relevancia que el mismo artículo dispone que “no habrá lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años”.

En la Argentina el sistema cancelatorio de antecedentes es muy sencillo ya que se da por el simple transcurso del tiempo. Los plazos para la caducidad del registro de sentencias condenatorias están dispuestos en el artículo 51 del Código Penal¹⁰⁴.

¹⁰⁴ ARTICULO 51.- Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;
 2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;
 3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.
- En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas;
2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;
3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;
4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

Como se indicó, el mismo Código Penal establece en forma expresa que no da lugar a la reincidencia los delitos cometidos por menores de edad (actualmente establecida hasta los dieciocho años, art. 25 CCCN), pero además de ello, existe una disposición expresa de la ley N° 22.278 (artículo 5) la cual establece 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 (18) años de edad. Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente”.

La disposición del art. 5 primera parte de la ley 22.278 –que excluye la posibilidad de sumar cuantas condenas firmes pudiera registrar un adolescente al cálculo de la reincidencia del art. 50 del Código Penal- se “mantiene indemne también en el caso en que las condenas por delito cometido como menor y la que juzga su conducta como mayor se unifiquen en una sentencia única (art. 58 Código Penal)”. La segunda parte adquiere vigencia superados los dieciocho años y se aplica en los casos que el joven registra, al momento de imponérsele una nueva condena, una o varias condenas firmes dictadas en su contra por delitos cometidos cuando era menor de edad. En estos supuestos la regla se convierte en facultativa para el juez de la condena, quien puede optar por “tener en cuenta” esos antecedentes a fines de declararlo reincidente¹⁰⁵.

Por otro lado las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (conocidas como “Reglas de Beijing”), dispone en su punto vigésimo primero, que “los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas”. Asimismo establece que los mismos “no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”. Todo lo mencionado adquiere gran relevancia ya que el registro de antecedentes proyecta consecuencias desocializantes y produce efectos de carácter negativo en muchos ámbitos, especialmente en lo relativo el ámbito laboral y la correlativa imposibilidad de obtener un empleo digno y estable.

¹⁰⁵ D’ALESSIO, Andrés José, “Código Penal de la Nación –Comentado y Anotado–“op. cit. Tomo III, págs.. 658-659.

1.g) La ejecución de la pena privativa de la libertad

Tal como nos enseña Righi¹⁰⁶ la instauración de penitenciarías fue lo que permitió la eliminación de la pena capital, estableciendo así un modelo de organización que consideraba el aislamiento como una oportunidad de reflexión y examen de conciencia. Con el transcurso de los años se fueron desarrollando distintas modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad, comenzando con el *sistema filadélfico* -aplicado en 1790 en un conjunto de celdas en la cárcel de Walnut Street en Filadelfia, según el cual la pena privativa de libertad era ejecutada en el más absoluto silencio y el interno tenía que dedicar el tiempo a los ritos de las prácticas penitenciarias, considerándose que el trabajo era la única alternativa a la inercia y al ocio que lo conducirían a la locura y destacándose en este sistema la importancia que se le atribuía a la oración, por el efecto edificante adjudicado a la lectura solitaria de la Biblia-, pasando por el *modelo de Auburn* -nació en Nueva York en 1823, consistía en un régimen de aislamiento nocturno combinado con vida en común y trabajo durante el día, implicaba castigos corporales frecuentes, silencio absoluto, prohibición de contactos exteriores y la adopción de una organización empresaria en la cárcel-, hasta llegar al sistema imperante en la actualidad, el *sistema del régimen progresivo* -surgido en España en 1823, inspirado en una ideología reformadora y humanista que se centra no en el delito sino en la persona. Este sistema sugiere operar durante el encierro en forma de lograr mientras cumple la pena que el interno recupere sus derechos en forma gradual, o sea que obtenga su libertad en forma progresiva. Este sistema adapta las modalidades de ejecución a medida que el tiempo transcurre: en una primera etapa se somete al interno a un régimen de aislamiento celular absoluto como en el esquema filadélfico, luego se organiza el trabajo en prisión según el sistema de Auburn, posteriormente se clasifican los condenados según su personalidad, teniendo en cuenta además el comportamiento carcelario, siendo la última etapa, denominada de “prelibertad”, donde el condenado regresa al mundo libre, pero bajo control del estado.

Siguiendo los lineamientos de Righi puede afirmarse que el régimen argentino de ejecución de la pena privativa de la libertad establecido en la ley N° 24.660 adopta un régimen progresivo en sus artículos 6 al 29 ya que somete a los internos a un tratamiento de resocialización dividido en cuatro períodos claramente diferenciados, a saber; una instancia de observación, luego una etapa de tratamiento, con posterioridad la etapa de prueba (en la cual se adopta un sistema de salidas transitorias, una etapa de semilibertad para permitirle al reo

¹⁰⁶ RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto Ángel. “Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena”. Editorial Hammurabi, 1996, págs.. 549-552.

trabajar fuera del establecimiento y un programa de prelibertad que lo prepara para salir al mundo exterior y retornar la vida libre) y finalmente la libertad condicional.

El régimen actual argentino sobre la ejecución de la pena en relación a los menores de edad

Como fue analizado precedentemente en el régimen penal de la minoridad la sentencia integrativa donde el juez decide sobre la necesidad de aplicación de pena puede ser dictada cuando el joven imputado ha cumplido los dieciocho años de edad y reúne los demás requisitos del art. 4° de la ley 22.278, en consecuencia, la pena podrá ser aplicada –en caso de considerarla necesaria- cuando el joven ya ha alcanzado la mayoría de edad (art. 25 CCCN), por ello, cobra especial relevancia la etapa de ejecución de la pena.

Como se mencionó en el capítulo I, en el régimen de ejecución de la pena tanto a nivel nacional como provincial, mediante las leyes N° 24.660 y N° 8.465 respectivamente, se ha hecho referencia a través de diferentes disposiciones a los que clasifica como jóvenes adultos quienes se les aplica una pena privativa de la libertad. En este sentido, se ha intentado respetar el principio de especialidad en virtud del sujeto pasivo de la pena -determinados en la franja etaria de dieciocho a veintiún años-, ya que se dispone que las mismas deberán ser cumplidas en “instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos” (artículo 197 de la ley N° 24.660), mientras que nuestra ley provincial en similares términos establece que “deberán ser alojados preferentemente en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos” (artículo 232 ley N° 8.465). Es de destacar la expresa referencia en ambos cuerpos normativos al énfasis que se le dará a la “enseñanza obligatoria, a la capacitación profesional y en el mantenimiento de los vínculos familiares”, resaltándose el especial cuidado que se le otorgará a su capacitación laboral, lo cual adquiere gran relevancia para obtener el cumplimiento de la finalidad de la pena que se persigue en con un régimen penal de menores, la cual, como se analizó, es la prevención especial de carácter positiva que atienda a su resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a “promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40, inc. 1°).

No obstante estas disposiciones, siguiendo a Fellini podemos afirmar que “el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el cumplimiento de sanciones aplicables a niños y jóvenes de determinada edad que han infringido la ley penal en la República

Argentina, no ha llegado todavía a conformar un cuerpo orgánico independiente que plasme fácticamente las consecuencias de lo ordenado por los jueces en la resolución”¹⁰⁷.

En este tópico no puede soslayarse la relevancia que adquiere la Ley Petri N° 27.375 del 28/07/2017 que impone reformas a la Ley de la Ejecución de la pena privativa de la libertad y al Código Penal de la Nación limitando los beneficios del período de prueba como así también la posibilidad de acceder al mecanismo de libertad asistida o la libertad condicional respecto a determinados delitos. En similar sentido regula estas instituciones la ley provincial 8465 de ejecución de la pena privativa de la libertad vigente desde el 10/05/2017.

En este temperamento, por las mismas particularidades específicas del derecho penal de la minoridad, basadas en la consideración de la justicia penal como vehículo de rehabilitación del menor, donde se realiza un esfuerzo por emplear medidas alternativas a las penas y en el cual el confinamiento en instituciones penitenciarias constituye una medida de carácter excepcional la cual debe limitarse al menor tiempo posible, principios éstos que como se analizó en el capítulo II, se encuentran consagrados en múltiples instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (Convención Internacional sobre los derechos del niño, Reglas de Tokio, Reglas de Beijing, etc.) tales modificaciones a la citada ley y código penal devienen en inconstitucionales. Esto es así, ya que la denegación de la libertad condicional sin mayores razones que el delito porque el cual resulta el joven condenado, sin evaluar y mensurar oportunamente la pertinencia del encarcelamiento como medida adecuada para la rehabilitación del menor, torna inconstitucional el artículo 14 del Código Penal, volviendo ilusorio el principio de perseguir su rehabilitación, sucediendo lo mismo con la reforma a la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, en donde se restringe la libertad asistida o las modalidades de prisión discontinua. En este sentido esos jóvenes no recibirán tratamiento penitenciario, entendido este como el cumplimiento progresivo de la pena, modulado a través del seguimiento individualizado emprendido por un equipo interdisciplinario¹⁰⁸. Las mismas críticas pueden hacerse a la ley de ejecución de nuestra provincia. No debemos olvidar que el principio de especialidad se extiende a la ejecución de

¹⁰⁷ FELLINI, Zulita, “Los jóvenes y el encierro en el sistema criminológico argentino”, en “La problemática penal juvenil”. Edit. Hammurabi, 1° edición, Bs. As., ed. 2019, pág. 229.

¹⁰⁸ Estas críticas fueron formuladas por Agustín Nigro respecto a las conocidas como Leyes Blumberg N° 25.948 y 25.892, pero tienen plena vigencia con las reformas introducidas por la Ley Petri, <http://www.actualidadjuridica.com.ar/>, artículo de doctrina código: 983, titulado: “La aplicación de las leyes 25.948 y 25.892 a los menores punibles y su inconstitucionalidad a la luz del régimen penal de la minoridad”. Revista: Familia & Niñez, Volumen: 135 - Pág: A 4907.

sanciones aplicadas a los menores penalmente responsables cuando adquieren la mayoría de edad¹⁰⁹.

2.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL SISTEMA PENAL

Existe otro mecanismo de reacción estatal ante la comisión de hechos delictivos, el que está constituido por las medidas de seguridad que surgieron con la evolución del derecho penal moderno a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Su nacimiento se debe a una confluencia de factores a saber; la existencia de personas que al cometer un delito no pueden ser pasibles de recriminación o que en el supuesto de poder serlo, se encuentran inmersos en un caso de imputabilidad disminuida y, la necesidad de resguardar a la sociedad de futuras conductas delictivas por parte de los mismos. Conforme lo exponen Fleming y López Viñals¹¹⁰ en su obra, cuando el reproche no es posible (ya que el agente no resulta imputable) y el estado no puede imponerles un castigo por carecer de capacidad para ser penalmente culpables pero que han exteriorizado su peligrosidad criminal, en las medidas de seguridad encuentra un mecanismo de control que persigue una finalidad preventiva y limita los derechos individuales en forma coactiva como complemento o sustituto de las penas.

Mientras que la pena es la consecuencia jurídica de un hecho punible, condicionada su imposición a que en el proceso se haya acreditado que el acusado ha sido autor o partícipe de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, las medidas de seguridad son la consecuencia jurídica de la comisión de una conducta típica y antijurídica por un sujeto declarado inimputable en el proceso penal, para quien la ley prevé una restricción de derechos que encuentra fundamento en razones preventivas¹¹¹.

2.a) Relaciones entre las penas y las medidas de seguridad

Se puede sintetizar la existencia de tres sistemas:

-el *monismo*: concepción que propone la aplicación de un sólo medio de sanción jurídica al culpable del delito, ya sea de la pena o las medidas de seguridad, pero no ambas.

-el *dualismo*: sistema que admite la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad y por ello se lo denomina “doble vía”.

¹⁰⁹ Para ampliar sobre el principio de especialidad en el período de ejecución de la pena ver BELOFF, Mary y TERRAGNI, Martiniano, “Nuevos Problemas de la justicia juvenil”, ob. cit., págs. 281/298.

¹¹⁰ FLEMING, Abel y VIÑALS, Pablo López. “Las Penas”, Editorial Rubinzal Culzoni, 2009, págs. 775-825.

¹¹¹ RIGHI, Esteban. “Derecho penal parte general”. Ob. cit., pág. 496.

-el *sistema vicarial*: también denominado “sustitutivo” ya que considera que la pena sólo debe ser una consecuencia de la necesidad de castigar al autor una vez agotado el tratamiento preventivo, estableciendo que cuando la medida de seguridad importa una privación de la libertad, la misma debe ser computada para establecer la duración de la sanción restante. Tiene como presupuesto fundamental la disminución de la imputabilidad del sujeto que demanda el empleo de su internación con fines preventivos junto con la necesidad de que sea aplicable al delito cometido una pena privativa de la libertad (ya que sólo cuando hay pena de privación de libertad se imposibilita el cumplimiento simultáneo con la medida de seguridad). En este sentido Roxin¹¹² expresa que en caso de imposición simultánea de una pena privativa de libertad y una medida también privativa de libertad, la internación en un hospital psiquiátrico o en un centro de desintoxicación, por regla general, será ejecutado antes de la pena y computado a efectos de la misma, aunque destaca la posibilidad de que se cumpla la pena con anterioridad a la medida si de esta manera se consigue con mayor facilidad el fin de la medida de seguridad.

