



ANÍBAL EZEQUIEL CRIVELLI

DERECHO PENAL JUVENIL

*Un estudio sobre la transformación de los
sistemas de Justicia penal juvenil*

P

CAPITULO V
EL SISTEMA DE
JUSTICIA PENAL JUVENIL ARGENTINO

*“Heroico agente de policía, que presencias
desde tu puesto la procesión eterna que pasa por la calle:
sábetete que la vía pública no es el sitio de los niños;
vigílalos paternalmente desde tu bocacalle,
cuando pasan por tu lado camino a la escuela,
de los mandatos y de los talleres;
sálvalos de sus propios instintos y de los lúbricos mias-
mas que ruedan como satanes por el bulevar;
no los conduzcas jamás al calabozo, que es más horrible
que la calle misma...”.*

ALMAFUERTE¹

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La tarea de explorar e interpretar los antecedentes de la legislación penal juvenil argentina no resulta sencilla debido a la escasa bibliografía referida al tema. No obstante, es fundamental indagar al respecto a fin de establecer similitudes y diferencias con el sistema español y alcanzar, de ese modo, un diagnóstico aproximado acerca del estado actual de la cuestión y sus causas, no sólo a nivel normativo sino también institucional.

¹ ALMAFUERTE, “Evangélicas”, en *Obras completas*, 4ª ed., Claridad, Buenos Aires, 2007, p. 44, párr. 47.

En este orden y sin ánimo de exhaustividad, se han distinguido dos etapas o fases claramente diferenciadas en cuanto a las modalidades en que fue abordado el problema de la infancia en situación de riesgo, tanto en lo que respecta a su protección como, específicamente, a su *control* en aquellas situaciones que han generado mayor preocupación en los sectores sociales influyentes.

El primer ciclo coincide con el nacimiento y la formación del Estado nacional; caracterizado por un alejamiento de la administración pública respecto de las cuestiones relacionadas con la infancia. Es decir, un período en el que la problemática era abordada mediante dispositivos o instituciones de carácter privado, destacándose la intervención de grupos que pertenecían a la comunidad y el influjo de organizaciones religiosas, en especial, de la Iglesia católica.

El segundo se caracteriza por una paulatina y creciente intervención del Estado en las políticas públicas relativas a la niñez y la creación de instituciones de esa misma naturaleza, legitimadas por cuerpos normativos aprobados en forma contemporánea, tendientes a brindar diversas herramientas para afrontar las problemáticas existentes. Cabe destacar que, al igual que en España y el resto de los países de nuestro entorno geográfico, los cambios y reformas que se instauran en cada una de las etapas responden a una constelación de variables análogas que pueden ser contextualizadas históricamente en términos económicos, sociales y culturales.

1.1. La protección (control) de la infancia desvalida como cuestión de orden privado

En general, los autores coinciden en afirmar que, durante los años posteriores al descubrimiento de América y el proceso de colonización, regía en el territorio argentino el Derecho vigente en España. Esto es, la Nueva Recopilación de Leyes para las Indias (1680), que imitaba las instituciones peninsulares y, en materia jurídico-penal, adhería a las disposiciones

de las "Siete Partidas de Alfonso el Sabio"². Si bien no existen datos precisos acerca del modo en que se administraba justicia en la época de la colonización, no cabe duda de que los sistemas normativos que contemplaban formas de reacción contra la conducta infractora de niños, niñas y adolescentes en España se trasladaron a estas latitudes. Al producirse la emancipación política de nuestro territorio en 1810, las instituciones nacionales heredaron las leyes españolas y ellas rigieron durante mucho tiempo, no sólo en Argentina sino también en toda América Latina.

Señala Beloff³ que no es posible en esta época –de creación y organización del Estado Nacional– definir una auténtica política estatal en materia juvenil. Lo que existía era cierto interés, por parte de algunos sectores de la élite porteña y la Iglesia católica, en instaurar y supervisar el acatamiento de las normas morales y religiosas imperantes. Guiados por tales propósitos, estos grupos fueron artífices de la creación de las primeras instituciones de socorro destinadas a proteger no sólo a los niños desamparados, sino también a las mujeres desprotegidas y demás personas que, en general, se encontraban necesitadas de asistencia.

² VINAS, *Delincuencia juvenil...* cit., pp. 27 y 216, señala que las mencionadas Partidas establecían diferentes grados de imputabilidad: los menores de hasta diez años y medio de edad no eran responsables por "mengua de razón y sentido" (ley 9, título 1; ley 3, título 8; ley 8 título 31; Partida Séptima). La indemnidad se extendía hasta catorce y doce años por delitos de lujuria o por otros "yerros". Fuera de estas situaciones las penas a menores eran mitigadas (ley 9, título 4, Part. 7) y, en ningún caso, podía aplicarse pena de muerte a un menor de diecisiete años. En el mismo sentido, FELLINI, Zulita, *Derecho Penal de Menores*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 21, y GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., *Derecho de la minoridad. Protección jurídica de la niñez*, 3^a ed. ampliada y actualizada, Mediterránea, Córdoba, 2010, pp. 231-234.

³ BELOFF, Mary, "Constitución y derechos del niño", en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Bs. As., 2005, p. 769.

*revisado hacia
la justicia*

La Iglesia católica adquirió en este segmento de la historia un liderazgo y protagonismo incuestionables que algunos autores extienden, incluso, hasta 1950, época en que el Estado, bajo la influencia de una política distribucionista, comenzó a intervenir fuertemente en las áreas de las políticas de bienestar público⁴.

En este orden, puede mencionarse la Casa de Recogimiento para Huérfanas o Colegio de huérfanas, que comenzó a funcionar en la provincia de Buenos Aires en el año 1699. En principio, este instituto estaba destinado a resguardar a las niñas abandonadas de los peligros que representaba el suburbio. Sin embargo, sus fines fueron abruptamente modificados, convirtiéndose, en definitiva, en una institución religiosa de clausura. Recién en el año 1755 fue reorganizada como la primera institución dedicada a la educación y asistencia de huérfanas⁵. El gobierno y administración de esta

⁴ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, "De menores a ciudadanos: política social para la infancia bajo la doctrina de protección integral", en *Revista Espacios*, San José, n° 10, 1997.

⁵ BIROCCO, Carlos María, *La primera Casa de Recogimiento de "huérfanas" de Buenos Aires: el beaterio de Pedro de Vera y Aragón (1692-1702)*, en Moreno, José Luis, *La política social antes de la política social (caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires), siglos XVII a XX*, Trama Editorial/Prometeo Libros, Buenos Aires, 2000, pp. 21-46. En el mismo sentido, JANKILEVICH, Ángel, "Historia de las instituciones de socorro", en *Historia de los hospitales, la salud y las organizaciones solidarias*, www.aadhhs.org.ar, 12/11/07, quien afirma que el "Colegio de Huérfanas" desempeñó un rol social muy importante para la sociedad de aquella época. Prueba de ello es el comentario que realizaba la *Revista de Buenos Aires* -citada por el autor textualmente-: "...si una mujer reñía con su marido en él la encerraban, si una niña quería casar contra el gusto de sus padres, allí se depositaba, y si quedaba alguna sin auxilio, también se la recogía en sus habitaciones. Se les cortaba el pelo y se las vestía túnica azul y toca amarilla. Las asiladas eran una especie de religiosas sin salida, teniendo una gran celosía en el coro para no ser vistas. Las hijas de las primeras familias concurrían a la escuela externa donde se enseñaba a leer y escribir a aquellas a quienes lo permitían sus padres, ya que otros lo

institución no pertenecía al Estado, sino que estaba a cargo de la sociedad civil o laica con fuerte influencia de las autoridades eclesiásticas.

En esta época se destaca también la creación de la Defensoría de Menores como institución destinada originariamente a intervenir en el caso de disputas de índole familiar, aunque su función también comprendía la protección de desamparados, la conservación de sus bienes y la asignación de tutores⁶. En el año 1776 se le asignan a esta institución tareas determinadas de un modo más específico, y en 1821, bajo el gobierno de Rivadavia, adquiere atribuciones específicamente orientadas a velar por el orden familiar de las clases bajas y, en especial, de los niños desamparados⁷.

La institución del Virreinato del Río de la Plata y, principalmente, la apertura del puerto de Buenos Aires -establecido con el objeto de neutralizar el vaciado de dinero y la evasión de tributos que generaba el contrabando- provocaron una considerable afluencia de inmigrantes compuesta por españoles vinculados al comercio, esclavos y soldados. Se conformó de este modo una trama social sumamente compleja constituida por identidades tan diversas como la de los grupos de negros, mulatos, indígenas y peninsulares. Esto

consideraban peligroso... dedicadas a la elaboración de dulces y masas, todo Buenos Aires concurría a San Miguel para buscarlas. Las huérfanas hacían también unas mallas muy en uso, bordadas de oro y blanco y flores artificiales ordinarias, siempre admiradas. Cosían, tejían medias, fabricaban guantes y lavaban cosas finas, esta casa era un recurso para todo... Cuando un artesano o persona sin trato quería cambiar de estado -continúa la revista de Buenos Aires- le bastaba pedir esposa al padre González. El capellán hacía llegar a su cuarto a varias huérfanas, y después de elegirla, permitía al pretendiente ver a la novia mientras que se arreglaba lo indispensable para un desposorio, que el mismo padre González Islas consagraba sin dilaciones" (el destacado me pertenece).

⁶ GONZÁLEZ DEL SOLAR, *Derecho de la minoridad...* cit., p. 236.

⁷ CICERCHIA, Ricardo, *Historia de la vida privada en la Argentina*, Troquel, Buenos Aires, 1999, p. 74.

La casa de recogimiento
de la infancia

trajo consigo problemas sociales de diversa índole tales como prostitución, abandono de niños, mendicidad y vagancia, que incomodaban a la burguesía criolla. Los sistemas tradicionales e informales de control social no contaban con las herramientas necesarias para contener y solucionar los problemas que semejante diversidad cultural traía aparejados.

El *depósito de niños* conformó uno de los mecanismos más importantes de la época y adquirió fuerte arraigo durante el siglo XVIII, subsistiendo hasta la entrada en vigencia del Código Civil argentino. Podría clasificarse, según Bisig, en *voluntario* y *forzoso*. El primero se concretaba en aquellos casos en que los progenitores carecían de recursos a fin de que sus hijos sean criados y educados por familiares o vecinos de buen pasar económico, intercambiando así manutención y aprendizaje de algún oficio por el trabajo de los niños en las casas que los albergaban. Los depósitos forzosos o involuntarios estaban originados en situaciones que requerían intervención judicial, en razón de situaciones de desamparo o de mendicidad en que se encontraba el menor⁸.

En este contexto, se funda el 7 de agosto de 1779 la Casa de Niños Expósitos a solicitud de agrupaciones de vecinos y con la intervención del Cabildo⁹. Estaba destinada a auxiliar a niños abandonados y, particularmente, a recién nacidos cuya vida se encontraba en peligro. La creación de esta institución es elogiada en España, donde el rey se pronuncia del siguiente modo: "Inspirado en los más vivos tiernos sentimientos que justamente le causaron los lamentables trágicos sucesos que se han experimentado con la falta de tan

⁸ Bisig, Nidia Elinor del Carmen, "Prácticas y debates socio-jurídicos en torno al lugar de los niños en el espacio familiar y social - Pos-trimerías del siglo XIX", en *Opinión Jurídica*, vol. 8, n° 15, Universidad de Medellín, Colombia, enero-junio 2009, pp. 153-154. Señala que esta práctica dio nacimiento a una constante en nuestros países latinoamericanos, consistente en utilizar a huérfanos y abandonados como mano de obra barata hasta bien entrado el siglo XX.

⁹ GONZÁLEZ DEL SOLAR, *Derecho de la minoridad...* cit., p. 236.

apreciable fundación, entre las cuales se cuentan el haberse hallado años pasados en el barrio que llaman de San Miguel, dos criaturas, comida la una, sin resto de otro fragmento que un brazo que tenía un perro; y la otra roída hasta las caderas, y en otra ocasión se hallaron una recién nacida y muerta entre unas maderas y en otras se hallaron dos niños, uno arrojado a un albañal que murió, y otro tirado en la calle que se cogió moribundo y otro comido por los cerdos, con otros varios que refieren, y son públicos en esta ciudad. Acreditada la grave necesidad que había de que se exigiese en aquella capital una Casa Cuna para evitar los funestos sucesos... que recogiese los niños que se expusieran en su torno para que se les alimentase con amas de leche, que se mantuvieran de todo lo necesario, y educasen en el santo temor de Dios y demás que conviniera a su buena crianza"¹⁰.

En el año 1783 se delegó la dirección y el gobierno de esta institución a la Hermandad de la Santa Caridad, por lo que, a partir de ese momento, pasa a ser gobernada y administrada por una organización de carácter civil¹¹. La institución atravesó a partir de entonces por una dura crisis económica. Durante el gobierno de Rivadavia se encaró su reorganización, que estuvo bajo la dirección del canónigo Saturnino Seguro, quien extendió las funciones de este establecimiento a la educación de los niños abandonados, a la regularización

¹⁰ Archivo General de Indias, Indiferente General, n° 7, folios 153-177, cit. por CICERCHIA, *ob. cit.*, p. 78.

¹¹ Señala JANKILEVICH, "Historia de las instituciones..." cit., que, en 1786, eran setenta los niños y setenta y nueve las niñas que alojaba esta institución, de los cuales sólo se conocen sus nombres (no sus apellidos). La edad de estos niños oscilaba entre "unos días y diez o doce años". Expresa el autor que, por real cédula de 1794, el rey declaró a favor de los expósitos la legitimidad civil y los ubicó en la categoría de "hombres buenos del estado llano y prohibió se les aplicase penas de vergüenza pública, azotes, horca, sino la que por iguales delitos pueda imponerse a personas privilegiadas" (el destacado me pertenece).

El P...
M...
C...
T...

del sistema de amas de leche y la agilización de los trámites de adopción¹².

1.2. La protección (control) de la infancia desvalida como cuestión de orden público

A partir de la segunda década del siglo XIX, la problemática de la protección y el control de la infancia desamparada comenzó a transformarse en objeto de intervención estatal. El financiamiento que, luego de la guerra de la Independencia, el Estado comenzó a otorgar a las casas de refugio e internación constituye uno de los signos que revelan esta nueva tendencia¹³.

Paulatinamente, las colectividades religiosas y civiles fueron sustituidas por la administración pública, que se hizo cargo de la política social. Este proceso de secularización fue muy profundo y se cristalizó en la cada vez más amplia intervención estatal en los asuntos de índole familiar, restringiendo atribuciones que hasta entonces eran exclusivas de la Iglesia. De este modo, se fortalece la intervención estatal y la dependencia de las políticas de asistencia social del sector público, formalizándose las acciones hacia los sectores desamparados. Los dispositivos y mecanismos tendientes a alejar a los niños de las influencias nocivas consisten básicamente en la instauración de establecimientos destinados al internamiento y la clasificación laboral de los adolescentes en oficios determinados¹⁴.

En este contexto se crea la Sociedad de Beneficencia, el 2 de enero de 1823, que anteriormente funcionaba como la Sociedad de Damas de Buenos Aires. Estaba inspirada en las ideas filantrópicas de la Ilustración y constituía un ámbito

¹² CICERCHIA, *ob. cit.*, p. 78.

¹³ BELOFF, "Constitución y derechos..." *cit.*, p. 770.

¹⁴ BISIG, "Prácticas y debates..." *cit.*, p. 162. Sostiene que, de este modo, se construye la visión del niño como una amenaza en aquellos casos en que el joven no se adapta a un sistema de valores que lo ubica en un papel pasivo como un individuo débil y manipulable.

donde las mujeres, que pertenecían a clases acomodadas de la población, desarrollaban una importante actividad que las alejaba, en cierta forma, de sus labores privadas y domésticas. En efecto, la institución estaba integrada, principalmente, por damas de la aristocracia porteña, que lograron un importante protagonismo. La Sociedad asumió, tal como lo establecía el art. 4 de su carta fundacional, "la dirección e inspección de la Casa de Expósitos, Casa de Partos Públicos y Ocultos, Hospital de Mujeres, Colegio de Huérfanas, y de todo establecimiento público dirigido al bien de los individuos de este sexo"¹⁵. Se considera que esta entidad de bien público significó la asunción por el Estado de responsabilidades tales como la educación y la salud, cuestiones que hasta entonces estaban reservadas a la competencia de la Iglesia. Por intermedio de esta institución se hacía accesible, por primera vez, la educación de los niños pobres que hasta entonces sufrían una fuerte marginación, dado que las pocas instituciones educativas existentes eran de carácter privado¹⁶.

Con igual criterio, se conforma el 21 de julio de 1828 la Sociedad Filantrópica, constituida por vecinos de la ciudad. El motivo de su creación se centra en la necesidad de brindar alivio a "...los desgraciados que habitan en las cárceles y en los hospitales...", así como también de "...las casas de corrección, los hospitales de caridad para niños abandonados y la vejez desolada..."¹⁷.

La secularización de las relaciones familiares se fundamentaba en el reforzamiento de la autoridad del *pater*, lo que configura una "esfera doméstica" libre de intervenciones externas. Sin embargo, las atribuciones del mismo estaban condicionadas al mantenimiento de cierta estabilidad y orden, pues, en caso de producirse incidencias significativas, quedaba habilitada la intervención estatal. En este sentido,

¹⁵ AGN, Sala X, 13-2-3, 1823, *cit.* por CICERCHIA, *ob. cit.*, p. 78.

¹⁶ MANGANIELLO-BREGAZZI, *Política educacional*, *cit.*, p. 59.

¹⁷ JANKILEVICH, "Historia de las instituciones..." *cit.*

la Defensoría de Menores –responsable del bienestar de los niños y de los menesterosos– y los Juzgados de Paz de cada barrio de la ciudad asumieron jurisdicción en todas aquellas cuestiones relacionadas con la minoridad en casos de infracciones menores y desorden público. De este modo, como señala Cicerchia, el límite entre lo privado y lo público se convirtió en algo muy débil y difuso¹⁸.

En síntesis, superados en su capacidad operativa, los tradicionales sistemas *informales* de control social debieron ceder paso a mecanismos de naturaleza *formal e institucionalizada*.

Ahora bien, el acontecimiento que influyó de manera más decisiva en la incorporación de estas cuestiones en la esfera estatal fue el relacionado con la fuerte corriente inmigratoria producida en 1880. Cabe destacar que, en el imaginario de quienes buscaban forjar y consolidar el Estado nacional, se formaba la idea de fomentar la llegada de inmigrantes de origen europeo y anglosajón. Un claro ejemplo de estas ideas constituye la afirmación de Alberdi, quien en sus *Bases* realizaba el siguiente planteo: “¿Cómo, en qué forma vendrá en lo futuro el espíritu vivificante de la civilización europea a nuestro suelo? Como vino en todas las épocas: Europa nos traerá su espíritu nuevo, sus hábitos de industria, sus prácticas de civilización, en las inmigraciones que nos envíe... ¿Queremos plantar y aclimatar en América la libertad inglesa, la cultura francesa, la laboriosidad del hombre de Europa y de Estados Unidos? Traigamos pedazos vivos de ellas en las costumbres de sus habitantes y radiquémoslas aquí... ¿Queremos que los hábitos de orden, de disciplina y de industria prevalezcan en nuestra América? Llenémosla de gente que posea hondamente esos hábitos. Ellos son comunicativos; al lado del industrial europeo pronto se forma el industrial americano”¹⁹.

¹⁸ CICERCHIA, *ob. cit.*, p. 79.

¹⁹ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, pp. 89-90.

Sin embargo, el sueño se esfumó con la posterior llegada masiva de inmigrantes que no respondían a lo proyectado, pues se trataba, principalmente, de personas exiliadas o rezagadas por no haberse integrado al sistema económico de sus países de origen. Esta masa de inmigrantes se aglutinó en las ciudades, incrementándose los índices de pobreza, mendicidad, prostitución y abandono. Señala González del Solar que, en este contexto, ganó las calles una legión de niños dedicados a la vagancia y la mendicidad, que, además, comenzaron a frecuentar sitios en los que predominaba la delincuencia como forma de vida. Esta situación generó la preocupación de los sectores sociales más influyentes que adjudicaban la responsabilidad de estos niños a sus padres “indolentes, viciosos y delincuentes”²⁰. A partir de ese momento, el control de los niños desamparados y necesitados de protección pasó a convertirse, definitivamente, en una cuestión de orden público²¹.

Esta situación de crisis y conflicto social se convirtió en terreno fértil para el desarrollo y la aplicación de las nuevas

²⁰ GONZÁLEZ DEL SOLAR, *Derecho de la minoridad...* cit., p. 240.

²¹ GONZÁLEZ, Fabio Adalberto, “Niñez y beneficencia: un acercamiento a los discursos y las estrategias disciplinarias en torno a los niños abandonados en Buenos Aires de principios de siglo XX (1900-1930)”, en Moreno, José Luis, *La política social...* cit., p. 134, señala: “...podemos afirmar que la presencia extranjera en el período estudiado es una variable evidente: que el inmigrante como integrante de las clases populares (en su mayoría) era el primer foco de las prácticas políticas de control. Sin embargo, si bien la mayoría de los conflictos tuvieron por actores a hombres maduros, no serán éstos los destinatarios directos de los procedimientos disciplinarios que se ejecutan a través de la labor benéfica, sino los niños y niñas en forma prioritaria y en un segundo orden las mujeres. Si bien la iniciativa particular existió a la par que la pública, el Estado realizó una inversión importante en la creación de instituciones que aumentaron el control social de la población en general, dentro de la cual se encontrarán los niños como destinatarios de una política precisa que puede justificarse en el amplio financiamiento de establecimientos benéficos y en la cantidad de instituciones dedicadas a la minoridad”.

teorías criminológicas. Así, desde diversos ámbitos comenzó a reclamarse la elaboración de un "Plan de Defensa Social" destinado a luchar contra el aumento y descontrol de la criminalidad urbana. Este complejo de circunstancias históricas, sociales y culturales coadyuvó a la sanción de la Ley de Patronato del Estado en 1919, proyecto legislativo que había elaborado Luis Agote con nueve años de prelación.

1.3. Las propuestas de José Ingenieros

En un contexto social análogo al que provocó, en los Estados Unidos, la creación de los primeros tribunales para niños y adolescentes; en Argentina, los problemas y la preocupación que estas dificultades causaron a quienes formaban parte de las clases dominantes, dieron lugar a un sinnúmero de planes orientados a tranquilizar y lograr estabilidad en la población. En este orden, se destacan las ideas de José Ingenieros —cabeza más visible y prestigiosa del positivismo en Argentina²²—, que proponía un programa basado en "la *previsión y profilaxis* de la criminalidad, la 'reforma y secuestación' de los delincuentes en establecimientos carcelarios y la *readaptación social* de los excarcelados"²³. En cuanto

²² Considerado el "padre de la criminología positivista argentina", se distinguió como médico y fue profesor en la cátedra de medicina legal de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Buenos Aires. Escribió una veintena de libros y más de doscientos artículos sobre temas criminológicos, psicológicos y psicopatológicos. Dirigió importantes revistas ligadas a la investigación, tales como los *Archivos de criminología, medicina legal y psiquiatría* y la *Revista de filosofía*. Ingenieros fue también jefe del Servicio Policial de Observación y Reconocimiento en el "Depósito de Contraventores" y de la Oficina de Estudios Médicos y Legales, y fundó, en 1907, el Instituto de Criminología de Buenos Aires. Su mayor legado a la materia se focalizó en la psicología criminal y el tratamiento científico en la ejecución penitenciaria. No sólo tuvo influencia a nivel local sino también en el contexto europeo, donde llegó a polemizar con el propio Lombroso en pleno apogeo de sus teorías, refutando parte de sus postulados teóricos.

²³ INGENIEROS, José, *Criminología*, Elmer, Buenos Aires, 1957, pp. 244 y ss.

a la profilaxis de la criminalidad postulaba la necesidad de "legislación social, profilaxia de la inmigración, educación social del niño y readaptación social de los malvivientes". La *legislación social* debía estar orientada a materializar todo lo necesario para optimizar la "...situación material y moral de las clases menesterosas". Estaba persuadido de que "la miseria fue, en todo tiempo, un factor de la criminalidad. Pero, en la actualidad, coexiste con ella un elemento nuevo: la intensificación de la lucha por la vida en las grandes ciudades y el consiguiente aumento de los inadaptados. Los caracteres débiles o inestables, que pueden vivir desapercibidos en un medio social apacible, están más expuestos a caer en el delito cuando la lucha por la vida se les torna difícil, exigiéndoles un mayor esfuerzo de adaptación."²⁴

La *profilaxis de la inmigración* consistía, sencillamente, en "...evitar que ciertos grupos sociales endosen a otros su población criminal; es indiscutible que cada estado debe preocuparse de sanear su ambiente mediante una defensa social bien organizada, y no descargando sobre otros sus bajos fondos degenerativos y antisociales"²⁵.

Con relación a la *educación social del niño*, insistía en la necesidad de proteger a la infancia desvalida, en especial, en lo que respecta a su salud física y moral. Refiriéndose a las conclusiones de un Congreso realizado en Washington recomendaba complementar las medidas de previsión y profilaxis, con la creación de instituciones de patronato, reformatorios para adolescentes y tribunales juveniles. En tal sentido aseveraba: "Urge cuidar la planta desde la semilla, sin esperar que haya retoñado siniestramente."²⁶

Los reformatorios, según Ingenieros, constituían la piedra basal del complejo sistema tutelar. En ellos, debía implementarse una "pedagogía correctiva" y una "secuestación provi-

²⁴ INGENIEROS, *Criminología*, cit., pp. 244 y ss.

²⁵ INGENIEROS, *Criminología*, cit.

²⁶ INGENIEROS, *Criminología*, cit.

Con reformatorio
sea la piedra basal
del sistema tutelar

soria" de los jóvenes inadaptados. Señalaba que la sociedad posee el derecho de resguardarse de aquellos menores cuya conducta resulta "manifiestamente antisocial o peligrosa, aun antes de que cometan delitos". Afirmaba: "No hay en ello restricción de libertad civil; el menor no la posee, y sólo se trata de sustituir la patria potestad por la tutela del Estado". No se concibe que pueda haber inconveniente en recluir a un menor ineducado o inmoral, puesto que estos asilos deben ser simples escuelas profesionales, sin mayor disciplina que la impuesta por el temperamento mismo de cada asilado".

Se refería, además, a la *readaptación social de los malvivientes* que consideraba fundamental en todo programa de defensa social. Señalaba: "Los 'malvivientes' representan una etapa de transición entre la honestidad y el delito; la ley no los alcanza, pero es necesario que la sociedad se defienda de ellos, pues en ese bajo fondo fermentan los auxiliares de la criminalidad y se desarrollan todos los elementos de contagio y degeneración moral que preparan la delincuencia futura"²⁷.

1.4. La ley 10.903 de Patronato del Estado: génesis del modelo tutelar en Argentina

Como se indicaba precedentemente, en este contexto político, histórico e ideológico se aprueba la Ley de Patronato, el 21 de octubre de 1919, luego de numerosas y frustradas iniciativas promovidas por grupos de la élite porteña argentina. Curiosamente, la ley es sancionada veinte años después de la creación, en los Estados Unidos, del primer tribunal de menores del mundo y apenas un año más tarde de la "Ley de Bases", dictada en España con similares características.

La también llamada "Ley Agote" (actualmente derogada por la ley 26.061), en alusión a su precursor -el médico y diputado Dr. Luis Agote²⁸-, se transformó así en la primera norma

²⁷ INGENIEROS, *Criminología*, cit.

²⁸ Señala ALFONSÍN, Julio A., "Tiempos y hombres olvidados - Agote y su Ley", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, julio-agosto 1970, n°

de estas características en toda Latinoamérica y coronó las tendencias en boga en materia de minoridad. Al igual que en España, estuvo influenciada por las versiones más contemporáneas del positivismo criminológico, el correccionalismo y el proceso de reforma impulsado en Norteamérica²⁹.

La ley contenía preceptos acerca de la tutela del Estado sobre los menores de edad infractores y abandonados. En definitiva, instaaura el sistema de patronato como función estatal de protección, consolidándose como un deber inexcusable del Estado, en el marco de lo que algunos han definido como el "paradigma situacional"³⁰. Así, en sus arts. 14 a 21 facultaba

2, p. 418, que el Dr. Luis Agote, talentoso médico de profesión, se destacó además por haber descubierto el modo de impedir las coagulaciones en las transfusiones de sangre (mediante una solución de 5 cm³ al 25% de citrato neutro de sodio) el 14 de noviembre de 1914. Para elaborar su perdurable proyecto de ley se basó en la legislación de menores del estado norteamericano de Utah y en investigaciones empíricas por él realizadas, que consistieron básicamente en recorrer barrios marginales y comisarias -llegando incluso a disfrazarse- para tener datos confiables sobre el problema de la delincuencia juvenil en la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, tomó en cuenta investigaciones de colegas y académicos con quienes mantenía amistad. Entre ellos, se encontraba el propio José Ingenieros, quien, en una de sus tantas publicaciones -*Los niños vendedores de diarios y la delincuencia precoz*, de 1908-, denunciaba la pavorosa cifra de 7000 a 12.000 niños involucrados en delitos contra la propiedad. Cabe señalar, además, que en la obra de INGENIEROS, *Criminología*, cit., p. 247, existe una referencia cruzada donde el autor confirma que su trabajo de investigación "ha servido de base para el proyecto de ley presentado al Parlamento argentino por el profesor Agote".

²⁹ BELOFF, Mary, "Constitución y derechos del niño", en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Bs. As., 2005, p. 773. Según GARCÍA MÉNDEZ, "Prehistoria e historia del control socio penal de la infancia..." cit., los sentimientos e ideas impulsados por los reformadores en Estados Unidos fueron importados con enorme velocidad en América Latina. Ello por cuanto "los problemas estaban allí y no hacía falta importarlos. Se trataba de recrearlos en función de los nuevos enfoques predominantes".

³⁰ Así, GONZÁLEZ DEL SOLAR, *Derecho de la minoridad...* cit., p. 346, quien define a la institución del patronato como "una potestad-función

especial del
ley 10.903

a los jueces a disponer preventivamente y por tiempo indeterminado de los menores acusados o víctimas de delitos, en estado de abandono o peligro material o moral, con independencia de las medidas o sanciones que correspondieran por aplicación de la ley penal vigente.

Es decir, el menor quedaba fuera del Derecho penal y procesal penal ordinario pero también de sus principios y garantías cardinales, pues su *estatus* jurídico era equiparado al de un objeto de tutela o protección. El ámbito de aplicación y los presupuestos de intervención de esta norma resultaban absolutamente incompatibles con principios constitucionales elementales tales como el de culpabilidad, inocencia o legalidad, pues se consagraba un paralelismo entre el menor delincuente y el menor abandonado³¹. Además, mediante los conceptos de situación irregular y de peligro moral y material³² se habi-

supletoria que competía al Estado nacional o provincial, que ejercían órganos públicos que las leyes determinaban, y que consistía en un conjunto de deberes y derechos que asistían a aquél para brindar protección y formación integral a los menores de edad en situación de conflicto, en tanto ésta permaneciese y no se hubiesen emancipado”.

³¹ El art. 14 de la ley 10.903 establecía que “...los jueces de la jurisdicción criminal y correccional... ante quienes comparezca un menor de 18 años, *acusado de un delito o como víctima de un delito*, deberán *disponer* preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del Menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor...”. Por su parte, el art. 15 disponía que “los mismos jueces, *cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral* y en la misma forma establecida en el artículo anterior” (el destacado me pertenece).

³² El art. 21 de la ley 10.903 establecía que “...se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con

litaba una intervención judicial o administrativa de carácter absolutamente indiscriminada³³.

En forma coherente con la consideración del menor como un individuo enfermo o peligroso se legitimaba la imposición de medidas (privativas de libertad en la mayoría de los casos) por tiempo indeterminado o hasta la mayoría de edad. Según Bisig³⁴, con esta norma se institucionaliza el internamiento como “modalidad típica de intervención sobre la niñez carente, desamparada o desviada”. Esto conlleva “reclusión y separación de la familia, grupo de crianza y medio natural e implica la sustitución de las funciones familiares”.

En ningún caso se respetaban las garantías del debido proceso, partiendo de la base de que la imposición de tales medidas podía realizarse en forma anticipada, es decir, independientemente de que se haya comprobado la participación del menor en el hecho que se le imputaba o, incluso, luego de haber sido sobreseído o absuelto. En consecuencia, la ideología en que se inspiraba la ley, en cuanto a la propuesta de *sustraer* a las personas menores de edad del Derecho penal, era una mera falacia, pues los “menores” que realizaban conductas *penalmente irrelevantes* podían ser objeto de restricciones a sus derechos fundamentales, es decir, injerencias de innegable naturaleza coactiva y, por ende, sancionatoria.

Ahora bien: es evidente que esta legislación no estaba dirigida a los niños argentinos de clase media o alta sino,

ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”.

³³ ZAFFARONI-SLOKAR-ALAGIA, *Derecho Penal...* cit., p. 178.

³⁴ BISIG, Nidia Elinor del Carmen, “La construcción socio jurídica de la niñez pobre. Córdoba, Argentina, Siglos XIX-XX”, trabajo presentado en el Congreso 2010 de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Toronto, octubre de 2010.

particularmente, a un grupo muy seleccionado, conformado por aquellos niños y adolescentes marginados de los cánones normales de desarrollo e inserción social³⁵. Es decir, niños y jóvenes hijos de inmigrantes y, en su mayoría, pertenecientes a sectores sociales excluidos, que llevaban auestas el estigma de "menores inadaptados" o "peligrosos" conforme a la ideología positivista de la época. Prueba de ello constituyen los motivos que fundamentaron la sanción de la ley y que se resumen en las palabras de Agote, quien impulsaba su proyecto afirmando lo siguiente: "...una de las grandes deficiencias de nuestra legislación, y es la referente a ese elevadísimo número de niños que vagan por nuestras calles y que viven como los pájaros, en los terrenos baldíos, en las plazas públicas, en los terrenos ganados al río, en el hueco de los portales y en los tugurios más inmundos, y que van a constituir, por la natural evolución de su vida irregular, el mayor contingente de las cárceles de la Nación"³⁶.

Aunque llame la atención de algunos autores, no es accidental la semejanza jurídica e ideológica de esta norma con la Ley de Residencia 4144 de 1902 o también llamada "Ley Cané", que habilitaba al poder ejecutivo -sin intervención judicial- a desterrar a los extranjeros considerados peligrosos en situaciones no previstas o tipificadas por el Código Penal³⁷.

Como enseña García Méndez, el problema que se presentaba a nivel nacional se centraba en que "los extranjeros

³⁵ BELOFF, "Constitución y derechos..." cit., p. 773.

³⁶ *Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Diputados de la Nación*, Reunión n° 11, 8 de julio de 1918, p. 262.

³⁷ GARCÍA MENDEZ, Emilio, "Hijos y entenados", en García Méndez, Emilio (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. II. La expulsión podía ejecutarse en los siguientes supuestos: a) cuando el inmigrante fuera condenado o perseguido por tribunales extranjeros, por crímenes o delitos comunes; b) cuando el extranjero, sin haber cometido delitos, comprometiera la seguridad nacional o perturbara el orden público. En el mismo sentido, BELOFF, "Constitución y derechos..." cit., p. 771.

'indeseables' (para los dueños del país) comenzaron a tener hijos. Tan indeseables como sus padres pero nacidos en el país, los menores objeto de esta ley no podían ser expulsados". En consecuencia, se imponía la necesidad de elaborar un andamiaje jurídico que legitimara la posibilidad de "expulsarlos al interior de instituciones dedicadas al control represivo de la pobreza".

La Ley de Residencia fue sancionada a pedido de la Unión Industrial Argentina en el contexto de una política orientada a la adopción de medidas represivas promovidas por sectores terratenientes e industriales y llevadas a cabo por medio del Estado contra anarquistas, socialistas y activistas obreros en general. Entre tales medidas estaban comprendidas el estado de sitio, allanamiento de locales de la Federación Obrera Regional Argentina y del Partido Socialista, la incautación de periódicos como *La Vanguardia* y *La Protesta*, represión de huelgas y manifestaciones mediante arrestos, deportaciones y hasta la eliminación de activistas. Estuvo vigente en el país durante 56 años, siendo derogada finalmente en el año 1958 bajo la presidencia de Arturo Frondizi.