Frente a estas posturas, al efectuar un análisis específico de unas y otras, se logra advertir que una de las grandes diferencias entre las penas y las medidas de seguridad radica en el hecho de que las primeras se imponen porque se ha delinquido, como un elemento retributivo basado en la medida de la culpabilidad -mirando hacia el pasado-, en cambio, las medidas de seguridad se aplican en ocasión de comprobarse que se ha delinquido pero no por ese motivo, sino porque se ha demostrado su peligrosidad y se busca evitar que vuelva a delinquir en el futuro, manteniéndose la misma siempre que se entienda que subsiste el peligro de reiteración delictiva, debiendo intervenir con propósitos terapéuticos-correctivos sobre la persona que ha delinquido. Por todo esto podría decirse que diversos factores influyen en su determinación; a saber, respecto de la pena resulta determinante la culpabilidad y respecto de las medidas de seguridad lo sería la peligrosidad.

2.b) El principio de legalidad y la peligrosidad del infractor como factor determinante

Para aplicar una medida de seguridad, conforme a los lineamientos de nuestro ordenamiento jurídico y su naturaleza de respuesta penal, es necesario el respeto al principio

¹¹² ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción 2da. edición alemana, Editorial Civitas S. A, Madrid, 1997, pp. 106-107.

de legalidad el cual se manifiesta en diferentes aspectos. Por ello que se requiere la coexistencia de ciertas condiciones:

- que el destinatario de tales medidas haya cometido un hecho que la ley previamente haya configurado como delito.

- que la medida de seguridad se encuentre prevista en la ley en forma previa a su aplicación, requiriéndose que no se impongan otras modalidades de tratamiento que las legalmente descriptas en la norma.

- sólo pueden imponerse las medidas de seguridad que resulten estrictamente indispensables para confrontar el peligro de que la persona reincida en su comportamiento ilícito.

- imposibilidad de aplicación retroactiva de las medidas de seguridad.

- de las circunstancias personales del autor se debe desprender la alta probabilidad de comisión de futuros delitos, lo que implica que el autor configure un sujeto peligroso penalmente. El factor “peligrosidad” debe ser apreciado mediante pautas racionales, vinculadas con la naturaleza del delito cometido y con la de aquellos delitos que pudiera cometer en el futuro.

2.c) Regulación de las medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico argentino. Especial referencia al régimen penal de menores

En el derecho penal argentino la reacción frente a la conducta delictiva de un sujeto inimputable no basta para dar lugar a la aplicación de medidas de seguridad ya que es necesario establecer si presenta características que hagan indispensable la aplicación de un tratamiento destinado a prevenir la futura comisión de delitos. Allí es donde el factor de la peligrosidad viene a desempeñar un rol fundamental, ya que el artículo 34 inciso 1° del Código Penal carga sobre el mismo el peso de ser el motivo determinante que habilita a que el juez ordene “la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprabase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

La actual redacción del código penal tiene como fuentes inmediatas los proyectos de códigos penales de los años 1891 y 1906 los cuales por el aporte del positivismo preveía la reclusión manicomial de los enfermos mentales. El problema que presenta nuestro régimen respecto de las medidas de seguridad es que es muy reducido, ya que tan sólo encontramos esa disposición en el código de fondo y algunas regulaciones en leyes especiales, como la Ley de Estupefacientes (ley N° 23.737) que prevé la imposición de tratamientos socio terapéuticos

o medidas educativas para la rehabilitación de la persona que tiene comprometida su capacidad de autogobierno por su adicción a tales sustancias o la Ley del Régimen Penal de Menores (ley N° 22.278).

Como expresan Righi y Fernandez¹¹³, en nuestra legislación encontramos tres especies de medidas de seguridad (no obstante, una de ellas fue eliminada), atendiendo a la finalidad asistencial que persiguen y teniendo en cuenta al sujeto destinatario:

-Medidas de seguridad curativas: tienen por objeto la internación de un enfermo mental en un instituto adecuado para su curación, con el propósito de evitar que se dañe tanto a sí mismo como a terceros. La internación en instituto manicomial se encuentra prevista en el artículo 34 inc. 1° del Código Penal al establecer que "en caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás". Luego, en el párrafo siguiente del inciso mencionado, se prevé este tipo de medida también a sujetos que padecen trastornos mentales transitorios, al disponer que "en los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso". Respecto de ambas disposiciones, los mencionados autores critican con acierto la indeterminación del plazo de internación. Es preciso destacar que actualmente la aplicación de medidas de seguridad de carácter curativas debe regirse también por las disposiciones de la Ley de Salud Mental N° 26.657 (02/12/2010), por lo que el juez debe realizar una interpretación armónica de ambos cuerpos legales.

-Medidas de seguridad educativas: son aquellas que se destinan a los menores de edad infractores a los cuales se los responsabiliza por la comisión de hechos previstos como delitos por la ley. Específicamente consisten en la internación en establecimientos especiales tradicionalmente denominados como de orientación "correccional" toda vez que los que se pretende es reformar a los jóvenes delincuentes. Constituyen un sistema normativo especial cuya evolución ha dado lugar a que se lo conciba como un "derecho tutelar" -tal como lo hemos expuesto en el capítulo I de este trabajo de investigación- ya que como los mencionados autores recalcan, se hace énfasis en las características personales del menor principalmente y no tanto en la gravedad o naturaleza del hecho cometido en sí, por ello consideran que constituye lo que han denominado un "derecho de autor" en virtud de

¹¹³ RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto Ángel. "Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena". Editorial Hammurabi, 1996, pp. 492-494.

prescindir de algunas notas esenciales del derecho penal general aplicable a los sujetos adultos.

-Medidas de seguridad eliminatorias: eran aquellas que preveía el código penal en su artículo 52 relativo a la multireincidencia al disponer "la reclusión en un paraje de los territorios del sud" (por existir en ese entonces una prisión de relegación de Ushuaia) por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena, la misma poseía un carácter relegatorio al sustraer al condenado de la provincia correspondiente bajo una pretendida idea de "eliminación". Tales medidas se encuentran actualmente suprimidas ya que se ha consagrado una modalidad de clasificación de la pena que no constituye una medida de seguridad. Por último vale recordar que asimismo el actual artículo 52 del Código Penal que prevé una pena de reclusión accesoria por tiempo indeterminado en los casos de multirreincidencia ha sido declarado inconstitucional por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Gramajo"¹¹⁴.

3.- LA JUSTICIA RESTAURATIVA O REPARATIVA COMO ALTERNATIVA A LAS PENAS

3.a) Nociones introductorias:

Desde finales del siglo XX, se ha promovido un movimiento de reforma del derecho penal en muchos países que postula la instauración de nuevas reacciones penales, incrementando la aplicación de penas de multas, el mayor uso de institutos tales como la pena en suspenso, etc. Tales ideas tienen como principal sustento la premisa de que la cárcel no constituye un medio eficaz para obtener la resocialización de aquellas personas que delinquen. Como expone el Dr. Cano Paño¹¹⁵ a nivel internacional ha surgido un cuestionamiento general de la idea sobre la posibilidad de resocializar, reeducar o reinsertar a los penados en el curso de la ejecución de una pena de prisión, ya que si se considera que la causa que ha llevado a una determinada persona a cometer un delito es su falta de adaptación al medio social durante el tiempo en que se encontraba en libertad, muy difícilmente podrá corregirse ese proceso y lograr la readaptación del penado, "apartándolo de la sociedad y obligándolo a vivir durante un periodo, más o menos extenso de su vida, privado de libertad, sujeto a unas

¹¹⁴ Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -causa N° 1573-. 05/09/2006, CSJN, Id SAIJ: FA06000367.

¹¹⁵ CANO PAÑOS, Miguel Ángel. "Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del derecho comparado". Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Diciembre de 2014.

normas de régimen, más o menos rígidas, que le impiden relacionarse con el medio en condiciones de igualdad y responsabilidad plenas y que, en mayor o menor grado, le desligan o desvinculan del entorno extrapenitenciario”. Es por ello que, el citado autor considera que esos argumentos resultan si cabe aún más convincentes cuando se hace referencia a las penas cortas privativas de libertad; de manera tal que evitar el cumplimiento efectivo de las penas cortas de prisión, encontraría dos grandes razones: el hecho de que las penas cortas de prisión se prevén por regla general para delitos poco graves, para los cuales bastarían penas menos traumáticas y, como ya hemos esbozado, la realidad de que esas penas de corta duración acarrearán en muchos casos el efecto contrario a la resocialización (en palabras de autor “permiten el ‘contagio’ del pequeño delincuente al entrar en contacto con otros más avezados, no permitiendo en cambio el tiempo necesario para emprender un tratamiento eficaz”). Es por ello que en muchos países, principalmente del entorno cultural europeo, se ha dado este proceso que busca promover alternativas al efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad, principalmente respecto de aquellas de pequeña duración.

Conforme a estos lineamientos autores como Righi¹¹⁶ han manifestado sus críticas al sistema de organización penitenciaria, ya que se admite la existencia de una “crisis del ideal de resocialización” al reconocer que “regularmente los cambios que la prisión genera en los internos son para peor [...] el contagio carcelario favorece el desarrollo de carreras criminales [...] no se puede adaptar a un sujeto a la vida en libertad mientras carece de ella, y menos predecir el comportamiento criminal que el sujeto tendrá en el mundo libre, observando su respuesta a los programas carcelarios de tratamiento”.

Es necesario destacar, en consonancia con esta tendencia, la Resolución N° 45/110 -de fecha 14 de diciembre de 1990- respecto a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre penas no privativas de libertad (popularmente conocidas como “Reglas de Tokio”) las que persiguen “promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión” estableciendo que “los estados miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos [...] reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”, para lo cual “el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de

¹¹⁶ RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto Ángel. “Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena”. Editorial Hammurabi, 1996, pp. 552-554.

medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia”.

Dentro de estos lineamientos debe destacarse la variable que ofrece la denominada “justicia restaurativa” como una alternativa frente a la aplicación de penas privativas de libertad, al respecto, la “Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los Retos del Siglo Veintiuno” (resolución aprobada en el X Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento a Delincuentes en la Ciudad de Viena, año 2000) ha sido en punto de partida para el desarrollo de políticas de naturaleza restaurativa, las cuales desde una óptica integral de respeto de los derechos de todos los sujetos involucrados en el hecho delictivo, buscan dar una solución a los conflictos de manera más eficaz y, porque no, más humana. Esto es así ya que la “justicia restaurativa, reparadora o restauradora” permite dar una respuesta ante la comisión del delito que obtiene no sólo que el sujeto infractor reflexione sobre su comportamiento sino que también logra la satisfacción del interés de la víctima que se ha visto conculcada en sus derechos con la comisión delictual. Sobre este aspecto nos pronunciaremos en forma más extensa en el próximo apartado.

Cabe mencionar, que en el Congreso de las Naciones Unidas también se hizo expresa mención respecto del compromiso de adoptar medidas de lucha para prevenir el fenómeno de delincuencia infantil y adolescente, e incluir disposiciones relativas a la justicia de menores en los planes nacionales de desarrollo y en las estrategias internacionales de desarrollo, así como a incorporar la administración de la justicia de menores en las políticas de financiación de la cooperación para el desarrollo.

3.b) Conceptualización. Origen. Naturaleza jurídica:

Cuando se habla de justicia restaurativa o restauradora, a decir de la profesora Kemelmajer de Carlucci¹¹⁷, se hace referencia a “una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional sea el retributivo, sea el rehabilitativo”. En este sentido la autora comenta que “podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres ‘R’: responsabilidad, restauración y reintegración”, por lo que, no constituye sólo una respuesta al problema de la delincuencia, sino que constituye una filosofía integral ya que “es un modo de construir un sentido de comunidad a través de la creación de relaciones no violentas en la sociedad” al

¹¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Justicia restaurativa, posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”. Editorial Rubizal-Culzoni. Buenos Aires, 2004, pág. 109.

versar sobre el delito pero también sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible.

Al analizar sus orígenes vemos que la restitución a la víctima del hecho delictivo como respuesta económica aparece desde tiempos muy remotos. La profesora citada menciona el Código de Hammurabi donde se preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad o la Ley de las Doce Tablas donde se disponía que el ladrón condenado pagara el doble del valor de lo robado, el triple si el bien se hubiera encontrado en su casa o, el cuádruple si hubiera obstaculizado la persecución. Esto revela que la justicia retributiva existe desde hace muchos siglos en pueblos de diversas culturas, como en Canadá, Nueva Zelanda u otros países, donde incluso en la actualidad y pese al monopolio estatal de la justicia, siguen funcionando. En este temperamento, se considera como comienzo de la justicia restaurativa un caso solucionado en 1974 en Canadá, específicamente en Ontario, donde en una población menonita, Mark Yantzi, cansado de la falta de respuesta judicial efectiva ante numerosos ataques a la propiedad realizados por menores de edad, donde los infractores no tenían antecedentes, le propuso al juez interviniente en el proceso penal iniciado contra los mismos, se les impusiera la obligación de reparar el daño causado. Por ello, el magistrado al dictar sentencia dispuso que los jóvenes cumplieran con la reparación del daño y luego hicieran un informe de lo que habían visto tras conversar personalmente con las víctimas y observar el daño que habían generado. Luego de tres meses, los menores habían cumplido lo ordenado judicialmente. Esta experiencia fue conocida por otros pueblos con la misma orientación religiosa y se expandió tal práctica en ellas.