Resulta paradójico que el autor de esta ley no haya nacido en Argentina sino en el extranjero. En efecto, Miguel Cané nació en Montevideo, Uruguay, país donde su familia se refugió a consecuencia de las desavenencias que mantenía su padre con el gobierno de Juan Manuel de Rosas. Regresó a Buenos Aires cumplidos los dos años de edad, poco después de la caída de Rosas, beneficiándose más tarde con una cláusula de la ley de ciudadanía, dictada en 1869, que permitía optar por la nacionalidad argentina a todos aquellos que habían nacido de padres argentinos en las repúblicas vecinas durante la época de Rosas.

A nivel provincial se pusieron en vigor normas específicas en materia de minoridad que siguieron los lineamientos tutelares de la Ley de Patronato del Estado. De este modo, aunque varios años después, se crearon los primeros tribunales penales de menores en las provincias de Buenos Aires, por ley 4664 de 1937; San Juan, en 1947; Santa Fe, en 1949; Chaco, 1956, Córdoba, 1957; Salta, 1961; Santiago del Este-

Tratado de
García Méndez
de Páez

ro, 1968; Formosa, 1969, etc.³⁸. En Capital Federal, por acordada del 28 de octubre de 1939 se designó, por intermedio de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, un juez correccional, un juez de instrucción y otro de sentencia para entender en esta jurisdicción especial³⁹. Es decir, en la jurisdicción nacional no existieron tribunales de menores propiamente dichos hasta el año 1992 de manera que las situaciones legales que motivaban la intervención judicial eran atendidas por juzgados criminales, correccionales, de instrucción o sentencia con competencia en menores, que no eran sino juzgados criminales y correccionales ordinarios a los que se les asignaba competencia en materia penal juvenil⁴⁰.

En la provincia de Mendoza se sancionó en 1939 la ley 1304, que reglamentó el funcionamiento de la justicia de menores y creó los primeros tribunales penales de menores. En ella, se le acordó a la figura del juez de Menores una serie de facultades de carácter marcadamente discrecional. El derecho de defensa en juicio y demás garantías procesales fundamentales no fueron reglamentados a pesar de que, en muchos casos, la reacción estatal ante la infracción cometida por un menor podía resultar de mayor gravedad que la que hubiera correspondido en la justicia de adultos⁴¹.

1.5. El Código Penal de 1921

Sobre la base teórica e ideológica que fundamentó la sanción de la Ley de Patronato del Estado, el Código Penal de

³⁸ D'ANTONIO, *El menor ante el delito...* cit., p. 169.

³⁹ VIÑAS, *Delincuencia juvenil...* cit., p. 67.

⁴⁰ En el año 1992 se sanciona la ley 24.050 de Organización y Competencia de los nuevos tribunales penales que establece, en su artículo 2, que el Poder Judicial de la Nación en materia penal de menores estará integrado por: "a) Tribunales Orales de Menores; b) la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional; c) los Juzgados Nacionales de Menores; d) sin perjuicio, por supuesto, en los casos en que correspondiere, la Cámara Nacional de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

⁴¹ Un análisis exhaustivo del proceso legislativo e institucional desarrollado en la provincia de Mendoza puede consultarse en OCANA, *De la doctrina de la situación irregular a la de la protección integral: La transición en la provincia de Mendoza...* cit., pp. 67-101.

1921 estableció, en su art. 36, bajo el título de "imputabilidad": "No es punible el menor de catorce años. Si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente o de sus padres, tutores o guardadores, resultare peligroso dejarlo a cargo de éstos, el tribunal ordenará su colocación en un establecimiento destinado a corrección de menores hasta que cumpla dieciocho años de edad. La entrega podrá anticiparse mediante resolución judicial, previa justificación de la buena conducta del menor y de sus padres o guardadores. Si la conducta del menor en el establecimiento donde estuviere, diese lugar a suponer que se trata de un sujeto pervertido o peligroso, el tribunal podrá, después de las comprobaciones necesarias, prolongar su estadía hasta que tuviere veintiún años".

Es decir, el código adhería al sistema cronológico puro, pues establecía una presunción *iure et de iure* de inimputabilidad para todas las personas menores de catorce años de edad, aunque se contemplaba la posibilidad de imponer medidas tutelares hasta la mayoría de edad, que coincidía con los veintiún años. Cabe destacar que no se hacía referencia alguna a la necesidad de comprobar si el menor había participado o no del hecho típico que se le atribuía. Lo importante era la mayor o menor "peligrosidad" o "perversión" del menor y sus condiciones familiares. Ello determinaba, en definitiva, la decisión judicial de privarlo de libertad o reintegrarlo a sus padres. Incluso, se tomaba como criterio normativo "la buena o mala conducta de los padres o guardadores del menor" a la hora de decidir judicialmente la "libertad anticipada" del mismo.

La ideología positivista en que se inspiraba el legislador se desprendía claramente de la Exposición de Motivos del Código, donde, sin tapujos, se sostenía lo siguiente: "...teniendo en cuenta que el delito cometido por un niño es una *manifestación de anormalidad*, la sociedad debe tomar sus precauciones ante la presencia del *síntoma morbo*. El juez debe así, averiguar

* Sobre las particularidades de la capacidad de culpabilidad en materia penal juvenil y los sistemas jurídicos para su delimitación, véase *supra* Capítulo IV pp. 163-184.

cuál es la situación del menor, cuál el ambiente en que se desenvuelve, cuál su educación, cuál la situación de sus padres, tutores o guardadores, si no se tratare de un ser abandonado. Reunidas las comprobaciones del caso, estará autorizado para tomar medidas relacionadas con la educación y la corrección del niño. Las medidas consistirán en la colocación en un establecimiento destinado a la corrección de menores, siempre que el tribunal creyese peligroso dejarlo en poder de sus padres... De manera que las facultades de los jueces son amplias: si ellos creen que el menor debe ser dejado donde está, pueden hacerlo; si creen que basta sacarlo del poder de los padres, para entregarlo a una familia responsable, también lo pueden hacer; si entienden que basta el cambio de tutores o guardadores, también; y si creen indispensable la retención en un establecimiento, están en condiciones de decretarla... Y por fin, se autoriza para casos excepcionales... a mantener retenido al menor hasta que cumpla los 21 años, es decir hasta la edad en que debe hacer el servicio militar. En este caso, *saldría de la disciplina del establecimiento de corrección a la disciplina del Ejército y cumpliendo su servicio, sería devuelto a la vida libre*" (el destacado me pertenece) ⁴².

Con respecto a los menores de entre catorce y dieciocho años, el art. 37 establecía: "Cuando el menor tuviese más de catorce años y menos de dieciocho, se observarán las siguientes reglas: a) si el delito cometido tuviese pena que pudiera dar lugar a la condena condicional, el tribunal quedará autorizado para disponer la colocación del menor en un establecimiento de corrección si fuese inconveniente o peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores o de otras personas. El tribunal podrá disponer esa colocación hasta que el menor cumpla veintiún años, pudiendo anticipar la libertad o retardarla hasta el máximo establecido cuando el término fijado fuese menor, si resultase necesario,

⁴² GÓMEZ, Eusebio, *Leyes Penales. Anotadas*, t. 1, Ediar, Buenos Aires, 1952, pp. 260-261.

dadas las condiciones del sujeto; b) si el delito tuviese pena mayor, el tribunal queda autorizado para reducirla en la forma determinada para la tentativa".

Es decir, consideraba a los adolescentes comprendidos entre los catorce y los dieciocho años de edad *imputables* y, por ende, susceptibles de ser condenados a cumplir una pena privativa de libertad. Lo curioso es que, si bien estaban sometidos a un régimen penal especial, en ciertos casos, podía llegar a ser más gravoso que el sistema penal de adultos. Ello así, toda vez que, aun en el caso en que procediera la condena de ejecución condicional, el juez podía ordenar la privación de libertad del menor hasta los veintiún años cuando fuera considerado "peligroso". En otras palabras, si un menor de catorce años cumplidos, por ejemplo, era considerado "peligroso", más allá de que su condena pudiera ser dejada en suspenso, igualmente podía ser privado de libertad hasta los veintiún años. Lo que, lisa y llanamente, equivale a una auténtica pena de siete años de prisión de cumplimiento efectivo.

Si la pena con que se encontraba reprimido el delito que se le atribuía al menor no permitía la aplicación de la condena de ejecución condicional, el tribunal quedaba autorizado a reducirla en la forma prevista para la tentativa. Adviértase que se trataba de una simple atribución potestativa del tribunal, que no establecía ningún tipo de límites ni presupuestos.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, sostuvo: "El principio de atenuación de las penas a los menores, establecido por el art. 37, inc. b), del Código Penal, no debe ser aplicado rigidamente, sino con arreglo a la edad del menor, a la naturaleza del delito, a las circunstancias en que fue cometido y a los antecedentes personales del autor"⁴³.

"La reducción de pena a los menores de edad no es obligatoria para los jueces sino facultativa. Puede prescindirse de ella y aun llegarse al máximo de la sanción imponible, según

⁴³ CSJN, 26/12/45, *Fallos*, 203:420.

las características del delito, los antecedentes del procesado y su grado de peligrosidad"⁴⁴.

"Las reglas de reducción de penas que establece el art. 37 inc. b), del Código Penal para los menores delincuentes son de carácter facultativo para los jueces y quedan libradas tanto a las formas calificadas de los actos criminosos como a la mayor o menor peligrosidad de los delincuentes"⁴⁵.

1.6. La ley 14.394, de Modificación al Régimen de los Menores y de Familia

Durante la vigencia del Código Penal de 1921 se presentaron varios proyectos de modificación del régimen penal de la minoridad tales como: la ley de menores de 1925 (Pinto), el Código de 1925 (Bard), el de asistencia social y patronato de menores de 1933 (Castillo), el proyecto Cabral de 1941, entre otros⁴⁶.

Finalmente, prosperó un proyecto de ley que contemplaba no sólo el régimen penal de menores, sino también otros temas vinculados con cuestiones de derecho de familia, tales como la ausencia con presunción de fallecimiento, el divorcio vincular, etc. Esta norma fue denominada "Modificación al régimen de los menores y de la familia" y derogó en forma expresa los arts. 36, 37, 38 y 39 del Código Penal de 1921. De manera que, a partir de la entrada en vigor de esta norma, el sistema penal juvenil se basaría en los criterios y las pautas jurídicas en ella establecidos. En este orden, la ley establecía dos categorías de menores con un régimen jurídico diferenciado:

a) Niños y adolescentes menores de dieciséis años

Eran considerados inimputables absolutos -*iure et de iure*- por lo que sólo podían adoptarse medidas tutelares. Sin embargo, éstas abarcaban un espectro demasiado extenso, pues podían implicar desde el simple reintegro del menor a sus

⁴⁴ CSJN, 14/11/47, Fallos, 209:312.

⁴⁵ CSJN, 29/12/48, Fallos, 212:579.

⁴⁶ FELLINI, *Derecho Penal...* cit., p. 28.

progenitores (libertad), pasando por su sometimiento a un régimen de semilibertad, hasta llegar al extremo de ordenar su internación en un instituto especializado (privación de libertad), dependiente del Consejo Nacional del Menor, en caso de que el menor se hallare abandonado, falto de asistencia, en peligro moral o material o presentara graves problemas de conducta (arts. 1 y 2).

b) Adolescentes comprendidos entre los dieciséis y dieciocho años de edad

Eran considerados "imputables relativos", salvo en caso de delitos de acción privada o sancionados con multa, inhabilitación o privación de libertad hasta un año, en cuyo caso su situación se equiparaba a la de los menores de dieciséis. Estos jóvenes eran sometidos a un tratamiento tutelar por un plazo mínimo de un año, requiriéndose un informe de conducta (adaptación social, aptitud para el trabajo, etc.) al cumplir dieciocho años de edad. Si de estos informes, de las modalidades del hecho, de los antecedentes del menor y de la impresión personal directa recogida del juez, surgiera la necesidad de aplicar una sanción, ésta podía ser reducida en la forma prevista para la tentativa. En caso contrario, es decir, si el juez no consideraba necesaria la imposición de una sanción, podía eximirlo de pena. Durante el proceso podían imponerse medidas tutelares similares a las previstas para los menores de dieciséis años. En caso de imponerse una medida privativa de libertad, ésta se haría efectiva en institutos especializados para menores. Si en esta situación el menor alcanzaba los veintiún años de edad, era trasladado a un establecimiento para adultos.

En julio de 1976, luego de producido el golpe de Estado y consolidada la dictadura militar en Argentina, se sanciona la ley 21.338, que modificó parcialmente la ley 14.394, reduciendo la edad de imputabilidad a los catorce años y la etapa de imputabilidad relativa que quedó fijada entre los dieciséis y los dieciocho años de edad. Es decir, se estableció la plena responsabilidad penal a partir de los dieciséis años, previendo únicamente un sistema de ejecución especial hasta los veintiún años.

de 16 a 18
relativos

21338
12/8/76

de 16 a 18
inimputables

2. LA LEY 22.278/22.803, REGULADORA DEL "RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD" ARGENTINO

2.1. Introducción

El 25 de agosto de 1980 se sanciona la ley 22.278, también denominada "Régimen penal de la minoridad", diseñada en base a propuestas efectuadas por una Comisión de Juristas designada *ad hoc* por el Ministerio de Justicia y el dictamen previamente solicitado a la Subsecretaría del Menor y la Familia. Si bien la ley 22.278 derogó los arts. 1 a 13 de la ley 14.394, adhirió en lo sustancial a sus lineamientos y estructura básica, concediéndole amplias e indeterminadas atribuciones al juez de menores en lo que respecta a las medidas a imponer. En el informe de elevación de la ley al Congreso de la Nación se declaraba que el objetivo del nuevo sistema se centraba en "regular el régimen penal de la minoridad mediante normas flexibles y concisas, cuya aplicación redundara en salvaguarda de los intereses de la comunidad y de la adecuada protección y formación del menor". Poco tiempo después de su promulgación, fue modificada por ley 22.803, que modificó dos artículos de la norma originaria, elevando a dieciséis (16) años la edad de punibilidad.

Cabe destacar que esta ley, o mejor dicho este "decreto-ley", fue dictado en plena dictadura militar, período en el que se cometieron delitos de lesa humanidad, genocidio y desaparición forzada de personas en el marco de lo que ha sido denominado "terrorismo de Estado"⁴⁷. Es decir, un lamentable segmento de la historia argentina en el que cientos de niños na-

⁴⁷ Algunos autores relativizan esta circunstancia histórica en el entendimiento de que la ley 22.278 tuvo como antecedente inmediato la ley nacional 14.394, que fue sancionada por un gobierno *de iure*. Además, sostienen que el régimen penal de la minoridad ha permanecido vigente durante más de medio siglo, siendo elaborado y aprobado en el marco de la Constitución de 1949, cuando las instituciones públicas adherían al llamado "Estado de bienestar". En tal sentido se expresa GONZÁLEZ DEL SOLAR, *Derecho de la minoridad...* cit., p. 479.

cidos en cautiverio fueron despojados de sus padres y entregados en forma clandestina a padres supuestamente adoptivos. Incansables esfuerzos de organizaciones no gubernamentales y de defensa de derechos humanos permitieron que sólo algunos de ellos -ahora adultos- lograran recuperar su verdadera identidad reencontrándose con sus ascendientes⁴⁸.

Sorprendentemente, este régimen legal continúa conformando el marco normativo vigente en materia penal juvenil, a pesar de haber transcurrido más de veinticinco años desde el advenimiento de la democracia y la ratificación de los más importantes tratados internacionales en la materia. Es decir, el sistema tutelar de justicia penal juvenil argentino ha mantenido su precaria vigencia, abroquelado en ideologías dogmáticamente superadas que inspiraron su implementación, tales como los postulados del positivismo criminológico y la escuela correccionalista.

Este *estatus quo normativo* ha sido preservado merced al desarrollo de posturas doctrinarias, pertenecientes a un sector conservador e influyente del "Derecho penal de menores" que insiste en su "autonomía" y en las ventajas del Régimen Penal de la Minoridad, así como en la posibilidad de *compatibilizar* su estructura normativa con los estándares consagrados en la normativa internacional evitando, de ese modo, la supresión o reemplazo del mismo⁴⁹. En consecuen-

⁴⁸ BERGALLI, Roberto, "Transiciones jurídico-políticas: ¿Olvido o memoria? Un cuarto de siglo después", ponencia presentada en el Humboldt-Kolleg: *La transformación de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2008.

⁴⁹ Según GARCÍA MENDEZ, "Legislaciones infante juveniles en América Latina..." cit., son tres las corrientes que han contribuido a la conservación de esta legislación: a) *el conservadurismo jurídico-corporativo*: representado por quienes se expresan mediante la frase "en América Latina tenemos maravillosas legislaciones de menores que infelizmente no se aplican". Sin embargo, el autor citado hace hincapié en la necesidad de recordar que el alto número de niños y adolescentes internados en instituciones totales, por motivos no vinculados a la comisión estricta de hechos de naturaleza penalmente relevante

cia, rechazan las propuestas orientadas a la derogación del Régimen Penal de la Minoridad y su sustitución por un verdadero sistema de responsabilidad, en el entendimiento de que aquéllas constituyen la expresión de un "discurso hábil, que viste a la tutela de una inevitable discreción, casi rayana a la arbitrariedad..." y "...reducen artificiosamente la realidad a términos simples y externos, en el marco de la confrontación "autoridad-libertad", trazando equivalencias antojadizas y engañosas: lo tutelar conculca la libertad; lo penal la preserva"⁵⁰.

La situación es insólita si se compara el proceso de transformación producido en los ámbitos nacional y provincial, pues la vergonzosa morosidad legislativa a nivel federal se contrapone con el fuerte avance de las provincias en cuanto a la adecuación de su normativa a la CIDN. Es sabido que éstas carecen de facultades legislativas en materia penal, por lo que su actividad ha tenido que circunscribirse a las normas que reglamentan el sistema de enjuiciamiento (proceso penal juvenil). Ahora bien, es difícil y hasta cierto punto absurdo imaginar un proceso penal cuya finalidad me-

demuestra que estas legislaciones, "no son tan 'maravillosas', ni tampoco en realidad son letra muerta"; b) *el decisionismo administrativo*: que se sustenta en el supuesto de la mayor eficacia y poder de acción directa de la esfera administrativa desprovista de las trabas y formalidades legales. Es decir, resulta más conveniente conservar la legislación existente ya que resulta más cómodo trabajar en el contexto de una ley relegada y desprestigiada que ofrece objetivamente vacíos prácticamente infinitos de discrecionalidad; c) *el basismo de la atención directa*: tendencia encarnada por algunos organismos no gubernamentales que trabajan en forma directa con la infancia en situación de riesgo. Según García Méndez, en el contexto cultural de estos grupos la lucha por la reforma legislativa significaría distraer esfuerzos preciosos del trabajo cotidiano: "...es más cómodo trabajar vagamente contra la ley vigente que iniciar un difícil, incierto y complicado proceso de articulación crítica con el mundo jurídico y las políticas gubernamentales".

⁵⁰ Así, GONZÁLEZ DEL SOLAR, *Derecho de la minoridad...* cit., pp. 286-288.

diata consiste en aplicar la ley penal sustantiva, si esa ley no existe o, mejor dicho, si resulta absolutamente ilegítima desde el punto de vista constitucional. En este sentido, podría decirse que la transformación legislativa se ha iniciado exactamente al revés, pues debería haber comenzado con el dictado de una ley de fondo adecuada a los estándares internacionales para luego diagramar, a nivel provincial, las normas adjetivas tendientes a *realizar* ese Derecho penal juvenil sustancial.

Los acertados y tenaces cuestionamientos realizados por un amplio sector de la doctrina -identificado con el paradigma o doctrina de la protección integral- no han logrado vencer las resistencias corporativas y el reemplazo de este régimen, a pesar de haber tenido eco en un sinnúmero de pronunciamientos jurisprudenciales.

De todas formas, es preciso reconocer que el Régimen Penal de la Minoridad se encuentra situado en una especie de callejón sin salida. En efecto, la evidente y declarada invalidez de sus preceptos ha terminado *desdibujando* tanto sus presupuestos de intervención como el confuso sistema de sanciones y consecuencias jurídicas que contiene. Este desbarajuste normativo ha generado, por otra parte, un vacío legal difícil de cubrir que entorpece su correcta interpretación y aplicación. A este cuadro se añade la reciente entrada en vigor de normas civiles relacionadas con la mayoría de edad; la definitiva abrogación del patronato del Estado; su reemplazo por una ley de protección integral de la niñez-adolescencia (ley 26.061) y demás derechos consagrados en los instrumentos internacionales, que han provocado situaciones de contradicción e incompatibilidad normativa insuperables, colocando a los jueces en la necesidad de elaborar interpretaciones pretorianas que exceden su función propiamente jurisdiccional. Ello, sin perjuicio de las recomendaciones e informes emitidos por los organismos que conforman el sistema interamericano de protección que, en más de una ocasión, han exhortado al Estado argentino a adecuar su legislación a tales lineamientos.

2.2. Naturaleza jurídica

Algunos autores sostienen que la ley 22.278/22.803 no constituye una norma jurídico-penal⁵¹ sino más bien una norma de carácter “esencialmente proteccionista y tuitivo” y que sólo en forma residual se presenta como una norma de carácter punitivo. En este sentido, se ha afirmado –eufemísticamente– que no busca sancionar sino educar⁵², así como también que prescinde en forma absoluta de la vinculación entre el hecho ilícito y su autor adolescente, debido a la función tutelar que desempeña, motivo por el cual sitúa al menor *fuera* del Derecho Penal de adultos⁵³.

Un reflejo de esta tesis se observa claramente en la afirmación de D'Antonio⁵⁴, quien, en una de sus obras, sostiene: “Las peculiaridades del sujeto del derecho de menores –como ser en desarrollo bio-psicosocial y, por consiguiente, necesario de protección– determinan totalmente la inaplicabilidad de los elementos e instituciones jurídicas vigentes en el derecho penal”. Por ello, insiste en “la necesidad de excluir definitivamente la aplicación de instituciones típicamente penales a la realidad minoril de la conducta desviada, debiendo recurrirse a lo que en realidad otorga debida respuesta, como ocurre con la incapacidad como elemento protectorio de natural vigencia en dicho ámbito”.

Lo cierto es que la ley contiene disposiciones de naturaleza penal, pues prevé en qué condiciones o bajo qué presupuestos serán aplicables sanciones penales por hechos

⁵¹ Así, VIÑAS, *Delincuencia juvenil...* cit., p. 299, quien considera que “el espíritu, el fin y el léxico” de la ley “son predominantemente tutelares”.

⁵² MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., “La disposición tutelar y el régimen de libertad vigilada de los menores”, *La Ley*, año XLVI, 6/10/82, n° 194.

⁵³ LEDESMA, Guillermo, “El Régimen Actual de la Minoridad”, *LL*, 1981-A-755 y ss.

⁵⁴ D'ANTONIO, Daniel Hugo, *El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Astrea, Bs. As., 1992, pp. 2 y ss.

cometidos antes de los dieciocho años de edad, más allá de insertarse en un modelo tutelar o asistencial de justicia penal juvenil, o en la llamada *doctrina de la situación irregular*. Incluye también algunas disposiciones relacionadas con aspectos procesales y con la etapa de ejecución de las medidas impuestas.

Curiosamente, los primeros comentaristas del Derecho penal juvenil argentino analizaban con cierto escepticismo los principios declamados por la ley, preservados por gran parte de la doctrina nacional y los operadores del sistema de justicia penal minoril. En este sentido, uno de los principales y más coherentes representantes de la doctrina de la situación irregular en Argentina, el profesor Raúl H. Viñas, señalaba que estos postulados tutelares no “han podido llevarse a la práctica judicial, ni de ejecución, ni siquiera en aquellos derechos que se autocalifican a sí mismos de proteccionistas”. Entendía que el Derecho penal de menores constituye “verdadero Derecho Penal”, toda vez que las llamadas medidas tutelares “en los hechos llevan a privaciones de libertad tanto o más prolongadas que las penas de prisión”, por lo que se impone el más estricto respeto de las garantías constitucionales básicas⁵⁵. Desde el punto de vista político-criminal, afirmaba que hubiera sido preferible tomar como modelo la legislación vigente en Alemania, Austria o Suiza, toda vez “que están entre las mejores y... ofrecen un amplio espectro de opciones al juez de Menores, para cumplir su cometido final que, por supuesto, no difiere: la reeducación y reinserción social del menor que delinquiró”⁵⁶.

En cuanto a las llamadas medidas tutelares o de protección, en especial, aquellas que implican privación de libertad, es innegable que constituyen, en realidad, auténticas penas que, en la mayoría de los casos, son impuestas en violación de los más elementales principios y garantías constitucionales.

⁵⁵ VIÑAS, *Delincuencia juvenil...* cit., pp. 244-245.

⁵⁶ VIÑAS, *Delincuencia juvenil...* cit., pp. 244-245.

Raúl Viñas

2.3. *Ámbito material de aplicación*

Como todo sistema tutelar, el régimen penal de menores argentino plantea en este tópico un conflicto o contradicción flagrante con el principio de legalidad o taxatividad penal, a diferencia de los modelos de justicia o responsabilidad. Ello así, toda vez que habilita la intervención del sistema judicial —mediante la imposición de medidas tutelares o de protección— en el caso de menores que se encuentran en “situación irregular”, que es definida por la ley mediante categorías de carácter ambiguo y genérico. En el caso de la ley 22.278/22.803, esta condición se verifica con la comprobación de que el menor “se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta” (art. 1, último párrafo, y 2, último párrafo). En relación a este tema, D'Antonio⁵⁷ señala que “...la necesidad de tutela y la aplicación de medidas protectorias no se agota en aquellas conductas minoriles que, ejercidas por adultos, constituirían delito. Contrariamente a ello, la tutela de la norma debe extenderse a situaciones ajenas a lo calificado como ilícito penal y abarcar todo acontecimiento que demuestre por sí mismo o que pueda ser considerado como antecedente de un cuadro de carencia situacional o de abandono”. Por otra parte, define el concepto de “abandono” como aquel que reviste los siguientes estados: “a) menor no sujeto de patria potestad, tutela o guarda; b) menor cuyo representante legal o guardador no cumple con sus obligaciones o lo somete a actos que hacen peligrar su personalidad; c) menor autor de hecho ilícito o contravencional que por su naturaleza indica que hay una posibilidad de desviación de conducta; d) menor víctima de hecho delictivo o contravencional que, por su naturaleza, pueda influir en su formación; e) menor de inconducta manifiesta; f) menor que trabaja en actividad o en condiciones que hacen peligrar su personalidad”.

En estos casos, sobre la base de lo normado por la derogada ley 10.903, de Patronato del Estado, la ley habilita al juez de

⁵⁷ D'ANTONIO, *El menor ante el delito...* cit., p. 2.

menores a “disponer” de niños, niñas y adolescentes en situación irregular por tiempo indeterminado o hasta que alcancen la mayoría de edad, independientemente de que su conducta encuadre o no en una figura penal y, en su caso, que haya sido comprobada o no su participación desde el punto de vista procesal. Es decir, la reacción estatal cobra impulso siempre que se configure un contexto de riesgo material o moral, independientemente de que el menor sea autor o víctima de un hecho delictivo y se legitima en atención a la consideración de la privación de libertad como una “forma de protección”.

Ésta fue una de las cuestiones que, en su oportunidad, ocuparon la atención del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al transmitir su preocupación por la vigencia de las leyes 22.278 y 10.903, en tanto no distinguían entre niños que necesitaban atención o protección y aquellos que se encontraban en conflicto con la ley penal⁵⁸. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha hecho hincapié en la necesidad de respetar el principio de legalidad en materia penal juvenil. En tal sentido, ha señalado que “...la detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia... El Estado no puede privar de su libertad a niños y niñas que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal (art. 7 de la Convención). Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito, constituye una grave violación de los derechos humanos. El Estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlo de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona”⁵⁹.

⁵⁸ Observaciones finales: Argentina, CRC.C.15.Add.187, del 9 de octubre de 2002.

⁵⁹ CIDH, Informe n° 41/99, caso 11.491, *Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras*, 10 de marzo de 1999, párrs. 109 y 110.

En forma análoga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis [respuesta penal] la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia juvenil sólo puede aplicarse a quienes... incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos"⁶⁰.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Maldonado"⁶¹, también advirtió sobre este inconveniente y sostuvo que "una característica definitiva 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 y aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas la de disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación".

Recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el alcance del principio de legalidad al señalar que "los

⁶⁰ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n° 17, párr. 110.

⁶¹ CSJN, "M., D. E. y otro", 17/12/05, LL, 2006-C-288, con nota de María Angélica Coma Ojeda; LL, 2006-B-80, con nota de Fabio H. Procajlo. Un análisis crítico de este precedente puede verse en Divitto, Mauro A., "El fallo 'M., D. E.'. ¿Cómo se aplica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño?", en Pitlevnik, Leonardo G., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sumario y análisis de fallos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 36-81.

niños que enfrentan problemas sociales o económicos deben ser atendidos mediante la prestación de servicios sociales o de protección de la niñez, pero no a través del sistema de justicia juvenil. En toda circunstancia, deben mantenerse a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que los afecte debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser objetiva y razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan en todo momento su necesidad, proporcionalidad, idoneidad y legitimidad"⁶².

Con las salvedades efectuadas, puede sostenerse que el régimen penal de la minoridad argentino, a semejanza del sistema español, no contiene un catálogo propio de infracciones susceptibles de ser cometidas por menores de edad, sino que se remite, en forma genérica, a las disposiciones del Código Penal y sus leyes penales específicas. En consecuencia, son los tipos enumerados de la parte especial del Código Penal y sus leyes complementarias los que determinan qué acciones o conductas pueden ser atribuidas a personas menores de dieciocho años de edad.

El art. 1 de la ley 22.278/22.803, siguiendo el criterio ya establecido en su momento por la ley 14.394, establece una reducción de la intervención penal en el caso de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, delitos de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación⁶³. Es decir, en estos supuestos, la norma establece que los menores comprendidos entre los dieciséis y dieciocho años de edad

⁶² CIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, 13 de julio de 2011, párr. 74.

⁶³ En la ley 14.394 quedaban fuera del ámbito de intervención material los delitos que no excedieran de un año de prisión, de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación. En la ley 22.278/22.803 la despenalización es un tanto más generosa, pues se extiende a los tipos penales reprimidos con pena de hasta dos años de prisión.

tampoco serán imputables, lo que constituye una importante *despenalización* que equipara la situación jurídica de estos jóvenes a la de los menores de dieciséis años "no punibles". Esta reducción del ámbito material de intervención, criticada en su momento por algunos autores⁶⁴ comprende, en primer lugar, las faltas o contravenciones, toda vez que éstas en ningún caso exceden los dos años de prisión. Por esta misma causal, es decir, por no exceder los dos años de prisión, quedan fuera del ámbito de aplicación material del régimen penal juvenil un considerable número de acciones tipificadas en el Código Penal, tales como: lesiones leves (art. 89); exhibiciones obscenas (art. 129); amenazas simples (art. 149 bis); violación de domicilio (art. 150); hurto (art. 162); daño (art. 183); entre otras, sin mencionar los tipos contemplados en las leyes penales complementarias. Es decir, si bien no existe una enumeración específica de tipos penales atribuibles a personas menores de edad, se prevé, mediante un dispositivo claro y sencillo, una importante *despenalización* y consiguiente reducción del ámbito objetivo de aplicación.

Considero que esta opción político-criminal del legislador constituye uno de los pocos aspectos ciertamente rescatables del obsoleto régimen penal de menores argentino, que, por otra parte, marca una diferencia por demás relevante con otros sistemas de responsabilidad penal juvenil —como el español—, sin perjuicio, por supuesto, de las grandes diferencias teóricas e ideológicas en que se inspiran ambos ordenamientos.

2.4. *Ámbito personal de aplicación*

Es complejo definir esta categoría, pues, en realidad, y como más adelante se tendrá oportunidad de profundizar, el Régimen Penal de la Minoridad argentino no limita su aplicación a una franja de edades determinada, a diferencia de la mayoría de los sistemas de responsabilidad penal ju-

⁶⁴ Así, VIÑAS, Raúl Horacio, *Delincuencia juvenil y Derecho Penal de Menores*, Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 298, quien considera injustificada e inexplicable esta exención de responsabilidad.

venil. Ello así toda vez que sus amplias e indefinidas formas de reacción e intervención están dirigidas no sólo a personas menores de edad consideradas "punibles" (a partir de los dieciséis años), sino también a las comprendidas entre los cero y los dieciséis años. En efecto, como será analizado en los acápites siguientes, los "menores" comúnmente denominados "inimputables" o "no punibles" pueden ser objeto de restricciones coactivas de sus derechos fundamentales como respuesta a conductas (in)definidas por la ley. Estas restricciones, más allá de la denominación eufemísticamente empleada (disposición provisoria o definitiva, medidas tutelares, de protección, internación, tratamiento, etc.), constituyen, en esencia, formas de reacción cuya naturaleza no es sino *penal*, pues consisten en la posibilidad de privar de libertad coactivamente por hechos considerados violatorios de normas sociales.

Aun así, es importante hacer referencia a la clasificación que ha sido efectuada tradicionalmente a este respecto. En este orden y siguiendo la línea trazada por la ley 14.394 y el Código Penal de 1921, la ley 22.278/22.803 hace referencia a las categorías de niñas, niños y adolescentes que detallamos a continuación.

2.4.1. Niñas, niños y adolescentes menores de dieciséis años de edad (*no punibles*)*

Son considerados inimputables en forma absoluta, sin admitir prueba en contrario (*iure et de iure*). Como se indicaba en apartados anteriores, la norma ha extendido esta ausencia de imputabilidad hasta los dieciocho años cuando al niño se le atribuya la comisión de un delito que no exceda de dos años de prisión o cuando se trate de un delito de acción privada o reprimido con pena de multa o inhabilitación (art. 1, ley 22.278). Sin embargo, la ley no habla de inimputabilidad

* Sobre las particularidades de la capacidad de culpabilidad en materia penal juvenil y los sistemas jurídicos para su delimitación, véase *supra* Capítulo IV, pp. 163-184.

sino de "no punibilidad". En efecto, el art. 1 del decreto-ley 22.278 establece que "*no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años...*", lo que genera cierta confusión, pues, como es sabido, esta categoría no coincide exactamente con la culpabilidad o responsabilidad como estratos de la teoría jurídica del delito.

De todos modos, y a pesar de los cuestionamientos que ha recibido⁶⁵, el sistema adhiere en este aspecto al llamado sistema *cronológico o biológico puro* a la hora de determinar la imputabilidad de las personas menores de edad. La fórmula del *discernimiento* fue receptada en el Código de Carlos Tejeedor, en el que se estableció que en el caso de menores entre diez a catorce años de edad el juez debía determinar, en cada caso concreto, si el niño era capaz o no de imputabilidad. De ello dependía, por otra parte, la aplicación o exención de pena a su respecto. El criterio fue mantenido en el proyecto de 1881 (de Villegas, Ugarriza y García) y en el Código Penal de 1886, aunque no logró prosperar debido a las acaloradas controversias que el asunto generó en diversos ámbitos, con motivo de la discusión de proyectos presentados con posterioridad⁶⁶, hasta que en el Código de 1921 se optó definitivamente por el sistema cronológico, criterio que se mantuvo hasta la actualidad.

En cuanto a los límites de imputabilidad, cabe destacar las similitudes del sistema establecido en la ley 22.278/22.803 con el sistema del Código Penal español de 1928, donde se declaraba no responsable al menor de dieciséis años; sistema que fue mantenido en los Códigos españoles de 1932, 1944 y 1973, todos ellos basados en un modelo de justicia penal juvenil de naturaleza eminentemente tutelar.

⁶⁵ MARTÍNEZ GAVIER, Susana E.-COMPANYS DE ÁVILA ECHENIQUE, Juliana E., "La edad de los menores ante el delito", en *Actualidad Jurídica Penal*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, n° 160, 2011, pp. 1827-1830, quienes sostienen que el sistema cronológico puro vulnera principios elementales al no tener en consideración la madurez del adolescente al momento de verificar la responsabilidad penal.

⁶⁶ Un relato por demás explicativo de estas discusiones puede verse en VIÑAS, *Delincuencia juvenil...* cit., pp. 217-225.