Sobre las razones que generaron el nacimiento de estas ideas reparadoras, sostiene Faget¹¹⁸ que son el producto de la conjunción de tres corrientes de pensamiento ideológicamente heterogéneas, a saber: aquella que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de regulación, la que denunció los efectos devastadores del sistema penal en la vida del delincuente y la que propició el desarrollo de mecanismos tendientes a exaltar los derechos del hombre y los de las víctimas.

¹¹⁸ FAGET, Jacques. "La médiation. Essai de politique pénale". Eres. París, 1992, p. 23, citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Justicia restaurativa, posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad", p.119.

En lo atinente a la naturaleza jurídica de este instituto, Kemelmajer¹¹⁹ comenta que se discute sobre si “reparar es punir” o si “se repara para no punir”, respecto de lo cual se pueden observar varias posturas:

- aquellos que sostienen que la justicia reparatoria no tiene carácter punitivo porque la punición está teñida de factores retributivos, de carácter negativo y contraproducentes. Estos autores, entre los cuales puede mencionarse a Walgrave, Daly y Archibald, destacan los elementos progresistas que aporta la justicia retributiva, implicando así un beneficio tanto para el autor del hecho, la víctima y la sociedad misma, la cual no puede tener finalidad punitiva porque describirla con esa naturaleza sería “ensuciarla”.

- aquellos que consideran que la justicia retributiva supone utilizar la reparación como pena, ya que opera como un procedimiento complementario de la pena, imponiendo así una orden de reparación. Dentro de esta corriente encontramos a Duff principalmente.

- otra variante intermedia, son las posturas de aquellos autores, como Johnstone o Beristain, que sostienen que no es tan nítida la línea que separa la reparación de la punición, considerando que la división entre pena y restauración constituye más bien una cuestión de filosofía que de efectos prácticos. Esta postura considera que la justicia restaurativa constituye una alternativa más dentro del Derecho Penal, la cual es compartida por la Dra. Kemelmajer a quien ya he citado.

3.c) La justicia restauradora en el régimen penal de menores de la argentina

Como nos enseña la prestigiosa jurista seguida en este tópico¹²⁰, no existe un modelo único a través del cual la justicia restauradora intenta resolver el conflicto generado por el hecho criminoso, sino que existen programas muy diversos y que no se sujetan a moldes rígidos. Por lo que se puede observar, mientras en Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Estados Unidos se incentiva la reunión de grupos más o menos amplios, en países de Europa, la mayor parte de los mismos adoptaron la mediación entre víctima y el autor del delito.

Específicamente en nuestro país, Fellini¹²¹ sostiene que dentro del ámbito de la ley N° 22.278 sería posible recurrir a la mediación-reparación cuando se den los requisitos dispuestos

¹¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Justicia restaurativa, posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”, ob. cit., págs.161-170.

¹²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Justicia restaurativa, posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”, ob. cit. Págs.. 269-274.

¹²¹ FELLINI, Zulita. “Mediación-reparación como tercera vía en el Derecho Penal Juvenil”. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 228. citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Justicia restaurativa, posible respuesta

en el artículo 4° del cuerpo normativo citado. De manera tal que, “en el momento en que el juez resuelve aplicar la sanción, absolver o perdonar, también podría considerar que carece de interés la aplicación de la pena o medida, o que la pena puede ser disminuida, en función del acuerdo de voluntades obrado entre las partes. Podría también imponer una medida de seguridad, si estimara que la personalidad del joven así lo requiere. Sin embargo, dada la falta de normativa específica, la mediación-reparación no sería un acto vinculante para el juez”. Por otro lado, la autora observa en las manifestaciones del principio de oportunidad existentes en el Código Penal, la posibilidad de dar lugar a la mediación-reparación, citando a tal fin los artículos 26, 27, 27 bis, 40, 42 y 76 bis de tal cuerpo normativo.

Específicamente en relación a nuestra provincia, la Dra. Kemelmajer de Carlucci¹²² hace mención de los artículos 150 y 151 de la ley provincial N° 6.354 relativa al Régimen jurídico de protección de la minoridad, que según la opinión de la doctrina, darían lugar a la apertura de la justicia restauradora en nuestro territorio, al disponer: “en los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad, para evitar la promoción de persecución penal o para hacerla cesar, el agente fiscal, el imputado o su defensor, podrán solicitar al juez en lo penal de menores el archivo de la causa” (artículo 150) y “cuando la ley penal establezca la suspensión del juicio a prueba, el juez en lo penal de menores deberá hacer conocer esta circunstancia al menor y a su representante, bajo pena de nulidad de la audiencia” (artículo 151).

3.d) Medidas alternativas a la prisión efectiva en el Derecho Penal Argentino.

En consonancia con lo expuesto, debemos hacer referencia a las medidas alternativas a la prisión efectiva dentro de un establecimiento carcelario previstas dentro del ordenamiento jurídico argentino, donde la Ley de ejecución de la pena privativa de libertad N° 24.660 prevé dentro de las modalidades básicas de la ejecución de la pena, algunas medidas alternativas para situaciones especiales tales como la prisión domiciliaria (artículo 32), la prisión discontinua y semidetención (artículo 35 y siguientes), la prisión diurna y nocturna (artículos 41-44) y las tareas para la comunidad (artículo 50-53). Cabe recordar la exclusión prevista por el artículo 56 bis que impide otorgar los beneficios comprendidos en el período de prueba y la

para el delito cometido por personas menores de edad” págs.343-344 y FELLINI, Zulita. “La problemática penal juvenil”. Editorial Hammurabi. 1° edición. Buenos Aires, 2019, págs. 92-100.

¹²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Justicia restaurativa, posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”, ob. cit, pág. 348.

libertad condicional a los condenados por los delitos allí detallados, cuya constitucionalidad ya hemos cuestionado.

En forma semejante el Código de ejecución de la pena privativa de la libertad de la Provincia de Mendoza, Ley N° 8.465, muchas de esas variables a la pena de prisión clásica, a saber: prisión domiciliaria (artículos 48-50), prisión discontinua, semidetención, prisión diurna y nocturna (artículos 51-60) y trabajos para la comunidad (artículos 66-67).

Al analizar el Código Penal Argentino se observa que también se regulan ciertas medidas alternativas a la pena privativa de libertad, dentro de las que se pueden mencionar la prisión domiciliaria para aquellos supuestos de personas con alguna enfermedad, discapacidad, mayores de setenta años de edad, mujeres embarazadas y madres con hijo menor a cinco años (artículo 10) y la condena condicional en caso de primera condena que no exceda de tres años (artículo 26 y sgtes.). En otras disposiciones podemos encontrar la previsión de la conciliación o reparación integral del perjuicio como forma de extinción de la acción penal (artículo 59 inciso 6°), o el instituto de la suspensión del juicio a prueba para aquellos delitos de acción pública reprimidos con pena de prisión cuyo máximo no exceda de tres años (artículo 76-76 quater y 59 inciso 7°).

Esta tendencia también se observa en determinadas normas de carácter procesal, como en el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza al consagrarse el principio de oportunidad (artículo 26 de la ley N° 6.730) se permite se suspenda, total o parcialmente, la persecución Penal en casos en que la lesión al bien jurídico protegido fuera insignificante, cuando se haya producido la solución del conflicto, o en los casos de suspensión del juicio a prueba, entre otros.

En las normas específicas del fuero penal juvenil vemos que en la ley N° 6.354 relativa al Régimen jurídico de protección de la minoridad prevé en su artículo 184 la posibilidad de que el juez y el tribunal en lo penal de menores competente, aplique el instituto de libertad asistida o régimen de semilibertad, además de la posibilidad disponer medidas de protección del menor de edad (entrega del niño o adolescente a sus padres, tutor o guardador, bajo periódica supervisión, inclusión en programas oficiales o comunitarios de protección a la familia y al niño y adolescente, etcétera, todas reguladas en el artículo 180 de la citada norma).

Habiendo practicado en el presente capítulo un exhaustivo análisis del régimen de las penas dentro del derecho penal y las particularidades relativas al régimen de menores, resulta necesario reiterar la necesidad imperiosa de una reforma de la legislación argentina para adecuarla con las directrices y principios consagrados a nivel internacional por los múltiples

instrumentos existentes y así poder gozar de una digna justicia de menores que contemple adecuadamente su carácter de sujeto de derechos y su situación de vulnerabilidad, los cuales los hacen merecedores de un tratamiento más benévolo y flexible.

CAPÍTULO IV:
INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LAS NORMAS QUE
REGULAN EL RÉGIMEN PENAL DE MENORES.

1.- Penas perpetuas

1.a) CSJN "MALDONADO, DANIEL ENRIQUE Y OTRO S/RECURSO DE HECHO"¹²³.

En esta sentencia, emitida por la Corte Suprema de la Nación el día 7 de diciembre de 2005 se revocó el fallo en virtud del cual la Cámara de Casación Penal impuso una pena de prisión perpetua contra Daniel Enrique Maldonado, quien en el momento de los hechos era menor de edad en virtud de considerar que la decisión de condenarlo a prisión perpetua no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente ni alcanza a explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena de tal carácter.

Dentro de los argumentos para arribar a tal solución la Corte sostuvo “que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, de iure, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible. Sin embargo, cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente [...] que ello no ha sucedido en el caso de autos [...] Que, por otra parte, en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de

¹²³ MALDONADO, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado. Recurso de hecho. Causa N° 1174C. Corte Suprema de Justicia de la Nación -1- Buenos Aires, 7 de diciembre de 2005.

haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena [...] Que ello es así tanto si se considera que las reglas que orientan la determinación de la pena son las del art. 41 del Código Penal como si se estima que son las del art. 4º de la ley 22.278. Pues es verdad –y en esto sí acierta el a quo– que ambas regulaciones son parcialmente coincidentes [...] Que existe otro aspecto concluyente respecto del cual ambas regulaciones coinciden, pero que al a quo no le pareció relevante: la necesidad de tomar conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena. Así, el art. 41, inc. 2º, in fine, del Código Penal señala claramente que ‘El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto en la medida requerida para cada caso’. Por su parte, el art. 4º de la ley 22.278, es, para este caso, aún más categórico, en tanto establece que la necesidad misma de aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de “la impresión directa recogida por el juez’ [...] Que se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada [...] Que la “necesidad de la pena” a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a “gravedad del hecho” o a “peligrosidad” como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’ (art. 40, inc. 1º)”.

Específicamente en relación a las penas impuestas a menores de edad, la Corte sostuvo “Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los

posibles efectos nocivos del encarcelamiento [...] La ley 22.278, que es la pieza jurídica fundamental nacional en la materia, prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa (art. 4), e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él, para el supuesto de que considere que se encuentra en un estado de abandono, peligro material o moral (art. 2 in fine ley 22.278) [...] Que, una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación. Esto surge claramente no sólo del art. 2 de la ley mencionada sino también de la hermenéutica de la ley de Patronato de Menores n° 10.903, conocida como 'Ley Agote' [...] Que, partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado como aquel elaborado por la doctrina de la "situación irregular" de la justicia de menores, pues *reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo* (el resaltado me pertenece). En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54). [...] Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. [...] Que, consecuentemente, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores”.

Asimismo, se expresó “que de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto [...] Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del sub lite la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994. Dicho principio recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral [...] De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor [...]

Que no escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óntico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas [...] Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la

culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional [...] Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad [...] La peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto.[...] Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena ‘constituye claramente una expresión del ejercicio del jus puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía’ [...] En fin de cuentas, se sancionaría al individuo con pena de muerte inclusive no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. [...] Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.

A todo lo expuesto cabe destacar ciertas afirmaciones del voto del Sr. Ministro Fayt, quien expuso “debe determinarse si la máxima pena impuesta al joven Maldonado se corresponde con los principios constitucionales relativos a la fijación de la pena y a la atención que cabe asignar a la especial situación en la que se encuentran los jóvenes en conflicto con la ley penal, teniendo especialmente en cuenta que en este campo existe la alternativa de reducir las penas en general mediante la adopción de la escala reducida de la tentativa. De ahí que el denominado principio de benignidad en conexión con la culpabilidad disminuida de aquella persona que ha cometido un delito siendo menor de 18 años de edad, operaría en todo caso en cuanto a sostener que, por regla, corresponde aplicar la escala

reducida de mención” y que “cabe recordar que los principios que sin lugar a dudas diferencian el sistema penal de adultos del de responsabilidad penal juvenil en el contexto del modelo de la protección integral de los derechos del niño, pauta determinante de los alcances de la nueva imagen o perspectiva que debe informar todo el régimen especial aparejan para este último la necesidad de una amplia variedad de medidas y la excepcionalidad de la pena privativa de la libertad. Su carácter particular permite de alguna manera sostener que la finalidad retributiva ha sido puesta a un margen en esta materia, lo que no importa, empero, caer en perimidas consideraciones etiologicistas. Antes bien, supone atender a los efectos de la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho como punto de referencia superior que resulte necesaria imponer”.