2.4.1.1. La privación de libertad de menores "no punibles" como forma de protección: el fallo "García Méndez" y la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Según el texto de la ley, si alguno de estos niños, niñas o adolescentes fuera acusado de la comisión de un hecho ilícito, la autoridad judicial podrá "disponer" del mismo en forma "provisional". La disposición, que habilita normativamente a "poner al menor en un lugar adecuado... durante el tiempo necesario" –léase: privar de libertad por tiempo indeterminado–, se concreta a los efectos de realizar las siguientes diligencias: proceder a la comprobación del hecho, tomar conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y recabar informes conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en las que se encuentre. Si de tales indagaciones resulta que el menor se encuentra abandonado, falta de asistencia o presenta problemas de conducta, podrá el juez disponer en forma definitiva del niño, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

La diagramación normativa es similar a la que contenía la ley española de los Tribunales Tutelares de menores de 1948, que en su articulado disponía que los jueces de menores eran competentes para juzgar los hechos cometidos por menores de dieciséis años que constituyeran un delito o falta, pero también respecto de aquellos menores prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que a juicio del magistrado requiriesen el ejercicio de la "facultad reformadora". El juez de menores podía imponer cualquiera de las medidas contenidas en el art. 17 de esta ley, incluso la privación de libertad, para hechos que ni siquiera constituían delito. En definitiva, podía decidir sobre la vida del menor, siempre y cuando así lo exigiera la ley y actuara con "razonada libertad de criterio"⁶⁷.

La atribución que, en forma análoga a la ley tutelar española, contiene el Régimen Penal de la Minoridad en su art. 1

⁶⁷ GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, "La justicia de menores en el siglo XX..." cit., p. 22.

ha dado lugar a un sinnúmero de cuestionamientos, atento a su evidente incompatibilidad con principios constitucionales elementales y demás pautas expresamente contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁶⁸. Sin embargo, en un contexto similar al español, se hacía necesaria la intervención del máximo Tribunal en orden a la interpretación de este precepto y, en definitiva, a fin de ordenar las diferentes posturas existentes a nivel doctrinario y jurisprudencial respecto de su compatibilidad con el sistema constitucional. Es más, existían grandes expectativas al respecto, pues la declaración de inconstitucionalidad de esta norma por parte de un tribunal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación provocaría la imperiosa necesidad de modificar la legislación tutelar vigente, contexto similar al que generó en España el dictado de la sentencia 36/1991 del Tribunal Constitucional.

La oportunidad se presentó a raíz de una acción de hábeas corpus interpuesta por los representantes de la Fundación Sur Argentina –Dres. Emilio García Méndez y Laura Musa–, con la adhesión de otras organizaciones⁶⁹, a favor de un grupo de niñas, niños y adolescentes “no punibles” privados de libertad por jueces de menores de la provincia de Buenos Aires, sobre la base del dispositivo tutelar que habilita la imposición de tales medidas.

⁶⁸ Véase GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “Haciendo camino al andar y esperando el final... Comentario sobre privación ilegítima de la libertad de una persona no punible”, *LL Gran Cuyo*, 2008 (agosto), p. 651. Comentario al fallo SCJ Mendoza, Sala I, “F. c/Sández Jofré, Paola Tatiana”, de 28/12/07.

⁶⁹ El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, el Comité de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CASACIDN), el Programa “Abogados por los Pibes” de la Asociación Amanecer y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), como se desprende del extracto contenido en el portal de Fundación Sur, “Presentación de Hábeas Corpus Colectivo”, en www.surargentina.or.ar.

En adhesión a una sólida línea jurisprudencial iniciada por jueces en lo penal de menores que declararon la inconstitucionalidad de este precepto con impacto a nivel provincial y nacional⁷⁰, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar a la acción y expuso que, desde el punto de vista jurídico-penal, la privación de libertad de menores “no punibles” resulta ilegítima pues vulnera los principios de legalidad, reserva y el estado jurídico de inocencia, consagrados no sólo en la Constitución, sino también y en forma expresa por la CIDN. Ello así teniendo en cuenta, antes que nada, que desde el punto de vista sustancial, la conducta de una persona menor de dieciséis años es *penalmente irrelevante*; el Estado ha renunciado a perseguir penalmente este tipo de hechos, por lo que no existe expectativa de pena alguna. Lógicamente, la limitación de la libertad tampoco puede obedecer a una cuestión de índole cautelar pues el proceso penal donde estos jóvenes se encuentren eventualmente involucrados estaría destinado a finalizar, indefectiblemente, con un auto o sentencia de sobreseimiento, lo que vacía de contenido cualquier medida destinada a neutralizar un supuesto peligro procesal⁷¹. De este modo, declaró la inconstitucionalidad del dispositivo legal que habilita la privación de libertad de menores no punibles, y ordenó su progresiva liberación y la adopción de medidas de protección a su respecto conforme a los lineamientos de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Además, exhortó al Poder Legislativo Nacional a dictar una ley que se adecue a los estándares internacionales en la materia y encomendó a los jueces a que convocaran una mesa de diálogo, invitando

⁷⁰ CNCyC, Sala I, 6/12/06, “G. F. D. y O. s/expediente tutelar”, *LexisNexis* 9/7692; Juzgado Penal de Menores, Tunuyán, Mendoza, “M., G. A. R.”, 18/12/06, *LexisNexis*, n° 35010070.

⁷¹ CRIVELLI, Ezequiel, “¿Es posible desarmar el modelo tutelar? Derivaciones inesperadas de la declaración de inconstitucionalidad del régimen penal de menores en la provincia de Mendoza”, *LexisNexis*, n° 0003/013206.

a formar parte de ella a Fundación Sur, a otros actores de la sociedad civil involucrados y a los órganos administrativos correspondientes. La mesa tendría por objeto diseñar un plan para efectivizar la liberación progresiva de las personas menores de dieciséis años privadas de libertad bajo el decreto-ley 22.278 y articular la elaboración de planes de protección integral individual en concordancia con las disposiciones de la ley 26.061.

Sin embargo, a consecuencia de un recurso extraordinario interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal –el fiscal general ante la Cámara de Casación, Dr. Raúl Omar Plee–, el 18 de marzo de 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió formalmente el recurso de queja deducido por el fiscal y ordenó la suspensión de lo resuelto por la Cámara de Casación Penal invocando motivos de gravedad institucional, lo que para muchos permitía pronosticar la posibilidad de una sentencia adversa a los intereses de los peticionantes. Un año después de recibir la causa, el 2 de diciembre de 2008, resolvió revocar la sentencia dictada por la Cámara de Casación dejando sin efecto lo allí dispuesto⁷².

La decisión no sólo defraudó las expectativas de muchos operadores del sistema y precursores de una transformación legislativa adecuada a los estándares internacionales, sino que, indirectamente, generó el afianzamiento del caos normativo existente –ante la expresa convalidación de la norma

⁷² CSJN, “García Méndez, Emilio; Musa, Laura Cristina”, LL, 4/12/08. Para este apartado y el análisis de este pronunciamiento se hizo uso de producciones anteriores; en concreto, puede verse CRIVELLI, Ezequiel, “¿Un pronunciamiento a la altura de los tiempos? Nota al fallo ‘García Méndez, E.; Musa, L. C.’ de la CSJN”, en www.eldial.com.ar, diciembre 19 de 2008. En sentido similar, GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan F., “El diálogo de la liberación. La Corte y el caso García Méndez”, en Pitlevnik, Leonardo G., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 149-182. FUNDACIÓN SUR, “La Corte Suprema legitima la privación de libertad de personas menores de edad”, www.surargentina.org.ar.

cuya constitucionalidad se cuestionaba– y una sensación de incertidumbre acerca del modo de interpretar el aún vigente régimen penal de la minoridad.

Por otra parte, generó un reclamo internacional contra el Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por los accionantes. La petición se encuentra motivada en la subsistencia de la situación de vulneración de derechos expresamente reconocidos en los instrumentos internacionales, encontrándose pendiente de resolución a pesar de haberse concretado instancias de solución amistosa del conflicto⁷³.

• Los fundamentos de la Corte para eludir la declaración de inconstitucionalidad y legitimar la privación de libertad de niños y adolescentes no punibles:

Los argumentos más importantes empleados por la Corte para revocar la decisión de la CNCP pueden ser sintetizados en seis ideas principales:

i) *La normativa vigente en materia penal juvenil es incompatible con el sistema constitucional*

Luego de hacer referencia a la normativa internacional que rige en la materia y los antecedentes jurisprudenciales emanados del sistema interamericano de protección de derechos humanos⁷⁴, la CSJN admite, en forma expresa, que el Régimen Penal de la Minoridad argentino se encuentra en una situación de “fuerte tensión” con el “imperativo constitucional” derivado de tales instrumentos internacionales⁷⁵. Ello así toda vez que, a título de “tutela”, habilita la privación de libertad de menores “no punibles”, lo que implica nada más ni nada menos que “encierro”, es decir, privación de libertad impuesta en condiciones de similar rigurosidad que

⁷³ Véase www.surargentina.org.ar.

⁷⁴ Consids. 3° y 4°.

⁷⁵ Consid. 5°.

CSJN
García Méndez
& Musa

la aplicada en el sistema penal de adultos. Señala, además, que dicha tensión se manifiesta de dos formas principales. En primer lugar, a través del evidente “retaceo” de los principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y en segundo lugar en la subsistencia de la doctrina de la “situación irregular” en la que se basa el régimen de la ley 22.278/22.803, en especial, el art. 1, en sus párrafos segundo, tercero y cuarto⁷⁶.

Este razonamiento no constituye un avance argumental por cuanto, como se indicaba precedentemente, desde hace tiempo se cuestiona a nivel doctrinario la constitucionalidad de este cuerpo normativo, existiendo a nivel nacional y provincial antecedentes jurisprudenciales que, con mejores fundamentos, han declarado en forma expresa la incompatibilidad del sistema penal juvenil argentino con el bloque federal de constitucionalidad.

Por otra parte, la Corte tuvo oportunidad de realizar un análisis crítico similar en el caso “Maldonado”⁷⁷, donde expresamente cuestionó la compatibilidad del Régimen Penal de la Minoridad con el sistema constitucional, haciendo referencia específica a la doctrina de la situación irregular y los problemas que la misma plantea en relación a los estándares internacionales en la materia. También se pronunció, más recientemente, en “L., L. A.”, donde sostuvo que “en lo que respecta a la situación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionaliza-

⁷⁶ Consid. 5°.

⁷⁷ CSJN, “M., D. E. y otro”, 17/12/05, LL, 2006-C-288, con nota de María Angélica Coma Ojeda; LL, 2006-B-80, con nota de Fabio H. Procajlo. Un análisis crítico de este precedente puede verse en DIVITO, Mauro A., “El fallo ‘M., D. E.’. ¿Cómo se aplica la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño?”, en Pitlevnik, Leonardo G., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sumario y análisis de fallos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 36-81.

ción de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución”⁷⁸.

ii) No es posible declarar la inconstitucionalidad de esta norma, pues ello implicaría inmiscuirse en competencias que son ajenas a la función judicial

Es decir, a pesar de reconocer e insistir en algo que podría calificarse como una premisa incuestionable, en cuanto a que el art. 1 del Régimen Penal de la Minoridad argentino (en sus párrafos 2, 3 y 4) no logra traspasar filtro de constitucionalidad alguno, la CSJN sostiene que no corresponde dictar sentencias que, con carácter general, deroguen disposiciones vigentes en la materia. Que no le concierne implementar “por vía pretoriana” una especie de régimen legal sustitutivo en la materia, pues ello implicaría invadir competencias propias de otros poderes del Estado⁷⁹.

Con estos fundamentos, la Corte Federal revoca el fallo de la CNCP y esquivia, en definitiva, pronunciarse acerca de la constitucionalidad del art. 1 del Régimen Penal de la Minoridad. Lo más llamativo es que, luego de soslayar una cuestión tan elemental desde el punto de vista jurídico, retoma el argumento inicial, es decir, insiste en que este sistema no es compatible con la Constitución y exhorta al Poder Legislativo a que, en un “plazo razonable”, adecue la legislación a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos⁸⁰.

En definitiva, se trata de una línea argumental que no responde a los principios de la lógica. Si una norma jurídica—como el art. 1 del RPM— es inconstitucional, es obligación de los órganos judiciales así declararlo, porque no son sino

⁷⁸ CSJN, “L., L. A.”, LL, 15/2/08, p. 6; LL, 2008-A-559; DJ, 16/4/08, p. 995; DJ, 2008-I-995.

⁷⁹ Consid. 6°.

⁸⁰ Consid. 7°.

ellos los principales responsables de velar por el respeto de la Constitución nacional.

Por otra parte, el alto Tribunal no ha tenido objeción alguna en declarar la inconstitucionalidad de diversos dispositivos legales o, incluso, de anteponer el respeto de las garantías constitucionales a cualquier interpretación legal que pretenda su avasallamiento, reivindicando en reiteradas oportunidades la importancia de respetar y aplicar en forma directa los tratados internacionales de derechos humanos. Uno de esos casos es sin duda "Gramajo"⁸¹, donde la Corte Federal, refiriéndose a la constitucionalidad del art. 52 del Código Penal, consideró que "ninguna pena por el hecho de imponerse con relativa indeterminación temporal y privársela de algunos beneficios ordinarios deja de ser pena". Que "aun cuando existiese una pena encubierta legislativamente bajo la denominación 'medida de seguridad', no por ello perdería su naturaleza de 'pena' y cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional".

También hizo referencia a la privación de libertad de personas menores de edad en el caso "Verbitsky"⁸², donde refiriéndose a la detención de adolescentes en establecimientos policiales, sostuvo que tales prácticas son susceptibles de configurar un trato cruel, inhumano o degradante y generar responsabilidad internacional del Estado nacional. Aseveró, además, que es conocido "el efecto reproductor que tiene la institucionalización de menores, además de responder a una ideología tutelar incompatible con la normativa internacional vigente".

Mediante un rápido y sencillo razonamiento analógico podrían ser aplicadas estas conclusiones a las medidas pri-

⁸¹ CSJN, "Gramajo, Marcelo E.", Sup. Penal 2006 (septiembre), p. 65; DJ, 25/10/06, p. 547, con nota de Adrián Norberto Martín.

⁸² CSJN, "Verbitsky, Horacio", LL, 2005-E-39, con nota de Daniel Alberto Sabsay; LL, 2005-D-534, con nota de Marceia I. Basterra; Pedro M. Lorenti (h.); LL, 2005-C-439, con nota de Roberto José Boico.

vativas de libertad que a título de "protección" o "tutela" se imponen a niños y adolescentes no punibles. Sin embargo, la Corte evita profundizar en estos aspectos, diluyendo de esa forma el objeto principal de lo que originariamente se cuestionaba en la acción de hábeas corpus interpuesta.

iii) Está vedado a los órganos judiciales dictar sentencias con carácter de "norma general"

Aparentemente, no se advirtió que la sentencia de la Sala III de la CNCP no derogaba en términos generales el Régimen Penal de la Minoridad de manera alguna, ni pretendía tampoco sustituirlo por un sistema diferente. Es que no sólo estaba impedida constitucionalmente para ello sino que, además, su jurisdicción se encontraba limitada por los motivos del recurso interpuesto. Es decir, lo que se cuestionaba, en definitiva, era la situación de privación de libertad en la que se encontraba un número limitado de niños y adolescentes acusados de haber cometido hechos ilícitos antes de cumplir los dieciséis años de edad. En otras palabras, se discutía la *legitimidad del encierro* de estos niños, lo que necesariamente generaba la necesidad de analizar la validez constitucional del dispositivo legal que lo habilita, es decir, el segundo y tercer párrafo del artículo primero del Régimen Penal de la Minoridad.

Existen muchos aspectos de la ley 22.278/22.803 que estaban fuera de discusión. Es decir, no se cuestionaba, por ejemplo, la facultad de disposición que el art. 2 atribuye a los jueces con respecto a los menores "punibles". Tampoco se discutía la remisión *in totum* que la ley establece al Código Penal de adultos, respecto de las consecuencias jurídicas (marcos penales) aplicables a los menores pasibles de sanción penal. No se debatía tampoco el régimen de ejecución de las penas impuestas a estos menores, que no difieren en nada del régimen de ejecución de la pena aplicada a personas mayores de edad. Única y exclusivamente se denunciaba la evidente ilegitimidad y arbitrariedad que implica la prisionización de niños a quienes se les atribuyen conductas *penalmente irrelevantes*. La Cámara Nacional de Casación Penal se limitó en

su sentencia a tratar pura y exclusivamente este aspecto de la ley, sosteniendo que dicha atribución implica la violación de principios y garantías procesales y sustanciales elementales, tales como los principios de culpabilidad, de legalidad, de inocencia, de mínima intervención, entre otros, temas sobre los que la Corte llamativamente omite pronunciarse.

iv) La liberación de estos niños no remediará el problema sino que, por el contrario, implicará colocarlos en una situación de mayor vulneración de sus derechos

En el fallo se expresa que no sólo se trata de desaprobado aquellas leyes que se encuentren en pugna con los principios y libertades consagrados en el sistema constitucional, sino también de establecer, simultáneamente, políticas públicas enderezadas a garantizar el pleno goce de tales derechos. Se sostiene que “tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general –como la apelada– que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y –eventualmente– en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger”⁸³.

En otras palabras, la Corte pretende señalar que la declaración de inconstitucionalidad de las normas que habilitan el encierro de niñas, niños y adolescentes “no punibles” no solucionará el problema de fondo, es decir, no restablecerá a los mismos en el goce de sus derechos políticos, sociales y económicos, sino que, por el contrario, se acentuará su situación de riesgo o vulnerabilidad.

Aunque no lo diga, es evidente que la declaración de inconstitucionalidad de tales normas lograría, al menos, el respeto del derecho a la libertad y demás garantías procesales y constitucionales básicas cuya violación es consecuencia inmediata. Sin embargo, el alto Tribunal deja entrever que la recuperación de la libertad de estos niños y adolescentes

⁸³ Consid. 6°.

podría colocarlos en una situación de mayor peligro. Por lo que, previo a ello, el Poder Ejecutivo debería implementar políticas públicas integrales “en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación”⁸⁴.

Llegado a este punto podría afirmarse que la Corte, con el objeto de justificar medidas privativas de libertad impuestas a niñas, niños y adolescentes que han cometido hechos penalmente irrelevantes, edifica un argumento basado en el *reciclaje* de los andamios ideológicos sobre los que se construía la doctrina de la situación irregular. Es decir, se reutilizan las ideas del modelo tutelar o paternalista en términos afines: el encierro de estos niños es realizado por su bien; se trata de una forma de protegerlos, de salvarlos, de tratar aquellos padecimientos que los aquejan; no consiste en privación de libertad, en un mal o castigo, sino en “medidas” orientadas a su protección integral.

Este discurso exime a la Corte de cualquier argumentación acerca de las garantías constitucionales vulneradas. En efecto, la lógica de las garantías sólo tiene sentido en un sistema donde se aplican sanciones (penas), no en aquellos en que todo está orientado a “salvar” y “proteger” a sus destinatarios por más que implique, en los hechos, privación de libertad.

v) Corresponde al Poder Legislativo adecuar la legislación interna a los estándares internacionales en un “plazo razonable”

El fallo rescata uno de los pilares del pronunciamiento emitido por la Cámara Nacional de Casación Penal y hace hincapié en la necesidad de adecuar, en un plazo razonable, la legislación interna a los principios consagrados en los instrumentos internacionales. Puede advertirse, sin embargo, que el mencionado “plazo razonable” se encuentra absolutamente agotado, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido

⁸⁴ Consid. 6°.

desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y el hecho de que la totalidad de los países que integran la región han sustituido y adecuado sus sistemas "tutelares" de justicia penal juvenil por verdaderos sistemas de responsabilidad penal juvenil basados en la "doctrina de la protección integral".

Es innecesaria la referencia que la Corte efectúa con relación a las recomendaciones realizadas hace más de cinco años por el Comité de los Derechos del Niño (en cuanto a la necesidad de que el país adecue su legislación interna a los lineamientos internacionales), pues, en definitiva, termina otorgando al Poder Legislativo un plazo indefinido que hace tiempo dejó de ser razonable. Es aquí donde reside la diferencia fundamental con el pronunciamiento emitido por la Cámara Nacional de Casación Penal, pues ésta exhortó al Poder Legislativo a concretar esta norma en el plazo de un año, es decir, cuantificó el término en forma expresa.

Con esta declaración, la Corte no hace más que conceder una especie de moratoria legislativa carente de justificación. En otras palabras, convalida, por un lado, la absoluta ilegitimidad del sistema normativo -al eludir la declaración de su irrefutable inconstitucionalidad- y, como si esto fuera poco, gratifica a los verdaderos responsables de su adecuación con un término, al mejor estilo de los plazos procesales *ordenatorios* (que no prevén consecuencias en caso de incumplimiento) para que asuman, de una vez por todas, sus compromisos internacionales.

vi) *La ley 22.278 no debe ser interpretada en forma aislada sino en conjunto con el resto del ordenamiento jurídico*

Refiriéndose al alcance de la ley 26.061, la Corte expresa que esta ley únicamente derogó la Ley de Patronato del Estado, por lo que el Régimen Penal de la Minoridad, aún vigente, debe ser interpretado en forma sistemática con el resto del ordenamiento jurídico, del modo que mejor concilie con la Constitución nacional y los tratados internacionales que rigen la materia.

Nuevamente se advierte una grave inconsistencia en el razonamiento de los jueces que emiten el pronunciamiento. En efecto, si el Régimen Penal de la Minoridad -en tanto admite la privación de libertad de menores no punibles- se encuentra en "fuerte tensión" con los estándares constitucionales e internacionales en la materia, no hay forma de conciliarlo. Es más, el segundo y tercer párrafo del art. 1 del RPM son repugnantes no sólo al sistema constitucional en su conjunto, sino también a la misma ley 26.061, en tanto prohíbe expresamente en sus arts. 36 y 40, inc. e), la imposición de medidas de protección que consistan en la privación de la libertad.

Con este argumento termina dictándose una sentencia con carácter derogatorio, es decir, haciendo lo que la Corte considera *ab initio* incorrecto. Ello así toda vez que, según su razonamiento, la ley 26.061 no sería aplicable en este aspecto, es decir, en cuanto a la prohibición de imponer medidas privativas de libertad a menores "no punibles".

Por otra parte, la facultad de disposición que la ley 22.278/22.803 concedía a los jueces -tanto respecto a los menores "no punibles" como a los menores "punibles"- tenía como fundamento exclusivo la Ley Agote, que era la que definía los presupuestos materiales y formales de dicha disposición; esto es: el "abandono moral o material". Derogada dicha ley, que conformaba los cimientos de la norma cuestionada (el RPM), no existe forma de conciliar o pretender a toda costa la *supervivencia* de este régimen. La energía necesaria para que el aparato tutelar creado por la ley 22.278/22.803 funcionara se desvaneció con la derogación de la Ley de Patronato del Estado, con lo que es imposible intentar una especie de reajuste de esta norma.

• ¿Cómo justificar el encierro de menores no punibles?

Luego de explicar los motivos por los cuales no puede declararse la inconstitucionalidad de los dispositivos tutelares del aún vigente Régimen Penal de la Minoridad, la Corte señala que corresponde a los jueces de instancia controlar en forma

RPM
36 y 40
26.061

ve. una vez más
con la ley
penal

periódica la conveniencia de mantener el internamiento de estos niños, niñas y adolescentes. En esta inteligencia, sostiene que corresponde a dichos magistrados adoptar todas las medidas necesarias para evitar la institucionalización de los mismos, considerando las circunstancias particulares de cada uno de ellos y teniendo como horizonte su "interés superior". Ello con el objeto de evitar el efecto negativo que genera el internamiento en términos de estigmatización y criminalización⁸⁵.

Es plausible que se haga hincapié en el incuestionable efecto negativo que la privación de libertad provoca en la evolución de personas cuya característica principal es la de cursar una etapa biológica de pleno desarrollo, físico e intelectual, y en la necesidad de recurrir a alternativas orientadas a evitar a toda costa la institucionalización de los mismos. Sin embargo, el razonamiento es sumamente débil, pues deja abierta la posibilidad de recurrir al mismo en determinados supuestos. Es decir, con este discurso no sólo termina legitimándose tangencialmente la privación de libertad sino que, además, se sienta un precedente sumamente cuestionable cuyo alcance e interpretación pueden dar lugar a un sinnúmero de arbitrariedades. Ello así toda vez que, según sostiene la Corte Suprema en su sentencia, serán los jueces de instancia los encargados de evaluar la *conveniencia* de mantener o dejar sin efecto la privación de libertad de estos menores.

El estándar de "conveniencia" no estará sujeto a una disposición legal, reglamentaria del sistema constitucional, sino al libre arbitrio judicial. En los hechos, no existirá pauta o indicador normativo alguno que permita a los jueces establecer en qué supuestos corresponderá recurrir al internamiento de estos menores y en cuáles no. Ello desconoce, nuevamente, lo ordenado en forma expresa por la ley 26.061, en cuanto a la prohibición categórica de disponer medidas de protección que consistan en la privación de libertad.

⁸⁵ Consid. 12.

Sin perjuicio de que el alto Tribunal tampoco justifica en virtud de qué título jurídico deberán imponerse tales privaciones de libertad, cuestión bastante engorrosa, por cierto, tratándose de menores a quienes se les imputan conductas penalmente irrelevantes. La pregunta sería la siguiente: desde el punto de vista penal, el internamiento de un menor "no punible", ¿debe ser considerado una "medida cautelar" o una "medida de protección"?

Pues bien, si entendiéramos que se trata de "medidas cautelares" tropezaríamos con graves dificultades para fundamentar los motivos de su procedencia. En efecto, las medidas cautelares poseen naturaleza *instrumental*, es decir, sirven para salvaguardar los fines del proceso o la ejecución de la pena. En el caso de menores "no punibles", no existe ni proceso que asegurar, ni pena en expectativa que cautelar, ya que la conducta que se les atribuye es penalmente irrelevante.

Si estuviéramos convencidos de que la privación de libertad de estos niños debe ser impuesta a título de "medida tutelar" o "medida de protección", sucumbiríamos nuevamente ante el denostado "fraude o embuste de etiquetas". Ello así, toda vez que es indiscutible que el encierro de estos niños no puede ser considerado una forma de protegerlos. Como se ha indicado anteriormente, es la misma Corte quien se ha encargado de insistir en que la privación de libertad de estos niños es sumamente perjudicial y deteriorante, pues interrumpe su normal evolución, entre otros efectos palmariamente negativos.

Recapitulando: si la privación de libertad de menores "no punibles" no puede ser impuesta a título de "medida de protección", ni a título de "medida cautelar": ¿cómo justificar su imposición?

Pues bien, no puede negarse que el "encierro" cumple, en realidad, una *función* y ella es la de mitigar la *alarma o el clamor social* que produce la comisión de hechos delictivos por estos jóvenes, lo que contribuye, en cierta forma, a estabilizar las expectativas y restablecer la confianza en el sistema. Sin embargo, ésta no es función de las medidas cautelares ni de

Jueces que ignoran la "conveniencia" de la privación de libertad

¿qué función cumple el encierro?

las medidas de protección. Se trata, más bien, de uno de los fines o funciones que se asignan a la pena (prevención general positiva).

De todos modos, si así fuera, sería imposible justificarlo, pues estos menores no son punibles. A no ser que recurramos a un eufemismo, a un fraude de etiquetas, o a un argumento lo suficientemente convincente y seductor: ¿el interés superior del niño?

- Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a la privación de libertad de personas no punibles a título de "protección"

La CIDH, en el informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, se pronunció expresamente en lo atinente a esta problemática. En tal sentido, expresó su preocupación acerca de la situación de los Estados que, a pesar de haber fijado una edad mínima de responsabilidad ante el sistema de justicia juvenil, conservan vigentes normas, políticas y prácticas que habilitan la privación de libertad de niños cuya edad es inferior a la edad mínima establecida para infringir leyes penales. Refiriéndose, en concreto, a la situación normativa de la República Argentina, sostuvo: "En Argentina, por ejemplo, aunque el decreto 22.278 establece que un niño, niña o adolescente menor de 16 años no pueda ser considerado responsable por infringir leyes penales, la Comisión observa que algunos niños, niñas y adolescentes menores de 16 años son privados de libertad como medida de 'protección', en virtud de que el mismo decreto dispone en su artículo 1 que 'si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto 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'".

"Medidas como la del artículo 1 antes citado son utilizadas en distintos Estados miembros para privar de libertad a niños menores de la edad mínima para infringir las leyes penales, bajo pretexto de 'protegerlos', sin que ni siquiera se apliquen

las garantías del debido proceso de los sistemas judiciales. La Comisión reconoce que en ocasiones puede ser necesario adoptar medidas especiales con el fin de proteger el interés superior de los niños, pero ello no admite que se responsabilice o se prive de la libertad a niños antes de la edad mínima prevista para infringir las leyes penales alegando su 'protección'⁸⁶.

En refuerzo de su postura trajo a colación un pronunciamiento del Comité de los Derechos del Niño, en el que se analizó la situación de criminalización que representa este tipo de abordajes normativos e institucionales vinculados a reclamos sociales de endurecimiento de la respuesta penal para personas menores de edad que infringen normas penales⁸⁷.

- ¿Una decisión a la altura de las circunstancias?

Sin duda alguna, el fallo de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación constituye un lamentable retroceso en la evolución del sistema de justicia penal juvenil argentino. Las razones jurídicas existentes para declarar la inconstitucionalidad de las normas que habilitan la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes no punibles eran evidentes y habían sido reiteradamente invocadas y desarrolladas en diferentes ámbitos, tanto académicos como forenses. Sin embargo, la Corte eludió todo tipo de consideraciones al respecto. Evitó profundizar acerca de las garantías constitucionales comprometidas, apelando a un discurso centrado en cuestiones de oportunidad y conveniencia. Las razones invocadas para sostener la decisión no lograron sino consolidar la ilegitimidad del régimen jurídico existente o, en otras palabras, justificar el mantenimiento de normas reconocidamente inconstitucionales. Todo indica que existió temor a tomar una medida en este sentido, dado el impacto social que ello generaría en un contexto donde lo que se reclamaba no era, precisamente, un

⁸⁶ CIDH (Relatoria sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, cit., párrs. 54 y 55.

⁸⁷ Comité de los Derechos del Niño, observación general n° 10, *Los*

derecho penal juvenil mínimo sino todo lo contrario⁸⁸. Prueba de ello son las declaraciones efectuadas por los jueces que fundaron los votos principales -Dres. Eugenio R. Zaffaroni y Carmen Argibay- que permiten confirmar sin margen de hesitación alguno esta conclusión. Tales declaraciones tuvieron por objeto reforzar el argumento central, en cuanto a que la decisión tuvo la finalidad de “proteger” a los jóvenes de los peligros que podían enfrentar en la calle una vez externalizados de las instituciones en las que se encontraban privados de libertad⁸⁹. Sin embargo, la explicación brindada por los

derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 96.

⁸⁸ En el mismo sentido se expresa GONZÁLEZ BERTOMEU, *ob. cit.*, p. 182, quien califica como desacertada la decisión de la Corte, en comparación con decisiones que adoptó en otros casos que planteaban desafíos similares.

⁸⁹ En este sentido, la jueza Argibay sostuvo en el diario *La Nación* del 3/12/08 que el fallo de la Corte ayuda a proteger a los menores delincuentes del “gatillo fácil y la muerte” y que “[e]stamos en una sociedad esquizofrénica, me da miedo de que en cualquier momento haya linchamientos”, en www.lanacion.com.ar. Por su parte, el juez Zaffaroni, en PEKER, “Entrevista a Eugenio Zaffaroni”, en revista *Playboy*, n° 41 (mayo 2009), en www.saberderecho.com, al ser entrevistado se expresó en los siguientes términos:

- *Playboy*: Un planteo en la Corte Suprema pidió que liberen a chicos detenidos ilegalmente en un instituto de menores porteño. ¿Por qué la Corte no autorizó esa medida?

- *Zaffaroni*: En diciembre del año 2008 dijimos “esto es inconstitucional”, pero por razones coyunturales no lo podíamos declarar constitucional.

- *Playboy*: ¿Cuáles son las razones coyunturales para no poder declarar inconstitucional algo que sí consideran inconstitucional?

- *Zaffaroni*: Con los eslóganes que había dando vuelta, el riesgo es que se generara un gatillo fácil contra los adolescentes. Nosotros hemos tenido epidemias de gatillo fácil en 1984 y 1985 con la policía recién salida de las órdenes de (Ramón) Camps. No le puedo dar el argumento a una fuerza que yo solté cincuenta para que me maten cien, sobre todo cuando hay eslóganes políticos que pueden generar este tipo de riesgos (el destacado en bastardilla me pertenece).

magistrados -en un ámbito ajeno al jurisdiccional- tampoco logró arrojar luz sobre el tema. Ello, atento a que tampoco existe evidencia suficiente respecto a los riesgos que representa para un niño o un adolescente estar privado de libertad en un centro de internación.

Como expresa González Bertomeu: “...si la policía podía representar un peligro para ellos una vez en la calle, ¿por qué suponer que los funcionarios del propio establecimiento en los que están internados -o las condiciones de internación en general- no representan hoy ninguno?”⁹⁰. No cabe duda alguna de que tales premisas constituyen reflexiones sin mayor sustento, pues, en la sentencia, no se invoca dato empírico alguno en su respaldo, lo que indica que el pronóstico podría ser desacertado.

2.4.2. Adolescentes de dieciséis y diecisiete años de edad

La ley presume la capacidad de culpabilidad de los adolescentes comprendidos en este segmento etario, por lo que son *imputables* desde el punto de vista jurídico-penal, salvo que se compruebe a su respecto la existencia de alguna causal que excluya su responsabilidad, bajo los mismos parámetros en que operan los “elementos negativos” de la culpabilidad en el sistema de imputación común.

Sin embargo, han sido considerados *imputables relativos*, pues la imposición de pena a su respecto se encuentra condicionada a la previa verificación de tres presupuestos, contemplados en el art. 4 de la ley 22.278/22.803 a saber: 1°) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales; 2°) que haya cumplido dieciocho años de edad; 3°) que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Ahora bien, hasta la sanción de la ley 26.579 la mayoría de edad se alcanzaba, en Argentina, a los veintiún años de edad,

⁹⁰ GONZÁLEZ BERTOMEU, *ob. cit.*, pp. 170-171.

de manera que adquiriría sentido el mecanismo diagramado por la ley, por cuanto establecía la posibilidad de alongar el mentado tratamiento como forma de brindar la posibilidad de aplicar los dispositivos de oportunidad previstos, tales como la atenuación de pena o, incluso, la eximición de sanción a través de la prórroga de la intervención tutelar. Asimismo, era factible, en la generalidad de los casos, la realización del tratamiento tutelar por el plazo señalado en la norma (un año), por cuanto aun en aquellos supuestos en los que el delito era cometido por un joven de diecisiete años y once meses la mayoría de edad no se alcanzaba a los dieciocho sino a los veintiún años de edad.

Con la entrada en vigor de la ley 26.579 se modifica el art. 126 del Código Civil argentino estableciéndose la mayoría de edad a los dieciocho años en forma concordante con los estándares internacionales en la materia y la legislación nacional y provincial de protección de derechos de la infancia. Como se analizará con mayor exhaustividad al momento de describir el régimen de consecuencias jurídicas, si bien esta norma constituye un avance en lo que respecta a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico, ha traído aparejadas serias dificultades de interpretación y aplicación respecto de los requisitos establecidos en el art. 4 de la ley 22.278/22.803 al haber tornado impracticables, en un gran número de supuestos, las alternativas en él contempladas. La encrucijada es de tal entidad que ha llevado a algunos tribunales a la declaración de inconstitucionalidad de esta norma (art. 4, ley 22.278/22.803) agravándose la situación de incertidumbre e inseguridad jurídica existente en la materia.

2.4.2.1. La privación de libertad de adolescentes punibles previa al dictado de una sentencia de condena: ¿medida de protección, medida cautelar o adelanto de pena?

Con relación a los jóvenes comprendidos en esta franja etaria, el régimen penal de la minoridad prevé que la autoridad judicial podrá también “disponer” de los mismos durante la tramitación del respectivo proceso, a fin de posibilitar el cum-

plimiento de las condiciones establecidas en el citado art. 4. Por su parte, el párrafo siguiente establece que “*cualquiera sea el resultado de la causa*, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro moral o material o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”. Es decir, podría presentarse el caso de que el joven fuera absuelto en el proceso penal seguido en su contra pero que, igualmente, se considere conveniente en atención a su “*situación irregular*” mantener las medidas tutelares oportunamente impuestas.

Al igual que con respecto a los menores inimputables, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, denunciando la incompatibilidad de esta posibilidad de disposición provisional y definitiva con el plexo normativo constitucional. Es decir, se ha entendido que cualquier privación de libertad de menores imputables o punibles, previa a la sentencia que declare su responsabilidad penal, sólo puede ser justificada a título *cautelar*, pues, de lo contrario, estaría habilitándose un adelanto de pena repugnante a los más elementales principios sustanciales y procesales. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con los menores inimputables, existe expectativa de pena, por lo que cobra sentido la necesidad de asegurar los fines del proceso. En consecuencia, las limitaciones a la libertad individual solamente estarían justificadas si lo que se pretende es neutralizar un peligro procesal (de fuga o entorpecimiento probatorio), sin perjuicio de que deban ser respetados los demás principios que rigen en materia de coerción personal, tales como los de *excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad, mérito probatorio, limitación temporal*, etcétera.