1.b) CIDH “MENDOZA Y OTRO VS. ARGENTINA”¹²⁴.

En este fallo dictado por la Corte Interamericana de derechos humanos el 14 de mayo de 2013 se declaró la responsabilidad del estado argentino por las violaciones de derechos humanos cometidas al haber impuesto penas privativas de la libertad de extensión perpetua a cinco personas por delitos cometidos durante su menor edad. Por otro lado también declaró la responsabilidad de la Argentina por poseer códigos procesales penales que aplicados en los casos de menores de edad no permitían una revisión amplia de sus juicios por otro juez o tribunal superior, también por no haber investigado adecuadamente la muerte de uno de aquéllos mientras se encontraba bajo custodia estatal, como asimismo por la falta de adecuada atención médica a uno de los jóvenes mencionados e incluso por haber sometido a dos de esas personas a actos de tortura.

En el precedente analizado la Corte se pronunció respecto de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldán y Ricardo David Videla Fernández, quienes fueron condenados a penas de privación perpetua de la libertad por delitos metidos durante su menor edad, conforme a la ley N° 22.278 que regula el Régimen Penal de la Minoridad. Contra estas condenas se interpusieron recursos de casación, entre otros, en virtud de los artículos 474 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza y 456 del Código Procesal Penal de la Nación, los cuales fueron denegados por pretenderse una revisión

¹²⁴ MENDOZA y otros vs. Argentina. Corte Interamericana de derechos humanos. Serie C No. 260. San José de Costa Rica, 14 de mayo de 2013.

de cuestiones de hecho y relativas a las pruebas, las que conforme a tales códigos procesales no eran procedentes.

En los términos de la sentencia, se expresó que “El Tribunal observa que las controversias planteadas [...] no están dirigidas a controvertir la responsabilidad penal de César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal, Ricardo David Videla Fernández y Claudio David Núñez, sino la imposición de la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, sobre aquéllos. Al respecto, el Estado reconoció su responsabilidad por la violación del principio de culpabilidad penal pues, en su concepto, la prisión perpetua solamente está prevista para adultos. En primer lugar, la Corte estima pertinente reiterar que se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que la ley interna aplicable disponga una edad distinta para estos efectos [...]. Asimismo, que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y, además, tienen ‘derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado’. [...] Los niños y las niñas son titulares de todos los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de ese instrumento [...] la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquel pertenece. Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

A lo expuesto se agrega que “tratándose del debido proceso y garantías, esta Corte ha señalado que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial

en que se encuentran. En razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procesos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos. Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a ‘su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas’, sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. En tal sentido, el artículo 5.5. de la Convención Americana señala que, ‘cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento’. Por lo tanto, conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo”.

Por ello es que se mencionó “en relación con el tema específico planteado en el presente caso, directamente relacionado con la imposición de sanción penal a niños, la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que, para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización

de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad”.

Sumado a ello se comentó que “la Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas. No obstante, el Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, ‘las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho 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’. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma. Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, *el Tribunal considera que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños*. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños. Por todo lo anterior [...] la Corte estima que el Estado violó en perjuicio de César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal, Ricardo David Videla Fernández y Claudio David Núñez, el derecho reconocido en el artículo 5.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, al imponerles como penas la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente”. Junto a todo esto se expresó que “el Tribunal ha establecido que el artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la

efectiva observancia de dichas garantías. En esta Sentencia el Tribunal estableció que Argentina violó el derecho reconocido en el artículo 7.3 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal, Ricardo David Videla Fernández y Claudio David Núñez, al imponerles como sanciones penales la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, por la comisión de delitos siendo niños [...] Al respecto, en esta Sentencia ya se mencionó que la Ley 22.278 aplicada en el presente caso, la cual data de la época de la dictadura argentina, regula algunos aspectos relativos a la imputación de responsabilidad penal a los niños y a las medidas que el juez puede adoptar antes y después de dicha imputación, incluyendo la posibilidad de la imposición de una sanción penal. Sin embargo, la determinación de las penas, su graduación y la tipificación de los delitos se encuentran reguladas en el Código Penal de la Nación, el cual es igualmente aplicable a los adultos infractores. El sistema previsto por el artículo 4 de la Ley 22.278 [...] deja un amplio margen de arbitrio al juez para determinar las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por personas menores de 18 años, tomando como base no sólo el delito, sino también otros aspectos como ‘los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez’. Asimismo, de la redacción del párrafo 3° del artículo 4 de la Ley 22.278 se desprende que los jueces pueden imponer a los niños las mismas penas previstas para los adultos, incluyendo la privación de la libertad, contempladas en el Código Penal de la Nación, como sucedió en el presente caso. De lo anterior, la Corte estima que la consideración de otros elementos más allá del delito cometido, así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, son contrarias al principio de proporcionalidad de la sanción penal a niños, en los términos ya establecidos en esta Sentencia [...] La Corte destaca igualmente que al momento de los hechos el artículo 13 del Código Penal de la Nación contemplaba la libertad condicional para las personas sancionadas con prisión y reclusión perpetuas, luego de cumplidos 20 años de condena [...] Al respecto, como ya lo estableció el Tribunal en esta Sentencia, dichas sanciones son contrarias a la Convención, ya que este período fijo luego del cual podría solicitarse la excarcelación no toma en cuenta las circunstancias de cada niño, las cuales se van actualizando con el transcurso del tiempo y, en cualquier momento, podrían demostrar un progreso que posibilitaría su reintegración en la sociedad. Adicionalmente, el período previsto por el artículo 13 mencionado no cumple con el estándar de revisión periódica de la pena privativa de libertad [...] Todo lo contrario, es un plazo abiertamente desproporcionado para que los niños puedan solicitar, por primera vez, la libertad, y puedan reintegrarse a la sociedad, pues los niños son obligados a permanecer más

tiempo privados de la libertad, es decir 20 años, con el fin de poder solicitar su eventual libertad, que el tiempo vivido antes de la comisión de los delitos y de la imposición de la pena, tomando en cuenta que en Argentina las personas mayores de 16 años y menores de 18 años son imputables, conforme al artículo 2 de la Ley 22.278[...] El Estado alegó que la situación de la incompatibilidad de la determinación, ejecución y revisión periódica de la sanción penal a niños quedó resuelta con la Ley 26.061, relativa a la Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. La Corte observa que dicha Ley, la cual fue adoptada en el año 2005, con posterioridad a imposición de las sanciones penales que son objeto de este caso, regula, en términos generales, el denominado ‘Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes’ y, en tal sentido, las ‘políticas, planes y programas de protección de derechos’, los ‘organismos administrativos y judiciales de protección de derechos’, los ‘recursos económicos’, los ‘procedimientos’, las ‘medidas de protección de derechos’, y las ‘medidas de protección excepcional de derechos’, conforme a su artículo 32. Si bien la Ley N° 26.061 se refiere, entre otros, a algunos aspectos relativos a los ‘derechos de las niñas, niños y adolescentes’, las ‘garantías mínimas de procedimiento’ y las ‘garantías en los procedimientos judiciales o administrativos’ (artículo 27), los aspectos relativos a la determinación de las sanciones penales a niños se rigen por la Ley 22.278 y por el Código Penal de la Nación, los cuales siguen vigentes en Argentina. Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado incumplió con la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 7.3 y 19 de la misma, en perjuicio de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández y Saúl Cristian Roldán Cajal”.

Por ello se dispuso por unanimidad, entre otras cuestiones “el Estado deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil, y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, Argentina deberá, entre otros, difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, así como a sus familias, en los términos de los párrafos 321 a 325 de esta Sentencia” como así también “el Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las

personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia...”, por otro lado se dispuso que “el Estado debe, dentro de un plazo razonable, adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior [...] el Estado debe implementar, en un plazo razonable, si no existieran actualmente, programas o cursos obligatorios sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y de la niñez, incluyendo aquéllos relativos a la integridad personal y tortura, como parte de la formación general y continua del personal penitenciario federal y de la Provincia de Mendoza, así como de los jueces con competencia sobre delitos cometidos por niños ...”.

1.c) Otros tribunales del país:

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que dispuso pena de prisión perpetua a un menor de edad por los delitos de robo calificado y homicidio triplemente agravado, pues la condena impuesta carece de la debida fundamentación de conformidad con los principios de subsidiariedad, "última ratio" e "interés superior del niño" que deben rigen el derecho penal juvenil, como tampoco se analizaron medidas tutelares menos gravosas a la prisión que tiendan la resocialización del menor. (Corte Suprema de Justicia. Rosario, Santa Fe. (Erbetta - Falistocco - Gutiérrez - Netri - Spuler - Gastaldi), “C., D. F. s/ revisión penal”, sentencia del 1 de Noviembre de 2012. SAIJ, Sumario: J0990682

2.- Obligatoriedad de la reducción a la escala de la tentativa.

2.a) CNCP (diversas Salas):

Como vimos, Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya citado fallo “Maldonado”¹²⁵ recoge las directrices emanadas de los instrumentos internacionales aplicables a la materia indicando: “En el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y respecto de la culpabilidad de un niño, la reducción que se

¹²⁵ MALDONADO, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado. Recurso de hecho. Causa N° 1174C. Corte Suprema de Justicia de la Nación -1- Buenos Aires, 7 de diciembre de 2005. Fallos: 328:4343, considerando 40.

deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.

Allí según hemos estudiado se reconoce expresamente la culpabilidad disminuida de los jóvenes infractores y la necesidad de imponer una pena acorde (proporcional) a esa culpabilidad. Pero, además, se reconoce que la finalidad de la pena no puede dissociarse del futuro del joven y su posibilidad concreta de resocialización en cuanto objetivo principal del Derecho penal juvenil.

No obstante, en el citado precedente nuestro máximo tribunal no se pronuncia categóricamente sobre la obligatoriedad de la reducción de la escala penal a la de la tentativa lo que ha llevado a que los juzgados resuelvan de manera dispar.

Conforme un relevamiento de distintos precedentes de la Cámara de Casación Penal efectuado por Beloff, Kierszenbaum y Terragni¹²⁶, surge que en la actualidad de todas sus salas (I, II, III y IV), con algunos votos en disidencia, sostienen la no obligatoriedad de la reducción de pena a la escala de la tentativa, no obstante existe coincidencia en cuanto a que la pena aplicable a un niño debe ser menor que la pena aplicable a un adulto.

En tal sentido se ha resuelto:

- “La decisión del tribunal a quo que no aplica la reducción de pena prevista en el art. 4º de la ley 22.278, se ajusta a derecho si el elemento que resulta decisivo para sostener el acto jurisdiccional que se impugna es el hecho de que el tratamiento tutelar a que fue sometido el imputado no tuvo los resultados que la ley de menores exige, toda vez que después de dicho tratamiento y ya como mayor, cometió otro delito de entidad superior al que había perpetrado como menor”. (Voto de los Dres. Catucci, Bisordi y Rodríguez Basavilbaso). Cámara Nacional De Casación Penal, Capital Federal Sala 01 (Magistrados: Catucci, Bisordi, Rodríguez Basavilbaso.) en T., M. S. s/ recurso de casación. Sentencia, 71601 del 4 de noviembre de 2004 Identificación SAIJ: 33010492.

- “Los jueces que conformaron la mayoría no consideraron el proceso que el imputado tiene pendiente en otro juzgado con miras a aumentar el monto punitivo a imponer, sino tan solo como un dato más de la realidad objetiva que debieron considerar a los efectos de demostrar que no era merecedor del otorgamiento de los beneficios que prevé el art. 4º de la ley minoril. Por ello, no afecta el principio de inocencia”. (Voto de los Dres. Catucci,

¹²⁶ BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, “La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad”, LL-2012-B-689.

Bisordi y Rodríguez Basavilbaso). Cámara Nacional de Casación Penal, Capital Federal Sala 01 (Magistrados: Catucci, Bisordi, Rodríguez Basavilbaso.) en T., M. S. s/ recurso de casación. Sentencia, 71601 del 4 de noviembre de 2004 Identificación SAIJ: 33010571.

- “La reducción de la escala penal prevista en la ley minoril resulta irrazonable si se tiene en cuenta que el tratamiento tuitivo —oportunamente concedido— fracasó en lo que es su propósito primordial, defraudando la confianza de las autoridades e involucrándose en nuevos hechos delictivos tipificados como robo con armas. Que tal conducta viola de manera flagrante la norma básica que debe observar todo menor tras ser declarado responsable, esto es el no volver a delinquir”. (Voto del Dr. Tragant, Dr. Riggi según su voto; Dra. Ledesma, en disidencia). Cámara Nacional De Casación Penal, Capital Federal. Sala 03 (Magistrados: Riggi, Ledesma, Tragant.) en T., A. L. y M., S. F. s/ recurso de casación. Sentencia, 713043 del 23 de noviembre de 2004 Identificación SAIJ: 33010472.