Así se sostuvo en el caso “*Famoso*”⁹¹ donde la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

⁹¹ CNCrim. y Corr., Sala I, 17/3/04, “Famoso, E. y otro”, LL, 2004-D-194, LL, 2004-D-809, DJ, 1/9/04, p. 9, con nota de Verónica I. Gigante - Colección de Análisis Jurisprudencial, Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal - Andrés José D’Alessio, p. 204.

se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de las medidas limitativas de la libertad en el proceso penal seguido contra estos adolescentes, entendiendo que los principios constitucionales que limitan la imposición y el mantenimiento de las medidas de coerción personal en el proceso penal "rigen independientemente de la edad de la persona sometida a proceso".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Maldonado*, expresó que una característica "no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares". Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la "libertad ambulatoria", aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otra forma de privación de libertad aparecen como innecesarias".

En el mismo sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario *C. F., M. R. s/ recurso de inaplicabilidad de la ley*⁹² juzgó que la limitación de la libertad previa a la sentencia declarativa de condena debía ser equiparada a la prisión preventiva y, por ende, tomada en cuenta a los efectos del cómputo que prevé la ley 24390, reguladora de los límites temporales del encarcelamiento preventivo.

Cabe destacar, sin embargo, que algunas legislaciones locales regulan en forma expresa la privación de libertad de

⁹² CNCP, en pleno, "C. F., M. R.", 26/6/06, comentado por SOLARI, Néstor, "Un plenario de la Casación Penal sobre la ley 24.390 y su aplicación a las medidas de internación dispuestas sobre menores sometidos a proceso penal", *LexisNexis*, 35003567.

personas menores de edad durante la tramitación del proceso penal a título cautelar. Es el caso, por ejemplo, del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el que se prevé la prisión preventiva como medida cautelar, cuya imposición responde a presupuestos análogos a los previstos en el proceso penal de adultos, no pudiendo prolongarse más allá de los sesenta días corridos (arts. 49 a 52, ley 2451). Sobre la base de este marco normativo la cuestión adquiere otra perspectiva, pues, evidentemente, la naturaleza de esta medida es eminentemente cautelar, condicionándose su ejecución a la existencia de establecimientos especiales⁹³.

2.4.3. Jóvenes entre dieciocho y veintiún años (*jóvenes adultos*)

A partir de los dieciocho años de edad cobra plena vigencia el Derecho penal ordinario, por lo que ya no son aplicables las previsiones del art. 4 de la ley 22.278/22.803 en cuanto a la posibilidad de disponer una atenuación o eximición de pena. Los jóvenes comprendidos en esta franja están sometidos a un régimen especial en lo que respecta a la ejecución de las sanciones impuestas exclusivamente. En este sentido, el art. 6 de la ley 22.278/22.803 establece: "Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos".

⁹³ El art. 85 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 2451) establece: "Los centros especializados, deben funcionar en locales adecuados, con personal capacitado en el área social, pedagógica y legal. La escolarización, la capacitación profesional y la recreación, son obligatorias en dichos centros, donde también se prestará especial atención al grupo familiar de la persona menor privada de la libertad, con el objeto de conservar y fomentar los vínculos familiares y su reinserción a su familia y a la sociedad. Los centros especializados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad deben contar con un grupo interdisciplinario de profesionales especializados...".

En forma concordante con esta disposición el artículo 10 dispone:

“La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el artículo 6”.

Por su parte, la ley 24.660, de 17 de julio de 1996, reguladora de la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, reglamenta en forma específica esta cuestión, al establecer bajo el título “Jóvenes adultos”: “Los jóvenes adultos de dieciocho a veintiún años deberán ser alojados en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos. En su tratamiento se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación y en el mantenimiento de los vínculos familiares” (art. 197).

“Excepcionalmente y mediando los informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, quienes hayan cumplido veintiún años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir veinticinco años. Luego serán trasladados a un establecimiento para adultos” (art. 198).

Claramente puede advertirse que no existen diferencias significativas entre la condición jurídica de un menor comprendido en esta franja etaria y un adulto. Diferencias que, dicho sea de paso, se anulan si prestamos atención al abismo que separa lo estipulado por la ley y las condiciones de los centros donde estos jóvenes se encuentran alojados.

2.5. Consecuencias jurídicas

2.5.1. La inexistencia de un sistema jurídico diferenciado

A diferencia de la mayoría de los modelos de responsabilidad penal juvenil actualmente vigentes tanto en Europa como en Latinoamérica, en el sistema tutelar argentino no existe un catálogo flexible y diferenciado de sanciones a imponer como consecuencia de la comisión, por parte de un adolescente, de un hecho delictivo. Por el contrario, el siste-

ma resulta también, en este sentido, accesorio al Código Penal; no sólo en lo que respecta a los marcos o escalas penales propiamente dichos, sino también en lo que atañe al régimen de ejecución de las penas impuestas bajo tales condiciones.

En consecuencia, los adolescentes punibles (16 y 17 años de edad) son pasibles de las mismas penas previstas en el Derecho penal de adultos, dejándose a salvo la posibilidad de una *atenuación* conforme al marco penal establecido por el Código Penal para el delito tentado o, incluso, la posibilidad de eximir de pena en ciertos casos y bajo determinados presupuestos, conforme a lo normado por el art. 4 del Régimen Penal de la Minoridad.

En efecto, como se señalaba anteriormente, la imposición de pena en el caso de los menores imputables o punibles se encuentra condicionada al cumplimiento de tres presupuestos: a) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere; b) que haya cumplido dieciocho años de edad; c) que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos tales recaudos, la autoridad judicial está en condiciones de decidir el *si* y el *cómo* de la imposición de pena. Es decir, puede juzgar si corresponde *imponer* o *no imponer* sanción penal. En caso afirmativo posee, además, la facultad de aplicar una pena idéntica a la contemplada para las personas mayores de edad, es decir, con su mismo rigor y severidad o, por el contrario, aplicar una sanción *mitigada*, sobre la base de lo establecido por el Código Penal para el delito en grado de conato.

Este mecanismo *sui generis* da lugar a que, en la mayoría de los supuestos, la decisión acerca de la imposición de pena quede *suspendida* hasta tanto se cumpla el resto de los requisitos enunciados. Es decir, sólo en casos excepcionales se cumplen los tres presupuestos simultáneamente (sentencia declarativa de responsabilidad, edad mínima y año de tratamiento), con lo que, como señala Viñas, por regla general el juez se ve en la necesidad de “emitir un veredicto de cul-

*Excepción
Algunos
50 años*

pabilidad y *guardar en el cajón* la sentencia de condena a las resultas del tratamiento tutelar”⁹⁴.

La amplitud de tales prerrogativas, a la hora de decidir la imposición de pena, se encuentra orientada por pautas sugeridas en el texto legal, tales como: “las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez”. Sin embargo, es evidente su falta de precisión, lo que da lugar a un amplio margen de discrecionalidad que impide motivar legítimamente una cuestión tan trascendente.

Por regla general, la variable más tenida en cuenta es la relacionada con el “tratamiento tutelar”, cuyo resultado *negativo* o *positivo* determinará la necesidad de imponer pena o no. Ahora bien, la ley no brinda precisión alguna respecto de lo que debe considerarse *positivo* o *negativo* en el devenir de dicho tratamiento, por lo que la cuestión queda sometida al libre arbitrio judicial. La palabra empleada da la pauta, por otra parte, de la ideología en la que se inspira el modelo –positivismo criminológico y correccionalismo–, pues, generalmente, a quienes padecen una enfermedad se les aplica un “tratamiento” que obviamente puede equivaler, en caso de gravedad, a la *internación*. La intervención estatal acorde a dicho tratamiento –que nunca constituye un mal sino un *bien*– será eficaz en la medida en que la enfermedad se cure. Si ello no ocurre o el paciente (niño) recae, habrá que prolongar el tratamiento hasta la mayoría de edad en tanto que, si la dolencia es incurable, habrá que aplicar un remedio diferente, pero con efectos colaterales irreversibles: la pena privativa de libertad.

Puede afirmarse, entonces, que supeditar la eximición o imposición de pena al resultado del mencionado “tratamiento tutelar” resulta ilegítimo y, en la mayoría de los casos, jurídicamente imposible. A continuación, se desarrollarán los motivos por los cuales el sistema de consecuencias jurídicas que

⁹⁴ VIÑAS, *Delincuencia juvenil...* cit., p. 325.

prevé el régimen penal de la minoridad argentino resulta, a todas luces, incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en materia de justicia penal de niños y adolescentes.

2.5.2. Los estándares internacionales. Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La interpretación armónica y sistemática de lo normado por los instrumentos internacionales, así como los pronunciamientos emitidos por los organismos que conforman el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, permiten delinear las pautas y exigencias que el derecho interno debería respetar en cuanto a las consecuencias jurídicas aplicables por hechos cometidos por niñas, niños y adolescentes. No debe soslayarse que tales normas; en especial, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, han sido consideradas en forma unánime un *corpus juris* internacional en materia de justicia penal juvenil.

Pues bien, la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo pertinente, dispone en el art. 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, sobre el particular, establece:

Art. 37 (a): “Ningún niño será 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”.

Art. 40.1: “Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue ha infringido las leyes penales o 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”.

Art. 40.3: “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 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”.

Art. 40.4: “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”.

Por su parte, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que la decisión de las autoridades competentes, al momento de dictar sentencia o imponer una sanción deberá ajustarse a los siguientes principios:

Regla 17.1:

”a) La respuesta que se dé al delito sea 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 la 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”.

Regla 19: “El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

Sobre la base de este cuerpo normativo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas oportunidades señalando que, en el derecho internacional, existe una clara tendencia a brindar a las niñas, niños y adolescentes una protección de mayor eficacia que a los adultos y a establecer una limitación o restricción sustancial del *ius puniendi*⁹⁵. Es decir, ha valorado positivamente la actividad legislativa -consolidada en materia de derechos de la niñez y adolescencia- a procurar que las penas que importan graves restricciones sean limitadas únicamente a las infracciones más graves. Por otra parte, ha insistido en la necesidad de que las legislaciones en materia penal juvenil prevean formas de sanción distintas a la reclusión o privación de libertad⁹⁶. En particular, ha sostenido que los Estados poseen el deber de respetar un estándar especialmente alto en todo lo relacionado con la garantía y protección de los derechos humanos de la niñez, exigencia que surge de lo normado por el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en toda sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos⁹⁷.

⁹⁵ CIDH, Informe n° 41/99, caso 11.491, Fondo, Menores Detenidos (Honduras), 10 de marzo de 1999, párr. 113.

⁹⁶ CIDH, Informe n° 41/99, caso 11.491, Fondo, Menores Detenidos (Honduras), 10 de marzo de 1999, párr. 117.

⁹⁷ CIDH, Informe n° 33/04, caso 11.634, Fondo, Jailton Fonseca (Brasil), 11 de marzo de 2004, párr. 80.

CIDH
Desjustic

Rob. Zeigler

Ultima
Katie

Comisión

En lo que atañe a la finalidad que debe orientar la imposición de sanciones por infracciones cometidas por niñas, niños y adolescentes, la Comisión Interamericana ha expresado que el art. 19 de la Convención Americana y el art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece obligaciones particulares de "garantizar el bienestar de los delincuentes juveniles y empeñarse en su rehabilitación"⁹⁸. Asimismo, ha entendido que la intervención estatal respecto de delitos cometidos por personas menores de edad debe estar orientada a garantizar su rehabilitación a fin de permitirles el desempeño de un papel constructivo y productivo en la sociedad.

Paralelamente, el Comité de los Derechos del Niño ha proclamado que "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"⁹⁹.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en su Cuarto Informe Periódico, remarcó la necesidad de que la República Argentina adopte las medidas necesarias para establecer un régimen penal juvenil respetuoso de los derechos protegidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales en la materia, haciendo hincapié en el respeto de principios tales como "el derecho a recibir un trato que promueva su integración en la sociedad, la utilización de la detención y el encarcelamiento preventivo tan sólo como medidas de último recurso, el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos penales que

de intervención

Culpabilidad disminuida

Comité de DH's

garantías juveniles

⁹⁸ CIDH, Informe n° 62/02, caso 12.285, Fondo, Michael Domingues (Estados Unidos), 22 de octubre de 2002, párr. 83.

⁹⁹ Comité de los Derechos del Niño, observación general n° 10 (2007), *Los derechos del niño en la Justicia de Menores*, párr. 10.

les conciernen y el derecho a contar con una asistencia jurídica apropiada". Entre las recomendaciones al Estado argentino, puso de manifiesto su preocupación frente a las "graves deficiencias en el funcionamiento de las instituciones donde se encuentran alojados niños privados de libertad, incluidas situaciones de sanciones colectivas y encierro absoluto, así como respecto del actual régimen penal juvenil, el cual, entre otros, hace uso exclusivo del internamiento y no garantiza una asistencia jurídica adecuada de los menores en conflicto con la ley"¹⁰⁰.

Por último, no puede soslayarse el criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la conocida opinión consultiva 17, donde sostuvo que "las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales [que conforman el fuero penal juvenil] así como en la naturaleza de las medidas que ellos puedan adoptar"¹⁰¹.

También subrayó que las medidas especiales de protección se fundamentan en la situación especial en la que se encuentran los niños, concretamente, en su mayor debilidad, inmadurez e inexperiencia¹⁰². En consecuencia, sostuvo que los niños son titulares tanto de los derechos humanos que corresponden a todas las personas como de aquellos derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado¹⁰³.

La Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, perteneciente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, instó

¹⁰⁰ Comité de Derechos Humanos, Cuarto Informe Periódico de Argentina, 22/3/10, *LL Online*, AR/JUR/35651/2010, párr. 23.

¹⁰¹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A n° 17, párr. 137.

¹⁰² *Ibid.*, párr. 60.

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 62.

Primeros de los niños

CDH OC 17

unip.

felebrino

a los Estados a agotar sus esfuerzos para hacer realidad el principio de excepcionalidad que debe regir en toda la justicia penal juvenil, especialmente, en lo que respecta a la aplicación de sanciones a niños que han sido encontrados responsables de infringir las leyes penales. En concreto, recomendó a los Estados la adopción de regulaciones “que tiendan a limitar la discrecionalidad de los juzgadores en la imposición de sanciones penales y especialmente penas privativas de la libertad conforme al principio de excepcionalidad, ya sea a través de la regulación de edades mínimas para la privación de libertad o a través de grupos etarios diferenciando el máximo de pena privativa de la libertad que les podría ser aplicada a los niños dependiendo de su edad, siempre y cuando las penas privativas de la libertad máximas sean muy breves”¹⁰⁴.

Además, sostuvo que las penas excesivamente largas en el caso de personas menores de edad atentan contra el principio de brevedad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y contra las protecciones especiales a las cuales los Estados se encuentran comprometidos de conformidad con el art. 19 de la Convención Americana y del art. VII de la Declaración Americana. Ello sin perjuicio de que resultan contrarias e incompatibles con los objetivos de las penas de la justicia juvenil¹⁰⁵. En esta inteligencia exhorta a los Estados a establecer en sus legislaciones una duración máxima de las penas que pueden imponerse a los niños responsables de infringir leyes penales y a garantizar que esa duración sea acorde con la particularidad de los niños en tanto sujetos de desarrollo y reconozca que los efectos negativos de la

¹⁰⁴ CIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, 13 de julio de 2011, párr. 349.

¹⁰⁵ CIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, 13 de julio de 2011, párr. 370.

privación de la libertad son aún más evidentes en los niños. Recomienda, asimismo, abolir la pena de muerte y la pena de prisión perpetua para personas menores de edad¹⁰⁶.

Señala que la exigencia relativa a que las sanciones privativas de libertad constituyan medidas de último recurso y durante el periodo más breve posible implica que los Estados implementen dispositivos que permitan la revisión periódica de tales medidas. De manera que, si las circunstancias han cambiado y no es necesario su mantenimiento, es deber de los Estados ponerlos en libertad aun cuando no hayan cumplido el período previsto en la pena de privación de libertad establecida para cada caso concreto, para lo cual deben prevverse programas de libertad anticipada¹⁰⁷.

2.5.3. La incompatibilidad del sistema jurídico argentino con los estándares internacionales en materia penal juvenil

Es evidente que el sistema de consecuencias jurídicas previsto en el régimen penal de la minoridad argentino es incompatible con las pautas normativas internacionales mencionadas. Ello por cuanto, como se indicaba precedentemente, tanto los tipos penales, las penas previstas para cada uno de ellos y la ejecución de las mismas se encuentran reguladas por el Código Penal de la Nación. Es decir, el sistema penal juvenil regulado por la ley 22.278/22.803 remite a la normativa aplicable a los adultos en lo que atañe a la determinación de las penas, así como también en cuanto a las modalidades de cumplimiento de las mismas.

En este orden, la posibilidad de atenuación o eximición de pena que prevé el art. 4 del Régimen Penal de la Minoridad no

¹⁰⁶ CIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, 13 de julio de 2011, párr. 371.

¹⁰⁷ CIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, 13 de julio de 2011, párr. 372.

logra superar este escollo, pues no aparece regulada como un verdadero *derecho constitucional* cuyo respeto pueda exigir el niño, sino como un *premio o recompensa* a cambio de su "saludable" comportamiento. Si el menor no demuestra haberse hecho merecedor de este beneficio, queda habilitada la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad idéntica a las que se encuentran previstas en el Código Penal y en su máxima extensión temporal. Es decir, las posibilidades están reguladas en términos facultativos, lo que significa que no son obligatorias.

Aquí se advierte, incluso, una diferencia sustancial con el derogado sistema tutelar español, a pesar de la ideología paternalista a la que este último respondía. El Código Penal español del año 1973 establecía en su art. 64 que "al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho *se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley...*" (el destacado me pertenece). Es decir, la mitigación de la pena "en un grado" era *obligatoria*, como entendió en forma unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia¹⁰⁸. En este sentido, el Tribunal Supremo español sostuvo en forma reiterada que "la rebaja en un grado de la pena correspondiente al delito cometido, es preceptiva y obligatoria, mientras que el descenso en dos grados, es discrecional y potestativo, mera facultad, pues, de los Tribunales de instancia"¹⁰⁹. Que la finalidad de la atenuante consistía en el "beneficio de la juventud, para mejor proteger a quienes incurrían en infracciones que la ley tipifica como delitos en épocas en las que ha de entenderse que aún no se ha alcanzado la plena madurez. Tal finalidad legal de protección al menor exige que la interpretación de estas normas penales haya de hacerse siempre con un criterio

¹⁰⁸ Véase, por todos, CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores...* cit., pp. 223-226.