- “La decisión del tribunal de menores, que para rechazar la reducción de pena (art. 4º de la ley 22.278) tuvo en cuenta la existencia de otros procesos pendientes del menor, se ajusta a derecho, ya que no lo hizo para aumentar la pena sino para demostrar que no era merecedor del beneficio”. (Voto de los Dres. Catucci, Bisordi, Rodríguez Basavilbaso). Cámara Nacional de Casación Penal, Capital Federal. Sala 01 (Magistrados: Catucci, Bisordi, Rodríguez Basavilbaso.) en A., D. M. s/ recurso de casación. Sentencia, 72591 del 2 de diciembre de 2004. Identificación SAIJ: J0033302.

- El artículo 4 del Régimen Penal de la Minoridad concede a los jueces tres (3) posibilidades entre las cuales pueden discernir al momento de dictar su sentencia, elección racional que debe realizarse reparando en las circunstancias de la minoridad que puntualmente señala la ley, es decir, en las modalidades del hecho, los antecedentes (también los penales obviamente) del menor, el resultado del tratamiento tutelar y, asimismo, en la “impresión personal” que les cause el imputado; por lo cual resulta claro que se trata de un sistema de determinación de la pena “homogéneo” o “similar” al contenido en los artículos 40 y 41 del Código Penal (que, evidentemente, también debe ser utilizado en estos supuestos, atendiendo a las particularidades de la minoridad referenciadas). Analizado el fallo impugnado, consideramos ajustada a derecho la pena que se les impusiera a los menores, ya que la misma les fue asignada en el legítimo ejercicio de las atribuciones que a los jueces sentenciantes les confiere la ley (artículo 4º de la Ley 22.278), dentro de la escala del tipo penal por el que se los declarara penalmente responsables; siendo además los motivos expuestos por los señores magistrados suficientes para justificar por qué descartaron para el caso la escala reducida que

ahora requiere la defensa. (Dr. Riggi, según su voto). Cámara Nacional de Casación Penal, Capital Federal, Sala 03 (Magistrados: Riggi, Ledesma, Tragant), “T., A. L. y M., S. F. s/ recurso de casación”, sentencia, 713043 del 23 de noviembre de 2004. Identificación SAIJ 33010571.

Si bien los precedentes jurisprudenciales citados a modo de ejemplo son anteriores al fallo Maldonado los criterios expuestos se han mantenido en los últimos años.

2.b) SCJMza. “LEDESMA RECHE p/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN”¹²⁷.

En este fallo, dictado por la Suprema Corte Justicia de Mendoza el día 23 de diciembre de 2014, se absolvió a Jonathan Mauricio Ledesma Reche, anulando la sentencia que lo condenó por un delito cometido durante su menor edad a la pena de prisión perpetua, en virtud de considerar que esta especie de pena era contraria a normas y estándares convencionales de derechos humanos, además de ser impuesta en violación de las reglas del debido proceso del régimen penal juvenil, por haberse violado el derecho fundamental a obtener un tratamiento tutelar propio de los menores imputados.

Con el voto preopinante del Dr. Omar Palermo y la adhesión del Dr. Alejandro Perez Hualde, al analizar si resulta imperativo para el juez reducir la escala penal del delito consumado a la del delito en grado de tentativa el magistrado explicó:

“Como se sabe, el presupuesto de la imposición de una pena es el sinalagma libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias: todo ciudadano tiene el derecho de administrar libremente su ámbito de organización pero, a la vez, es responsable de las consecuencias lesivas que de esa organización deriven para terceras personas. Dicho de otro modo, en un Estado Democrático de Derecho la pena debe respetar la dignidad de la persona, lo que significa que debe respetar la auto-organización del sujeto como persona autónoma. Por ello no es lícita la imposición de una pena que pretenda cambiar la auto-organización del autor de un delito pues mediante ella se pretende modificar su personalidad, la que constituye la base fundamental del juicio de reproche. En efecto, si mediante la pena se pretende modificar la auto-organización del sujeto con ella se hace desaparecer la base misma del

¹²⁷ RIOS VALLEJOS, JUAN, HERRERA, OSCAR, NAVARRO, JULIO MARTIN Y LEDESMA, JONATHAN P/ homicidio agravado en concurso real con robo agravado. Recurso extraordinario de casación. Cuij N°13-02843248-2. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala Segunda. Mendoza, 23 de diciembre de 2014.

juicio de culpabilidad. Esta es la paradoja a la que conduce la teoría de la prevención especial positiva cuyo propósito es la resocialización del condenado”.

“Pues bien, para establecer si la reducción de la escala penal del delito consumado al de la tentativa es obligatoria o no para el juzgador en el caso de responsabilidad penal juvenil, debe resolverse la cuestión de si los menores de edad tienen plena auto-organización, de modo que el sinalagma libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias resulte completo, en cuyo caso no habrá razones para disminuir la penalidad. Por el contrario, en caso que no pueda demostrarse la perfección de dicho sinalagma por no resultar plena la auto-organización de niños, niñas y adolescentes, esta razón en sí misma justificaría que en todos los casos de jóvenes en conflicto con la ley penal se reduzca la escala penal a la de la tentativa”.

“Si la auto-organización del menor de edad debe ser entendida como ciudadanía penal en virtud de autolegislación, está claro que, al menos en el momento del hecho, los menores de dieciocho años no participaban del discurso político y, en consecuencia, tenían restringida en ese aspecto su capacidad de auto-organización. En efecto, si por autolegislación se entiende que el ciudadano del Estado sólo está obligado a obedecer la ley respecto de la cual ha dado su consentimiento a través del voto, los menores de edad carecen de ese derecho (hoy sólo los mayores de dieciséis años pueden ejercerlo de manera optativa) de modo que bien puede constatarse una limitación de su auto-organización que justificaría la reducción de la pena a la escala penal de la tentativa...”.

“Sin embargo, no sólo en el ámbito del derecho al voto es donde los menores de edad ven disminuida su capacidad de auto-organización. En efecto, más allá del múltiple reconocimiento de derechos en distintos ámbitos, lo cierto es que una buena parte de los mismos no son auto-administrados por el niño, niña o adolescente, sino que se trata de derechos hetero-administrados, esto es, administrados por terceras personas. Así, los menores de edad no pueden decidir libremente sobre su educación, carecen de capacidad negocial para celebrar contratos, no pueden ejercer libremente su derecho al trabajo, no pueden contraer matrimonio, salvo las excepciones que establece la ley, no están obligados a tributar impuestos, etc. Por esta razón, es difícil afirmar, en el caso jóvenes en conflicto con la ley penal, la plenitud del sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias, pues aparece como notablemente restringida la capacidad de auto-organización de los menores de edad. No es el menor desarrollo psicológico, como lo afirma la jurisprudencia y parte de la doctrina, lo que explica la menor culpabilidad de los jóvenes, sino su clara disminución de su capacidad de auto-organización: quien tiene un ámbito de

organización que puede ser administrado por otros, tiene menos responsabilidad por las consecuencias lesivas que para terceros derivan de esa organización hetero-administrada...”.

“Pues bien, sobre la base de lo expuesto, si la menor «libertad de organización» del menor edad, explica su menor «responsabilidad por las consecuencias» de su comportamiento, la disminución de la escala penal que prevé el art. 4 del decreto/ley 22.278, se vuelve un imperativo para el juzgador. Una interpretación contraria caería en la instrumentalización del joven a quien no se le reconoce plena capacidad para administrar su ámbito de organización pero a la vez se pretende que cargue con los todos los costes de su comportamiento de manera exclusiva. Una solución así no superaría el test de la no instrumentalización del sujeto, pues mezclaría al menor de edad entre los objetos del Derecho de cosas. De modo que para no incurrir en dicha instrumentalización la reducción de la escala penal del delito consumado a la escala penal de la tentativa es obligatoria en materia de Derecho penal juvenil...”.

Por ello es que conforme a los términos empleados en el fallo “En definitiva, cabe concluir que la pena de prisión perpetua que le fue impuesta a Jonathan Ledesma Reche no observó el catálogo de sanciones que, convencional y legalmente, pueden proceder ante el supuesto de un joven declarado penalmente responsable de la comisión de un delito. Por esta razón, corresponde adoptar una nueva solución que resulte ajustada a los estándares convencionales antes mencionados. De este modo, conforme la doctrina que se deriva del fallo “Maldonado” y, teniendo en cuenta que a Jonathan Ledesma Reche se le atribuye el delito de homicidio agravado *criminis causae* en concurso real con robo agravado con arma (arts. 80, inc. 7, 166, inc. 2 y 55 del Cód. Penal), la escala penal, aplicando las reglas de disminución de la pena en los casos de tentativa, oscilaría entre los diez y los veintidós años y seis meses de prisión [...] la intervención de Ledesma Leche en el hecho como cómplice y no como autor; el paso del tiempo que ha puesto al ejercicio de la acción al borde de la prescripción penal; el tiempo que el, todavía condenado, lleva cumpliendo pena en prisión, que ha superado largamente el mínimo de la pena que correspondería si se aplicara, como se debe, la escala penal de la tentativa; las condiciones bajo las cuales viene cumpliendo ese encarcelamiento, la privaciones materiales y afectivas que sufrió el imputado hasta el momento de quedar detenido y los informes psicológicos favorables al imputado, son circunstancias que ponen en duda la necesidad preventivo-general y preventivo- especial de imponer una nueva condena a Ledesma Reche. De esta manera, el caso transita entre la absolució n o una pena que en ningún caso puede superar el mínimo de la escala penal de la tentativa (diez años de prisión) que el condenado ya ha cumplido en exceso. ¿Se ha respetado

en el caso de autos el debido proceso penal juvenil como presupuesto del castigo? En el caso de autos Ledesma Reche fue condenado sin que existan constancias en la causa de haber recibido el tratamiento tutelar previsto por la ley [...] debido a que, según el tribunal, la realización del mismo no resultaba posible en razón de que Ledesma Reche se encontraba detenido. A la vez, la falta de tratamiento tutelar fue suplida por la información prevista en el artículo 8 del régimen penal juvenil vigente. Y, finalmente, se consideró cumplida la información del art. 8 con la planilla de antecedentes del condenado [...] no sólo la remisión a los antecedentes del imputado no podía suplir el informe del art. 8, sino que de ningún modo correspondía la aplicación de dicha disposición legal al caso de autos porque el proceso comenzó cuando el imputado era menor de edad y terminó con la sentencia condenatoria cuando todavía no había alcanzado la mayoría de veintiún años de edad”.

Por otra parte, entiendo que esta postura resulta compatible con la doctrina sentada en el citado precedente “Maldonado”, en tanto deriva la necesidad de reducción de la pena del consagrado principio del interés superior del niño, niña o adolescente. En consecuencia, es plausible la solución que reconoce que “la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto...”.

3.- Necesidad y determinación judicial de la pena

3.a) CSJN “Recurso de hecho deducido por la defensa de A.A.M....”, causa N° 2570C

En este precedente¹²⁸ nuestro cimero tribunal analizó la cuestión de la determinación de la pena aplicable a un menor imputable por la comisión de los delitos de homicidio y lesiones culposas por la conducción de un vehículo automotor.

El Tribunal Penal de Menores N° 3 de la Capital Federal declaró penalmente responsable al joven A.A.M. por la comisión de estos delitos y lo absolvió de conformidad con lo dispuesto por el art. 4° de la Ley 22.278 por considerar que era innecesaria la aplicación de una pena privativa de la libertad condicional o efectiva.

Recurrida esta resolución por la parte querellante, argumentando que no se había tenido en cuenta la peligrosidad del joven, ni se habían considerado adecuadamente los perjuicios ocasionados, criticando, además la posibilidad de volver a conducir automóviles, la Sala 1° de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia y condenar al

¹²⁸ CSJN, Fallos 332:512, “M.A.A.” del 17/03/2009, LL Online, AR/JUR/4350/2009.

joven a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso y a ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier tipo de vehículos. Si bien fue tenido en cuenta su progreso intelectual y la atención terapéutica a la que se sometió el joven, se puso énfasis en que no había subsanado su grave conducta que manifestaba una gran peligrosidad no superada por la prohibición de manejar vehículos que se le había impuesto.

Ante esta nueva disposición la defensa interpuso recurso extraordinario cuyo rechazo motivó presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el 17 de marzo de 2009 admitió la queja considerando que existía cuestión federal en virtud de que se debía debatir el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niños como pauta interpretativa en la determinación de las sanciones penales aplicables a las personas menores de edad.

Nuestro tribunal supremo reiteró lo afirmado en el precedente “Maldonado” al indicar que la necesidad de aplicar una pena a un menor imputable no depende de la gravedad del hecho, ni de la peligrosidad demostrada, sino que la sanción penal juvenil debe atender en forma preponderante al fin resocializador, que en términos de la Convención sobre los Derechos del Niños es “promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

En este temperamento, sostuvo que no se había justificado la necesidad de la aplicación de la sanción penal en los criterios de los antecedentes del joven, el resultado de su tratamiento tutelar y la impresión directa considerados a partir del principio de la prevención especial positiva.

Por otra parte, vale destacar, que la Corte no consideró inconstitucional la valoración de la peligrosidad del joven en sí misma al momento de determinar la aplicación de una sanción privativa de la libertad y de inhabilitación como lo hizo anteriormente en “Maldonado” y como lo haría luego en “Gramajo”, lo que impugnó fue el argumento utilizado para ponderar la peligrosidad, toda vez que la Cámara consideró que como el joven no había demostrado su habilidad en el manejo de automotores permanecía en un estado de peligrosidad. Por último, nuestro superior tribunal destacó la necesidad de inmediación al momento de resolver la aplicación de una pena sosteniendo que el requisito del art. 4° de la Ley 22.278 resulta más categórico que el art. 41 del Código Penal al exigir una audiencia del imputado con los jueces que le permite ejercer su derecho a ser oído.

3.b) CNCCC de Capital Federal, Sala III, “J.L.E.H. s/robo con armas”¹²⁹

El Tribunal Oral de Menores N° 2, mediante sentencia del 4 de noviembre de 2014 condenó a L. E. H. J. a la pena de tres años y dos meses de prisión, con relación a los delitos por los cuales fue declarado penalmente responsable de robo, robo con arma de utilería, robo tentado, encubrimiento, robo con arma de fuego tentado y portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización.

Contra esta resolución la defensa del joven interpuso recurso de casación agravándose por errónea interpretación de la ley sustantiva N° 22.278, art. 4° y arbitrariedad.

Con el voto preopinante del Dr. Jantus al que adhirieron sus compañeros de sala el Tribunal resolvió hacer lugar al recurso interpuesto, casar la sentencia y condenar al joven a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional.

Entre sus consideraciones, el magistrado afirmó: “Cuando se trata de abordar la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por menores de edad, a partir de la vigencia en nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño, una correcta interpretación del alcance del art. 4° de la Ley n° 22.278 requiere que no se pierda de vista que, de acuerdo al art. 37 de la convención aludida, la privación de libertad debe operar como medida de último recurso y por el tiempo más breve posible; y que, conforme lo establece el art. 40, el objeto del derecho sustantivo y adjetivo en la materia tiene que estar enderezado a promover ‘el fomento de su sentido de la dignidad y el valor’, ‘el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros’, teniendo en cuenta la edad del joven y ‘la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’”.

“Ello es así, dado que la redacción del art. 4° de la ley citada, ... deja en manos del juez, con indicaciones vagas e imprecisas la enorme decisión de aplicar una sanción, sin describir adecuadamente cuál es el contenido material que autoriza a esa grave decisión estatal en el ámbito de libertad garantizado por el art. 19 de la Constitución Nacional”.

Continúa indicando que “..., es posible determinar racionalmente los alcances del poder estatal en el derecho penal juvenil, si esa norma es interpretada desde los parámetros consignados en la Convención del Niño y los documentos internacionales relacionados con la materia. Desde esta óptica se debe observar lo previsto por las ‘Reglas de Beijing’ –de

¹²⁹ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, causa caratulada: “J.L.E.H. s/robo con armas”, Reg. N° 165/2015, magistrados Jantus, Mahiques y Dias, 17/06/2015. <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/J,%20LEH.pdf> .

utilidad para la comprensión del sentido y alcance de las normas de la Convención del Niño—especialmente cuando el art. 17.1” (esta última norma ya fue vista en el capítulo II)

Asimismo indica que “El Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General n° 10, del 25 de abril de 2007, ha señalado sobre el concepto del interés superior del niño, reconocido en el art. 3 de la Convención que: 10. En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de delincuentes (...) y cuando se refiere concretamente a la respuesta estatal a la comisión de delitos por jóvenes alcanzados por el sistema penal juvenil, y cuando se ha decidido judicializar el conflicto, se señala: 23. Los niños que tienen conflictos con la justicia, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato que promueva su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad (artículos 40 1 de la Convención). La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizarán tan sólo como medida de último recurso (art. 37 b). Por tanto, es necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de justicia de menores, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida. Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (art. 40 4). 28. (...) el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso. En la fase decisoria del procedimiento, la privación de libertad deberá ser exclusivamente una medida de último recurso y que dure el período más breve que proceda (art. 37 b). Esto significa que los Estados Partes deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posible a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación

diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad. 29. El Comité recuerda a los Estados Partes que, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, la reintegración requiere que no se adopten medidas que puedan dificultar la plena participación del niño en su comunidad, por ejemplo la estigmatización, el aislamiento social o una publicidad negativa...”.

De las normas internacionales citada el magistrado concluye que “en el derecho penal de jóvenes la respuesta punitiva es la excepción y sólo puede tener un fin preventivo especial resultando aplicable cuando han fracasado las medidas educativas y correctivas que se adviertan necesarias en cada caso particular...”.

Seguidamente recalca que la eximición de pena prevista en la norma no es una facultad que tienen los jueces de menores, sino que es un derecho que tienen los adolescentes a quienes se ha encontrado responsables por la comisión de un hecho ilícito, pero si como resultado del tratamiento tutelar no demuestran cambios positivos en su conducta a fin de asumir una función constructiva en la sociedad la imposición de una sanción será necesaria, pero acudiendo a la escala reducida que prevé el art. 4 de la Ley 22.278 toda vez que como ya dijimos en reiteradas oportunidades la prisión es medida de último recurso y por el tiempo más breve posible.

Ya analizando la situación del joven sujeto a proceso, la sucesiva comisión de hechos ilícitos por los cuales se lo declaró penalmente responsable, demostraron el incumplimiento a las medidas correctivas judicialmente impuestas mediante las cuales se procuró que iniciara un proceso de reinserción social en libertad, no respondiendo positivamente al tratamiento toda vez que no adecuó su conducta a las normas de convivencia.

No obstante indicó que “...desde la especialidad, la privación de libertad debe aplicarse como último recurso y por el lapso más breve, asociado con las posibilidades de reinserción social del joven involucrado en cada caso en particular. (...) La impulsividad, por caso, característica general de la adolescencia, así como la acentuada vulnerabilidad, constituyen circunstancias que aconsejan, por vigencia del principio del interés superior del niño consagrado en el art. 3 de la Convención, que la respuesta estatal a las infracciones penales se correspondan con las vivencias de esa peculiar etapa de la vida de las personas (...) Máxime en supuestos como el de autos, en el que se trata la situación de un adolescente con una larga historia de situación de calle, en la que ha vivido desde los diez años de edad, en forma alternada con la casa donde residen la madre y siete hermanos; con una extensa historia de adicción a los estupefacientes, educación básica precaria e incompleta; con su padre detenido por una larga condena, al igual que su hermano (...). Claramente, la situación de

vulnerabilidad y escasa normativización del imputado (...) resultan elementos que deben ser ponderados a la hora de fijar la sanción a imponer, una vez que se ha concluido que esa medida, como en el caso, resulta adecuada. Porque si bien es cierto que no se ha encontrado una respuesta positiva a las directivas que el tribunal le exigió para lograr la eximición de pena, lo que permite sostener que, a su respecto, no se han cumplido los objetivos enunciados del proceso penal juvenil, no lo es menos que –establecida la necesidad de aplicar sanción– las circunstancias de vida del imputado resultan elementos esenciales a la hora de fijar una adecuada respuesta estatal. El comportamiento intramuros también constituye un guarismo a considerar para la mensuración punitiva aludida. Y, en ese aspecto, observo que en general ha guardado un buen comportamiento y se ha comprometido con la oferta educativa del instituto donde se encuentra alojado (...). Ciertamente, en la tarea de fijar la sanción penal adecuada, deben tomarse en cuenta las circunstancias expuestas precedentemente y, claro está, las características y gravedad de los hechos por los que fue declarado penalmente responsable; en el caso de autos, uno de ellos, sobre todo, reviste una mayor gravedad. Pero deben sopesarse todos esos parámetros, en el marco valorativo que, por imperio de las normas emergentes del tratado de derechos humanos mencionado, que ha sido integrado al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, rige en el derecho penal juvenil. Advierto que la sanción discernida por el tribunal oral no resulta adecuada a dicho contexto axiológico. (...) la mensuración no ha tomado en cuenta la diferente capacidad de culpabilidad de los adolescentes, que justifica la vigencia de un sistema penal para los jóvenes diferente al de adultos y, aunque se ha enunciado la vigencia de esas pautas, no se han concretado en la aplicación de la respuesta estatal, puesto que se impuso una pena que, lejos de permitir un proceso que favorezca la reinserción social en el medio libre, con el control de los operadores judiciales, se ha optado por un monto punitivo que significaría para el imputado un largo período de aislamiento social, en contra del mandato de la Convención del Niño de que la detención debe operar como último recurso. A mi modo de ver, el fundamento dado en la sentencia de que, mediante esa sanción penal se permitiría que el joven condenado continúe detenido para culminar en un proceso de reinserción social, no resulta ajustado a las normas ya consignadas de los arts. 37 y 40 de la Convención del Niño. De tal forma, es claro que la escala penal en juego permite, con la reducción del art. 4º de la Ley nº 22.278, imponer a J. una pena en suspenso, que resulta adecuada para propender a una reinserción social eficaz, con el control del patronato de liberados. Así, la pena que habían solicitado las defensas pública oficial y de menores, resultaba claramente proporcionada a la gravedad de los hechos, la historia del joven y a las normas que rigen el derecho penal juvenil. Como señalé, en mi opinión, no es posible sostener

que una sanción mayor, que obligaría a permanecer un período más extenso al joven en prisión –con la posibilidad de ser trasladado a una cárcel común de mayores– pueda corresponderse con los principios de interés superior del niño y detención como último recurso. A ello debo añadir que una cabal aplicación de esas normas superiores, incluye la consideración de que la regla del art. 26 del Código Penal, de que el juez debe justificar la pena en suspenso, debe invertirse, porque de acuerdo a las normas citadas, cuando la legislación interna lo permite y el juez ha decidido condenar a una persona por un delito cometido como menor de 18 años, debe optarse por la ejecución condicional, con las pautas del art. 27 bis que se consideren adecuadas en cada caso concreto, porque ese es el modo de poner en acto el mandato convencional. Entiendo, entonces, que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar la sentencia recurrida y condenar a L. E. H. J., por los delitos por los que fue declarado penalmente responsable, a la pena de tres años de prisión en suspenso...”.

De los fallos brevemente analizados surge palmariamente la imperiosa necesidad de una reforma estructural del Régimen Penal de la Minoridad compatible con los estándares fijados por los instrumentos internacionales de derechos humanos, toda vez que la legislación vigente admite que cada tribunal pueda practicar una diversa interpretación que no se ajusta en todos los casos a las pautas orientadoras en materia de derechos humanos.

No obstante, vale destacar en los últimos años el esfuerzo realizado por nuestro Tribunal Superior de la Nación, de la Provincia y demás juzgados y tribunales del país por introducir los estándares internacionales más modernos en la materia, de aplicación obligatoria por estar contenidos en la Constitución Nacional, sin invalidar la norma local, logrando compatibilizar la vetusta ley 22.278 con principios constitucionales y del sistema internacional y regional de protección de derechos humanos, en particular con los arts. 37 y 40 de la Convención sobre los derechos del Niño.

CONCLUSIÓN:
NECESIDAD DE UN RÉGIMEN PENAL JUVENIL ÚNICO
PROPUESTA DE RÉGIMEN

“...el sistema formal de la justicia de menores no sirve; nadie gana, todos pierden. Pierde el ofensor, porque ingresa a un sistema estigmatizador que no lo reconcilia consigo mismo, lo aleja de sus afectos y sigue siendo un excluido de la sociedad. Pierde la víctima, porque siendo la dañada directa, clama como Quijote contra molinos de viento y profundiza su condición de víctima. Pierde el Estado, porque frente a recursos escasos, gasta ingentes sumas de dinero en un sistema ineficiente. Pierde la sociedad porque contamina su cuerpo de sentimientos de injusticia, infelicidad e inseguridad...”¹³⁰

En virtud de lo analizado a lo largo de los capítulos que conforman el presente trabajo de investigación cabe concluir, en primer lugar, que como el propio gobierno nacional reconoce, Argentina no cuenta actualmente con un régimen penal orientado a los jóvenes, pese a las exigencias en tal sentido en términos de derechos humanos¹³¹, o dicho en palabras de Laura Musa, no existe un sistema de responsabilidad penal juvenil en Argentina y se constituye en el único país de América Latina en no tenerlo¹³². Resulta unánime el clamor por la derogación del decreto ley de la dictadura N° 22.278 y la sanción de una ley que contemple de modo integral un nuevo régimen penal juvenil.

Como pudo analizarse en el capítulo II, la incorporación del denominado “bloque de constitucionalidad” en la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) introdujo en nuestra legislación los principios que emanan del derecho

¹³⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Justicia Restaurativa” op. cit. pág. 547.

¹³¹ Agenda legislativa, ingresó en diputados el proyecto que establece un régimen penal juvenil, https://www.hcdn.gob.ar/prensa/noticias/2019/noticias_0912.html

¹³² MUSA, Laura, “Son o se hacen. Ley penal juvenil: cuando las consignas pretenden tapar la complejidad”. <https://www.surargentina.org.ar/noticias/son-o-se-hacen-ley-penal-juvenil-cuando-las-consignas-pretenden-tapar-la-complejidad-por-laura-musa/>

internacional de los derechos humanos de la infancia, por lo que la reforma aludida debe estar en consonancia con las directrices rectoras que de allí dimanar.

En tal sentido, para crear este nuevo sistema de justicia penal juvenil conforme a la Constitución Nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos, se requiere una reforma integral del enfoque sobre los jóvenes, su penalización y/o su detención. Además de la Convención de los Derechos de Niño, a los efectos de establecer un régimen de responsabilidad penal juvenil, deben utilizarse como guía las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) que tal como indicó el Comité de los Derechos del Niño complementan las disposiciones de la Convención y proporcionan orientación para la aplicación de los derechos reconocidos en ella.

No debe soslayarse tampoco que la mentada reforma debe encontrarse en consonancia también con la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del año 2005 que, según hemos visto en el capítulo I y enseña la Lic. Zsögön¹³³ incorpora la idea de sujeto de derechos y refleja las visiones contemporáneas sobre los derechos humanos. Los derechos en ella reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del Interés Superior del Niño, resultando fundamental porque, entre otras cosas, establece la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño y sienta las bases de un sistema de justicia de menores que exige la reintegración de los niños institucionalizados a la sociedad.

Asimismo, la Ley 26.061 sienta las bases de un nuevo paradigma que obliga al Estado a tomar medidas efectivas en el derecho interno para proteger y respetar los derechos de la infancia internacionalmente reconocidos. Entre tales medidas se puede mencionar el deber de adecuación legislativa, es decir, el deber que tienen los Estados de equiparar o ajustar su derecho interno al derecho internacional, el deber de administrar justicia de manera rápida y eficaz, con independencia e imparcialidad y el deber de ejercer los poderes públicos apegados a los parámetros internacionales de los derechos humanos.

¹³³ ZSÖGÖN, María Cecilia, artículo: “Derechos del niño y privación de libertad: la persistencia de la coerción”, MILLCAYAC - Revista Digital de Ciencias Sociales, Vol. III, N° 4, 2016. ISSN: 2362-616x. (pp. 41-64) Centro de Publicaciones. FCPyS. UNCuyo. Mendoza.

En otro orden de ideas, debemos destacar que si bien las normas internacionales que rigen la materia de los menores declarados penalmente responsables no establecen cláusulas de reducción de pena, sí indican que el principio de culpabilidad debe ser la medida de la pena y siendo que, como se analizó, los niños tienen una culpabilidad disminuida ésta debe ser menor a la de adulto.

Por otra parte, existe consenso, independientemente de los fundamentos esgrimidos, que la respuesta punitiva del estado a un menor considerado responsable por la comisión de un ilícito debe ser más benigna que la que recibe un adulto, tal como lo aseveró nuestro máximo tribunal en el precedente “Maldonado”¹³⁴ antes señalado.

Ahora bien, del análisis de la legislación vigente surge que la única posibilidad que brinda nuestra norma de fondo para dar cumplimiento a este mandato es la absolución de pena o la aplicación de la reducción prevista para el delito tentado (art. 4° de la Ley N° 22.278), no contando el juez con ninguna opción intermedia a la condena o la absolución. En este contexto, el criterio que afirma la obligación del juez de aplicar esta escala atenuada es el que se ajusta a las directrices emanadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos de la infancia, de la jurisprudencia sentada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Una respuesta distinta atentaría contra la seguridad jurídica, toda vez que al no contar el juzgador con parámetros precisos, la decisión del quantum de pena a imponer queda librada a su discrecionalidad lo que puede conllevar respuestas punitivas muy disímiles para situaciones similares.

En este temperamento, es que, como ya se afirmó, resulta imperiosamente necesaria una reforma al Régimen Penal de la Minoridad en el cual se establezcan no sólo topes máximos, sino un catálogo diferenciado de sanciones penales, toda vez que la legislación nacional de fondo que regula la materia, art. 4 de la Ley N° 22.278, no contempla penas específicas para los destinatarios de la norma, sino que remite a las penas previstas en el Código Penal y leyes especiales, tratando a un adolescente igual que a un ciudadano adulto por cuanto al momento de determinar la pena, el juez no tiene otra alternativa que acudir al Código Penal y establecer el monto punitivo partiendo de las escalas mínimas y máximas previstas en los tipos penales comunes, lo que conlleva serios reparos de constitucionalidad y justicia en el caso concreto.

¹³⁴ MALDONADO, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado. Recurso de hecho. Causa N° 1174C. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 7 de diciembre de 2005.

En tal sentido, la reforma a realizar no debería dejar librada a la discrecionalidad del juez la reducción de la escala penal como lo hace en la actualidad, sino que debería fijar criterios uniformes de reducción o directamente penas diferenciadas a los adolescentes condenados, como así también introducir diversas especies de sanciones, debiendo hacerse especial hincapié en la justicia restaurativa, a fin de lograr que la justicia penal “reconcilie al infractor consigo mismo, con la víctima y con la comunidad, de modo tal que a través de un proceso educativo, rodeado de todas las garantías constitucionales, logre reinsertarse en la sociedad como un sujeto que se valora a sí mismo y es valorado por los demás”¹³⁵.

De este modo, se lograría un catálogo de sanciones que se ajuste al principio de proporcionalidad conforme al cual debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación.

No obstante, hasta tanto se logre la reforma propugnada resultaría necesario establecer los criterios que rigen la problemática y que surgen de las normas internacionales, nacionales y provinciales que regulan la materia, para evitar de este modo soluciones que resulten contrarias a la equidad y que tengan en cuenta que la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto.

Es por ello que, conforme a estos lineamientos y en consideración de los numerosos fallos analizados a lo largo de este trabajo de investigación, en especial en el capítulo IV, puede concluirse que la consideración de la minoridad al momento del hecho resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1º, de la Convención de los derechos del Niño como por imperio del principio de culpabilidad. Vale recordar tal como lo expuso el Ministro Fayt en su voto en el fallo “Maldonado” 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 los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, reconocimiento que constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país”.

De este modo podemos arribar a la confirmación de que, además de impedir la aplicación de penas privativas de la libertad a perpetuidad, los tratados internacionales que regulan la materia, dan lugar a una interpretación del artículo 4º de la ley N° 22.278 la cual impone obligatoriamente al juez la necesidad de reducir la sanción aplicable al menor conforme a la escala punitiva prevista para los supuestos de tentativa, reduciendo de esta

¹³⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Justicia Restaurativa” op. cit. pág. 564.

manera el margen de discrecionalidad, hasta tanto se arribe a la referida reforma del Régimen Penal de la Minoridad.

Todo ello resulta imprescindible a los fines de que la Nación Argentina cumpla con los compromisos asumidos en el orden internacional y no sea pasible de sanciones por tal comportamiento no diligente.

No debemos olvidar que para cumplir con las obligaciones internacionales inherentes a la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, el Estado argentino se ha comprometido a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos allí reconocidos. No obstante, como hemos visto, muchas de las normas de derecho interno colisionan con lo establecido en la Convención, por lo que su plena y efectiva implementación exige, como se afirmó, transformaciones profundas en la legislación y reformas en las prácticas de las instituciones relacionadas con los niños.

Cabe destacar que a más de treinta años de ratificado este importante instrumento internacional esta adecuación de las normas internas no se ha completado, lo que motivó que organismos internacionales hayan recomendado en reiteradas oportunidades y con gran énfasis tales reformas.

Privación de la libertad impuesta a jóvenes. Penas máximas

Comparto la afirmación de Zsögön respecto a que la privación de la libertad, cualquiera sea su forma y duración, es perjudicial para los niños, niñas y adolescentes, de que el encierro, aun cuando se produzca en instituciones específicas, diferenciadas de las de los adultos, vulnera su desarrollo integral y los estigmatiza como delincuentes.

Como tuvimos oportunidad de analizar, el art. 4° de la Ley 22.782 habilita al juez a imponer a un joven la misma pena que a un adulto, por lo que, puede ser condenado a la pena de prisión perpetua y de hecho se han dictado esa clase de condenas. Tal como señala Laura Musa nuestro país es el único en la historia de América Latina que ha dictado sentencias de reclusión perpetua (doce para ser exactos entre 1997 y 2002) por delitos cometidos por menores de edad, resultando ser el país más atrasado y brutal en la materia, con record absoluto de condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuestiones de infancia.

Las afirmaciones de la autora se encuentran acreditadas con el análisis comparativo de los sistemas de responsabilidad penal juvenil en Latinoamérica practicado por la Secretaría de

Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos¹³⁶ del cual podemos concluir que nuestro país si bien es el que prevé la mayor edad de inimputabilidad, es el único en la región que habilita penas de prisión perpetua para adolescentes.

TOPES DE PENA DE PRISIÓN APLICADA A PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS		
AÑOS		
Tabla comparativa de 15 países de América Latina		
País	Edad	Pena Máxima
ARGENTINA	16 a 18 años	Prisión y reclusión perpetua
BOLIVIA Art. 225 y 251 del Código del Niño, Niña y Adolescente, Ley 2026	12 a 13 años	3 años
	14 a 15 años	5 años
	16 a 21 años	Legislación ordinaria
BRASIL Art. 121 del Estatuto del Niño, Niña y Adolescente, Ley 8069	12 a 18 años	3 años
CHILE Proyecto de ley, que cuenta con media sanción en la Cámara de Diputados	14 a 18 años	5 años
COSTA RICA Art. 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley 7576	12 a 14 años	10 años
	15 a 18 años	15 años
ECUADOR Art.369 y 370.3 c) del Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100	14 a 18 años	4 años
EL SALVADOR Art. 15 de la Ley del Menor Infractor, Decreto Legislativo N° 863	12 a 15 años	No prevé privación de libertad
	16 a 18 años	7 años
GUATEMALA Art. 275 del Código de la Niñez y la Juventud, Decreto 78	12 a 14 años	3 años
	15 a 18 años	5 años

¹³⁶ “Estándares mínimos de derechos humanos para una nueva ley de justicia penal juvenil” http://www.jus.gob.ar/media/1129121/21-dhpn-estandares_minimos.pdf

País	Edad	Pena Máxima
HONDURAS Art. 198 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 73/96	12 a 18 años	8 años
NICARAGUA Art. 202 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 87	15 a 18 años	6 años
PANAMÁ Art. 141 Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Ley N° 40	14 a 18 años	5 años
PERÚ Art. 235 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27.337	12 a 18 años	3 años
REPÚBLICA DOMINICANA Art. 268 del Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Ley 14-94	12 a 18 años	2 años
URUGUAY Art. 74.B. inc.1 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 17.823	13 a 18 años	5 años
VENEZUELA Art. 531 y 628 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente	12 a 13 años	2 años
	14 a 18 años	5 años

Los frustrados proyectos de reforma

Numerosos proyectos fueron presentados en el Congreso de la Nación con el fin de reformar el actual régimen penal juvenil alcanzando diversas instancias, algunos lograron ser objeto de discusión mientras que otros fueron completamente ignorados.

Entre ellos vale destacar el proyecto de ley “Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años de edad en conflicto con la ley penal” elaborado de manera conjunta por un grupo de legisladores, con aportes del juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

Eugenio Zaffaroni y de la académica y jueza Lucía Larrandart. Este proyecto logró en el año 2009 media sanción en la Cámara de Senadores y según ha sido afirmado por un importante sector doctrinario, de todos los proyectos de reforma, es el que más se ajusta a los lineamientos fijados en el derecho internacional de la infancia.

No obstante, debido a que consideraba penalmente responsables a los jóvenes de 14 y 15 años, fue, según palabras de García Mendez¹³⁷, utilizado por grupos que han garantizado el inmovilismo hasta la actualidad y que han etiquetado y denunciado como “baja de edad de la imputabilidad” cualquier intento serio de aprobar un verdadero régimen penal juvenil. De este modo no se logró su aprobación en la cámara de diputados porque se introdujeron modificaciones en su texto original que implicaron cambios sustanciales a las pautas consensuadas.

Se ha afirmado que este proyecto se enmarcaba en las tendencias modernas orientadas a reducir al máximo el ámbito de aplicación, limitándose a las infracciones de mayor gravedad, respondiendo a la idea de un derecho penal juvenil mínimo o de mínima intervención y que el hecho de que el Congreso no lo aprobara constituye el fracaso de una de las tentativas más serias de establecer en nuestro país un sistema de justicia penal juvenil coherente con los lineamientos constitucionales e internacionales.

Entre los últimos intentos de reforma podemos hacer referencia al anteproyecto de ley de Responsabilidad Penal Juvenil que ingresó en marzo de 2019 a la Cámara de Diputados de la Nación.

Este proyecto imponía un límite máximo de 15 años de privación de libertad para los adolescentes de 15 años y fijaba que las sanciones privativas de la libertad en esta franja etaria sólo procederían en los delitos que prevén una pena máxima de 15 años o más. Por otro lado, no establecía máximos para los adolescentes 16 y 17 años, por lo que se debían aplicar las penas previstas para los adultos en el Código Penal. La única diferenciación es que esta pena procedería para los delitos que fijen una pena máxima de 10 años o más.

Cabe hacer referencia que este proyecto utilizaba derechos universales que tienen todos los niños a modo de sanción –denominadas sanciones socioeducativas, art. 29-, siendo que el Estado está obligado a garantizar estos derechos en todo momento y no únicamente cuando cometan presuntamente un delito, tales como asistencia a programas educativos, participación en programas deportivos, concurrencia al servicio de salud, entre otros.

¹³⁷ GARCIA MENDEZ, Emilio; MUSA, Laura: “La responsabilidad penal juvenil o la necesidad de un milagro en el congreso”. <https://www.surargentina.org.ar/noticias/la-responsabilidad-penal-juvenil-o-la-necesidad-de-un-milagro-en-el-congreso-por-emilio-garcia-mendez-y-laura-musa/>

La principal característica de este proyecto, según explica García Mendez¹³⁸, es la de no tener nada de nuevo y sólo empeorar la ya desastrosa situación existente en la materia. Vale destacar que logró únicamente su tratamiento en comisión en la Cámara de Diputados y corrió la misma suerte de tantos proyectos olvidados.

La edad de imputabilidad

La decisión de política criminal de fijar la edad mínima a partir de la cual se considera a un niño penalmente responsable es lo que ha generado una amplia controversia en los sectores sociales, políticos, académicos, jurídicos y judiciales, entre otros y que ha impedido lograr la tan aclamada reforma. Existen dos posturas férreas e inconciliables: bajar la edad de imputabilidad – mantener la edad actual.

Los que se encuentran a favor de esa baja indican que la sociedad no se encuentra dispuesta a prescindir de cualquier tipo de reacción punitiva contra jóvenes de 14 o 15 años de edad ante delitos sumamente graves aceptando que se trata de fracasos del sistema educativo o familiares. Que fijar un límite etario demasiado elevado irradia en la sociedad un efecto de impunidad frente a conductas en ocasiones muy graves, que pueden dar lugar a actitudes sociales de rechazo más punitivas que las propias de la justicia.

Aclaran que la respuesta siempre existe y que lo único que varía es la forma de respuesta que la responsabilidad provoca y el ámbito en que se cristaliza, que incluir a los jóvenes de 14 y 15 años de edad en el régimen penal de la minoridad les aseguraría un proceso con todas las garantías constitucionales.

Asimismo señalan que resulta discutible que esta baja en la edad sea contraria al principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de no regresividad y progresividad ya que en principio nuestro país no cuenta con un régimen penal de la minoridad por lo que sería difícil un retroceso en este sentido. Que una ley como la que obtuvo media sanción implicaría, por el contrario, un sustancial avance.

Por su parte quienes defienden la edad actual sostienen que cualquier disminución de ese mínimo sería regresivo por cuanto está prohibido regresar a instancias anteriores de la cobertura de un derecho y solo se puede avanzar en dicha cobertura; que el único objetivo es establecer políticas de castigo sobre la población de 14 y 15 años, violentando el mandato

¹³⁸ GARCIA MENDEZ, Emilio, “Nuevo régimen penal de menores: el proyecto mártir”, <https://www.surargentina.org.ar/habeas-corporus/nuevo-regimen-penal-de-menores-el-proyecto-martir-por-emilio-garcia-mendez/>

constitucional que establece que el sentido de la privación de la libertad no debe ser el castigo, sino la adecuada preparación para la vida en libertad.

Asimismo sostienen que no es cierto que sea el único modo de brindar garantías a los adolescentes de 14 y 15 años ya que las garantías las tienen todas las personas de todas las edades, pero muchas veces no se cumplen ni se respetan. Afirman que no se trata de sancionar más leyes, sino de cumplir las que ya existen toda vez que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061) tienen plena vigencia, así como todos los tratados internacionales de derechos humanos que establecen todos los derechos a los que son acreedores cada niño y cada niña que vive en nuestro país.

Por otra parte señalan que la cantidad de jóvenes de 14 y 15 años que cometen delitos graves es ínfima, por lo que resulta necesario discutir si es justo sancionar una ley que será aplicada para el castigo y significará un retroceso en cuanto a las políticas dirigidas a la infancia, para atender, de modo punitivo, los hechos que cometen un puñado de adolescentes¹³⁹.

Propuesta final

Todos los argumentos esgrimidos en favor de una u otra postura resultan válidos y generan la necesidad de un profundo análisis y debate.

Ahora bien, no obstante la unanimidad alcanzada en la necesidad de una reforma integral al régimen penal juvenil, esta falta de consenso para determinar la edad mínima de responsabilidad penal ha obstaculizado la aprobación de una ley de fondo que se ajuste a los estándares de los derechos humanos de la infancia y establezca un sistema con las garantías del debido proceso, por ello y a fin de brindar ese marco jurídico necesario evitando temas controvertidos que atenten contra su aprobación, estimo que se debería mantener la edad de imputabilidad actual a partir de los 16 años, como así también su ámbito de aplicación material.

Posteriormente, aprobado y consolidado este nuevo sistema, se podría encarar un análisis serio, integral y multidisciplinario en el que participen todos los sectores sociales respecto a la necesidad o no de bajar esta edad, especificándose las reales consecuencias de

¹³⁹ Para abundar sobre la temática ver CESARONI, Claudia, “Diez razones para no bajar la edad de punibilidad penal a los 14 años”. <https://www.pensamientopenal.org/claudia-cesaroni-diez-motivos-para-no-bajar-la-edad-de-punibilidad/>

adoptar esa opción de política criminal. En lo personal, estimo que sólo debe habilitarse esta discusión respecto a delitos dolosos con resultado de muerte atribuibles a jóvenes de no menos 14 años de edad.

En líneas generales y ciñéndome a la temática del presente trabajo de investigación, esto es “las penas en el régimen penal de la minoridad” estimo que la mentada ley, además de ajustarse a los estándares de los derechos humanos de la infancia, establecer un sistema con las garantías que el debido proceso debe contener y que excluya cualquier tipo de intervención de índole punitiva a los inimputables, debe contener:

- i) Aplicación plena del principio de subsidiariedad: la imposición de una sanción debe quedar supeditada a la imposibilidad de concluir el proceso mediante institutos tales como los criterios de oportunidad, suspensión de juicio a prueba, mediación, conciliación, etc.
- ii) Amplio catálogo de sanciones: amonestación; disculpas personales a la víctima, reparación del daño; prohibición de conducción de vehículos; abstención de concurrir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos o de relacionarse con determinadas personas; abstención de uso de estupefacientes o de abuso de bebidas alcohólicas; prestación de servicios a la comunidad, privación de la libertad los fines de semana o en tiempo libre, privación de libertad domiciliaria y por último privación de libertad en centros especializados. Asimismo, debe establecerse la obligatoriedad de una revisión periódica de estas sanciones otorgando la facultad de que puedan ser modificadas, sustituidas o revocadas por medidas más beneficiosas y puedan aplicarse de modo simultáneo, sucesivo o alternativo.
- iii) Sanción privativa de la libertad: como último recurso y por el menor tiempo posible. A fin de mantener el tradicional sistema de escalas penales, la pena deberá establecerse entre un tercio del mínimo y un tercio del máximo de la escala penal prevista en el Código Penal y en ninguna hipótesis, aún en caso de concursos o delitos que prevean penas indivisibles, podrá superar el plazo máximo de 8 años de prisión. La escala penal para los delitos tentados deberá regirse por lo dispuesto en el art. 44 del Código Penal, entendiendo la reducción del mínimo a un tercio.
- iv) Ejecución de sanciones: debe prever un sistema normativo diferenciado en materia de ejecución de sanciones, en especial las que prevén privación de libertad. Esa ejecución deberá ceñirse a un plan individual elaborado por un

equipo interdisciplinario de profesionales controlado por el juez competente con la posibilidad de revisión periódica, lo que exige la existencia de programas de libertad anticipada cuando no subsistan motivos para que el joven continúe privado de libertad.

No caben dudas que a más de treinta años de aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño por nuestro país y a casi veintisiete años que goza de jerarquía constitucional resulta imperiosa la necesidad de adecuar el régimen penal de la minoridad a los estándares por ella fijados, para encarar este debate no debemos esperar a que se produzca un hecho ilícito de suma gravedad donde se encuentren involucrados adolescentes inimputables que provoque un fuerte impacto social como ha ocurrido históricamente, sino que debe formar parte de la agenda del gobierno cualquiera sea su signo político porque es una deuda que tenemos con nuestra infancia y la sociedad en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos citados:

- BACIGALUPO, Enrique. “Manual de derecho penal”. Editorial Temis. Colombia. 1996.
- BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, “La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad”, LL-2012-B-689.
- BIDART CAMPOS, Germán J. “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”. Buenos Aires, Editorial Ediar. 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán J. “Manual de la constitución reformada”. Tomo I, 4ta reimpresión. Editorial Ediar, Buenos Aires. 2006.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel. "Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del derecho comparado". Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Diciembre de 2014.
- CESARONI, Claudia, “Diez razones para no bajar la edad de punibilidad penal a los 14 años”, artículo publicado en www.pensamientopenal.org
- CESARONI, Claudia. “Sobre el derecho penal de los menores”. Artículo publicado en www.derechoareplica.org. 30 de noviembre de 2019.
- CRIVELLI, Aníbal. E., "Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil", Edit. B de f. Montevideo, Rca. Oriental del Uruguay, 2014.
- D’ALESSIO, Andrés José, “Código Penal de la Nación –Comentado y Anotado- “ Tomo I, Edit. La Ley, ed. 2011.
- DEYMONNAZ, María Virginia y FREEDMAN, Diego. “Nuevos problemas de la justicia juvenil”. Dirigido por Mary Beloff. Editorial Ad-Hoc. 1º edición. Buenos Aires, 2017D.
- FELLINI, Zulita. “La problemática penal juvenil”. Editorial Hammurabi. 1º edición. Buenos Aires. 2019.
- FLEMING, Abel y VIÑALS, Pablo López. “Las Penas”, Editorial Rubinzal Culzoni, 2009.
- GARCIA MENDEZ, Emilio, “Nuevo régimen penal de menores: el proyecto mártir”, artículo publicado en www.surargentina.org.ar
- GARCIA MENDEZ, Emilio; MUSA, Laura: “La responsabilidad penal juvenil o la necesidad de un milagro en el congreso”, artículo publicado en www.surargentina.org.ar

- GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”. Artículo publicado en www.menschenrechte.org/es. 19 de enero de 2007.
- IBARZABAL, José María. “La determinación de la pena en el derecho penal juvenil”. Artículo publicado en pensamientopenal.com.ar. 06 de junio de 2016.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Justicia restaurativa, posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”. Editorial Rubizal-Culzoni. Buenos Aires, 2004.
- LLAMAS, Nicolás Ezequiel. “La insuficiencia de la reducción a la tentativa en el derecho penal juvenil”. Artículo publicado en www.rubinzalonline.com.ar. Enero de 2015.
- MUSA, Laura, “Son o se hacen. Ley penal juvenil: cuando las consignas pretenden tapan la complejidad”. Artículo publicado en www.surargentina.org.ar
- NIGRO, Agustín. “La aplicación de las leyes 25.948 y 25.892 a los menores punibles y su inconstitucionalidad a la luz del régimen penal de la minoridad”. Revista: Penal y Proc. Penal. Volumen: 207. Pág: A 6337.
- NUÑEZ, Ricardo. “Tratado de derecho penal”. Tomo II. Lerner Editores, Córdoba-Buenos Aires. 2000.
- RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto Ángel. “Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena”. Editorial Hammurabi, 1996.
- RIGHI, Esteban. “Derecho penal parte general”. Editorial Lexis Nexis Argentina. Buenos Aires. 2008.
- ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción 2da. edición alemana, Edit. Civitas S. A, Madrid, 1997.
- SANTOIANI, Juan Pablo. “Nuevos problemas de la justicia juvenil”. Dirigido por Mary Beloff. Editorial Ad-Hoc. 1º edición. Buenos Aires, 2017.
- Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Estándares mínimos de derechos humanos para una nueva ley de justicia penal juvenil”, artículo publicado en www.jus.gob.ar
- TERRAGNI, Martiniano Rodolfo, “Justicia Penal de Menores”, 3er edición, Buenos Aires. La Ley; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de publicaciones. 2010.
- TERRAGNI, Martiniano. “Nuevos problemas de la justicia juvenil”. Dirigido por Mary Beloff. Editorial Ad-Hoc. 1º edición. Buenos Aires, 2017.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. P. “El valor constitucional del mandato de resocialización”. Revista Española de Derecho Constitucional, año 2001, N° 63.

- VASILE, Virginia y REYES, Fabiana. “Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal”. 1° edición - Buenos Aires. Infojus, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro. “Manual de Derecho Penal”. 2° ed, 1° reimp. Buenos Aires. Ediciones Ediar, 2007.
- ZAPIOLA, María Carolina, “La Ley de Patronato de Menores de 1919: ¿una bisagra histórica?”, en Lionetti, Lucía y Míguez, Daniel (comp.), Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1890- 1960), Prohistoria, Buenos Aires, 2010.
- ZURZOLO SUÁREZ, Santiago. “Niños, niñas y adolescentes: ¿inimputables o no punibles?”. Artículo publicado en www.infojus.gov.ar. 23 de Mayo de 2012.
- ZSÖGÖN, María Cecilia, artículo: “Derechos del niño y privación de libertad: la persistencia de la coerción”, MILLCAYAC - Revista Digital de Ciencias Sociales, Vol. III, N° 4, 2016. ISSN: 2362-616x. Centro de Publicaciones. FCPyS. UNCuyo. Mendoza.