¹⁰⁹ En el mismo sentido; SSTS de 25 de abril de 1975; 22 de marzo de 1976; 13 de diciembre de 1979; 18 de marzo de 1980; 29 de noviembre de 1985; 28 de septiembre de 1993; 2 de noviembre de 1994; 26 de febrero de 1996; 5 de febrero, 2 de abril, 15 y 24 de junio de 1998.

favorable a la extensión de la excusación o de la atenuación de la responsabilidad, en definitiva, en beneficio del reo"¹¹⁰. Se entendió, además, que la disminución en uno o dos grados debía ser debidamente motivada en la sentencia con la finalidad de evitar la arbitrariedad judicial¹¹¹.

Pues bien; evidentemente, la disminución de pena que el Régimen Penal de la Minoridad argentino prevé en su art. 4 no ha sido interpretada de este modo. Por el contrario, se ha entendido que el mencionado artículo faculta a los jueces a imponer, en determinados supuestos, el máximo de pena previsto en el Código Penal de adultos. Este sombrío mecanismo ha llevado a sostener acertadamente que, en realidad, la mayoría de edad penal en el Régimen Penal de Menores argentino no se alcanza a los dieciocho años sino a los dieciséis, pues a partir de esa edad se aplica un sistema que no difiere en nada del Derecho penal de adultos. Al decir de Beloff¹¹², un sistema "que permite condenar como adultos a niños".

En síntesis, existe una total ausencia de parámetros especiales en lo que respecta a la aplicación de sanciones penales a adolescentes, particularmente en las consecuencias jurídicas de mayor injerencia; esto es, las que implican privación de libertad. La situación se agrava sustancialmente ante la inexistencia de un sistema especial de ejecución, por cuanto la posibilidad de revisar o modificar las modalidades de cumplimiento de tales penas se rige también por lo normado por el Código Penal de adultos y, en concreto, por la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad. Adviértase, a modo de ejemplo, que de acuerdo a las últimas reformas introducidas en tales cuerpos normativos, la libertad condicional puede ser concedida, en los casos de prisión o reclusión perpetua,

¹¹⁰ STS de 24 de septiembre de 1992.

¹¹¹ STS de 24 de junio de 1998.

¹¹² BELOFF, Mary, "Constitución y derechos del niño", en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, pp. 793-794.

recién transcurridos treinta y cinco años de cumplimiento de la pena principal. Ello, sin perjuicio de las excepciones a las modalidades de ejecución previstas en el art. 56 bis de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad en el caso de determinados delitos (homicidio *crimínis causa*, art. 80, inc. 7, CP; delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la persona ofendida, art. 124; privación ilegal de la libertad coactiva, art. 142 bis, penúltimo párrafo, CP; homicidio en ocasión de robo, art. 165 CP; secuestro extorsivo si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, art. 170, penúltimo párrafo, CP) en los que la ley prohíbe el otorgamiento de los beneficios comprendidos en el período de prueba y los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos originariamente para personas adultas en los arts. 35, 54 y concordantes de la ley 24.660. Aún más, la libertad condicional –última fase del período de ejecución de la pena privativa de libertad– no puede ser concedida respecto de personas condenadas por los ilícitos enumerados precedentemente según expresa disposición del art. 14 del Código Penal.

Esto quiere decir que si una persona es condenada por un hecho de tales características, cometido antes de los dieciocho años de edad, no podría acceder ni siquiera a la libertad condicional debiendo cumplir en forma íntegra la condena impuesta en un establecimiento penitenciario. A este respecto, vale aclarar que no existen reglas especiales que permitan la *sustitución* de sanciones penales impuestas por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, tal como se prevé en el sistema de responsabilidad penal juvenil español para aquellos supuestos en los que se comprueba una evolución favorable por parte del joven. Tampoco existen normas específicas que regulen los supuestos de pluralidad de sanciones de manera tal que, en caso de concurso real o material, es decir, de concurrencia de varios hechos ilícitos independientes, es aplicable el art. 55 del Código Penal de la Nación, que impone la sumatoria o acumulación aritmética de las penas máximas correspondientes a cada uno de los hechos, adición que puede alcanzar los cincuenta años.

Marcos penales de semejantes características resultan absolutamente incompatibles con los derechos consagrados en los instrumentos internacionales que integran el sistema constitucional, pues, en ellos, se prevé la aplicación de la pena privativa de libertad como medida de *último recurso* y *por el tiempo más breve posible*, debiendo explorarse alternativas y analizar las circunstancias particulares que en cada caso hagan necesaria la aplicación de esta sanción y no otra menos gravosa.

En el actual sistema penal juvenil argentino no existe otro tipo de pena que la privativa de libertad. A diferencia del sistema de responsabilidad penal juvenil español, no existe la posibilidad de condenar a un adolescente a reparar el daño causado, la realización de tareas socioeducativas, prestaciones en beneficio de la comunidad u otro tipo de medidas que no impliquen privación de libertad. La CIDH hizo referencia expresa a esta situación al sostener: “En Argentina, aunque el decreto 22.278 establezca que un niño, niña o adolescente menor de 16 años no pueda ser considerado responsable por infringir leyes penales, la Comisión observa que dicha norma permite un tratamiento igual al de los adultos a personas que cometieron algunos delitos entre los 16 y los 18 años. Si bien la autoridad judicial se encuentra facultada para no imponer una sanción penal, o para reducirla al grado de la tentativa, la norma permite, a discreción del juez, la imposición de las sanciones previstas en la norma penal ordinaria. Lo mismo sucede con el régimen de ejecución de sentencia. Este tratamiento no diferenciado puede resultar incompatible con el principio de proporcionalidad de la pena y con el juicio de reproche del menor que debe subyacer a toda conducta cometida por un o una adolescente conforme al interés superior del niño”¹¹³.

¹¹³ CIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, 13 de julio de 2011, párr. 42.

Por otra parte, las personas que alcanzan los dieciocho años encontrándose cumpliendo pena por hechos cometidos antes de esa edad tampoco se encuentran sometidas a un régimen diferenciado. En efecto, el art. 6 del Régimen Penal de la Minoridad establece que “las penas privativas de libertad que los jueces impusieren a los menores de edad se harán efectivas en establecimientos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos”. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió también sobre esta cuestión al señalar que “en la práctica los niños entre 16 y 18 años de edad que infringen las leyes penales cuya sentencia es de dos años o más se transfieren a una institución específicamente para estos grupos de edad. Si no se considera que el niño se rehabilitó durante el período en que estuvo recluido en esa institución, éste vuelve al tribunal juvenil, donde se lo juzga por la misma infracción a las leyes penales que cometió siendo menor de edad, pero esta vez se le puede imponer una sentencia como adulto por dicho delito. Como resultado, aunque en Argentina no se transfiere a niños a los tribunales para adultos, el impacto para ellos puede ser el mismo que si fueran adultos”¹¹⁴.

2.5.4. El encarcelamiento de presuntos inocentes como variable a tener en cuenta al momento de decidir la imposición de pena

Es dable destacar que el “tratamiento tutelar” a cuyo resultado se encuentra legalmente condicionada la decisión acerca de la imposición (atenuación/eximición) de pena obedece a la “disposición judicial” realizada discrecionalmente por la autoridad judicial que, en un considerable número de casos, implica privación de libertad previa al dictado de una sentencia de condena.

¹¹⁴ CIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, 13 de julio de 2011, párr. 430.

La invalidez constitucional de este instituto arrastra consigo al mencionado período mínimo de tratamiento tutelar –como presupuesto de imposición de pena–, quedando el mecanismo diseñado por el art. 4 del Régimen Penal de la Minoridad completamente vacío de contenido. En otras palabras, si es inconstitucional la norma que habilita al juez a “disponer” del joven por tiempo indeterminado o hasta la mayoría de edad, no puede supeditarse la posibilidad de absolver o imponer pena (atenuada o no) al cumplimiento de este mismo recaudo.

El hecho de que tal limitación de la libertad, previa a la sentencia condenatoria, haya sido impuesta a título cautelar, como se encuentra actualmente reglamentado en algunas legislaciones provinciales, no deja de poner en duda la validez de este dispositivo, pues el menor en prisión preventiva goza de un estado jurídico de inocencia. De esta suerte, mal podemos supeditar la decisión acerca de la imposición de pena al comportamiento –bueno o malo– de una persona aprisionada, con el único objeto de contrarrestar un supuesto peligro de fuga o entorpecimiento probatorio.

2.5.5. Las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a los criterios de individualización de pena: el caso “Maldonado”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha declarado la inconstitucionalidad del art. 4 del Régimen Penal de la Minoridad. Sin embargo, ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a los criterios que deben orientar la decisión de aplicar penas privativas de libertad por hechos cometidos antes de los dieciocho años de edad.

Así, en el caso “Maldonado” la Corte Federal sostuvo que la atenuación prevista por el art. 4 de la ley 22.278/22.803 conforme a los parámetros de la tentativa debe ser aplicada como regla general. Sin embargo, no dijo que esta disminución deba ser considerada *obligatoria* con lo que, transversalmente, admitió la posibilidad de aplicar en determinados supuestos la escala del delito consumado. En cuanto a la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua por he-

*Constitución
Individualización
de la pena*

chos cometidos antes de los dieciocho años de edad tampoco se pronunció en forma definitiva, aunque sostuvo que de la Convención sobre los Derechos del Niño no se deriva una prohibición expresa en tal sentido.

En sus fundamentos sostuvo, entre otras cosas, que "la "necesidad de pena" a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparada a "graveidad 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... Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH)... Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constructivo 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".

Refiriéndose a la importancia del principio de culpabilidad en esta materia, expresó 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 deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa 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".

En su voto, la Dra. Carmen Argibay agregó que "...si bien no puede atribuirse a la Convención sobre los Derechos del

Niño una prohibición absoluta de aplicar la prisión perpetua a personas que al momento de perpetrar el delito, eran menores de dieciocho años, si se deriva de dicho instrumento internacional... una regla de máxima prudencia y cuidado en la imposición de penas de prisión y, con mayor razón, la de prisión perpetua, que obliga para ello a descartar fundamentalmente la suficiencia de las alternativas más leves". En síntesis, sostuvo que "cuando se trata de prisión perpetua, es la acusación, y, especialmente, el tribunal que la acoja, quien debe alegar y demostrar la insuficiencia de la escala de diez a quince años de prisión como respuesta adecuada a la culpabilidad del autor, para así justificar la necesidad de aplicar pena perpetua. Es, por ende inconstitucional, el camino inverso de exigir a la defensa la demostración del derecho a una 'reducción', bajo apercibimiento de aplicar prisión perpetua".

2.5.6. Las condenas a prisión perpetua por hechos cometidos antes de los dieciocho años de edad. El informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su impacto en la jurisprudencia local

La prueba irrefutable acerca de la inexistencia en Argentina de un sistema diferenciado en materia de consecuencias jurídicas es la cifra récord que registra respecto de individuos menores de dieciocho años condenados a prisión o reclusión perpetua. La situación es paradójica, por cierto, pues no existe otro país en Latinoamérica que luzca índice semejante, no obstante ser Argentina pionera en el establecimiento de un modelo tutelar supuestamente orientado a "sustraer" a los niños y adolescentes del Derecho penal¹¹⁵.

¹¹⁵ Un análisis y recopilación de estas sentencias pueden verse en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)*, publicación conjunta de UNICEF, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y Comisión de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Buenos Aires, 2003.

Sin perjuicio de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el particular, lo cierto es que este tipo de condenas motivaron la formulación de diversas denuncias ante el sistema interamericano de derechos humanos, las que finalmente fueron objeto de tratamiento y dieron lugar a la emisión del informe n° 172/10, de 2 de noviembre de 2010. En el mismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “el Estado de Argentina es responsable internacionalmente por mantener en vigencia un sistema de justicia de adolescentes que permite que éstos sean tratados del mismo modo que los adultos infractores”¹¹⁶. Entendió que las condenas impuestas por hechos cometidos cuando las víctimas eran niños “se impuso en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en materia de justicia penal juvenil, en particular, la privación de libertad únicamente como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda, así como la obligación de asegurar una revisión periódica de la posibilidad de excarcelación, tomando en especial consideración la finalidad resocializadora de la pena”¹¹⁷.

Asimismo, consideró que tales sanciones fueron reagravadas por las restricciones en el alcance de los recursos concedidos a los peticionantes, dado que estuvieron impedidos de invocar cuestiones de hecho y valoración probatoria, situación que consolidó la injusticia generada con las referidas condenas. Destacó que las condiciones de su cumplimiento fueron inhumanas y, por ende, incompatibles con su dignidad humana, situación que provocó el fallecimiento de R. D. V. F. sin que se adoptaran las medidas necesarias para prevenirlo e investigarlo adecuadamente. Además, responsabilizó al Estado nacional por la pérdida de la visión de una de

¹¹⁶ CIDH, Informe n° 172/10, caso n° 12.651, Fondo, César Alberto Mendoza y otros (Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes) (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 4.

¹¹⁷ CIDH, Informe n° 172/10, caso n° 12.651, Fondo, César Alberto Mendoza y otros (Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes) (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 4.

las víctimas [L. M. M.] y de los actos de tortura que sufrieron [C. D. N.] y [L. M. M.]¹¹⁸.

En sus fundamentos invoca diversos antecedentes en la materia y, en especial, las recomendaciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. En este orden y en términos análogos a los empleados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Maldonado*”, sostuvo que la pena de prisión perpetua “no se encuentra prohibida en términos definitivos” por la normativa internacional vigente, pues según lo normado por el art. 37 (a) de la Convención sobre los Derechos del Niño la misma puede ser aplicada siempre que exista posibilidad de excarcelación¹¹⁹. Ello, sin perjuicio de reconocer una clara tendencia legislativa a eliminar la posibilidad de aplicar este tipo de pena por delitos cometidos por niñas, niños y adolescentes.

En apoyo de tales consideraciones invoca las observaciones generales efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño, organismo que recomendó la abolición de la prisión perpetua debido a que “la condena de un menor a cadena perpetua, aun con la posibilidad de puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consideración de los objetivos de la justicia de menores”¹²⁰. Del mismo modo, la Comisión se refirió a la interpretación efectuada por el Comité de los Derechos del Niño en relación a la referida “posibilidad de excarcelación”. En tal sentido, adhirió a lo sostenido por dicho organismo en el entendimiento de que “la posibilidad de puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico”¹²¹. Señaló que el niño, niña o adolescente “conde-

¹¹⁸ CIDH, Informe n° 172/10, caso n° 12.651, Fondo, César Alberto Mendoza y otros (Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes) (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 5.

¹¹⁹ *Ibid.*, párr. 154.

¹²⁰ Comité de los Derechos del Niño, observación general n° 10 (2007), *Los derechos del niño en la Justicia de Menores*, párr. 77.

¹²¹ *Ibid.*

nado a esta pena debe recibir una educación, un tratamiento y una atención con miras a su puesta en libertad, su reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. También requiere que se examinen de manera periódica el desarrollo y la evolución del niño para decidir su posible puesta en libertad”¹²².

Sobre la base de este plexo normativo y demás antecedentes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluye el informe sosteniendo la existencia de tres obligaciones fundamentales en esta materia: “i) la obligación de los Estados de disponer las medidas necesarias para que el sistema de justicia penal aplicable a niños, niñas y adolescentes tome en especial consideración sus particularidades y necesidades de protección y, en consecuencia, establezca regulaciones distintas de las aplicables a los adultos; ii) la obligación de los Estados de asegurar que la pena privativa de libertad sea establecida “como medida de último recurso” y “por el tiempo más breve que proceda”, parámetros que en el caso de la prisión perpetua, debido a la severidad inherente a dicha pena, deben ser evaluados con especial cautela, y iii) la obligación de los Estados de asegurar que la determinación del plazo para solicitar la excarcelación en el contexto de la pena de prisión perpetua sea razonable y proporcional a la situación especial de los adolescentes, así como a la finalidad de resocialización como aspecto primordial de la pena”¹²³.

El informe deja varios puntos oscuros, más allá de la naturaleza o finalidad propia de este tipo de dictámenes, orientados a la fijación de estándares generales en tópicos que son objeto de análisis y pronunciamiento. Llama la atención, por ejemplo, que la Comisión deje abierta la posibilidad de que un menor sea condenado a prisión perpetua –sobre la base de lo

¹²² *Ibid.*

¹²³ CIDH, Informe n° 172/10, caso N° 12.651, Fondo, César Alberto Mendoza y otros (Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes) (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 159.

normado en la Convención sobre los Derechos del Niño– condicionándolo a que se encuentre contemplada legislativamente la viabilidad de que la pena sea objeto de “revisión periódica”. Ello, sobre la base de una interpretación particular respecto de lo que debe entenderse por “posibilidad de excarcelación”. Es decir, podría criticarse la falta de precisión por parte de la Comisión en lo que concierne a las particularidades que debe reunir dicha “revisión periódica”, lo que parece haber dejado librado a la voluntad legislativa de cada Estado. Es que los términos empleados, dada su notoria ambigüedad, pueden dar lugar a múltiples interpretaciones: más amplias o restrictivas. En efecto, la Comisión circunscribe el alcance de la disposición del siguiente modo: a) ¿Qué debe entenderse por “posibilidad de excarcelación”? Que la pena sea objeto de “revisión periódica”. b) ¿Qué debe entenderse por “revisión periódica”? Que, a pesar de la naturaleza “no temporal” del castigo, exista la posibilidad de obtener la excarcelación en un plazo razonable y proporcional a la situación de los adolescentes y los fines de resocialización.

Es aquí donde el dictamen no brinda una respuesta satisfactoria, pues, en definitiva, una ley de ejecución de la pena privativa de la libertad diseñada para personas adultas que contemple un régimen progresivo de la pena con miras a la resocialización podría, en términos teóricos, satisfacer esta exigencia¹²⁴. Paradójicamente, es de ese modo como fue interpretado el alcance del precepto por los tribunales argentinos que impusieron la pena de prisión perpetua justificando, en definitiva, su legitimidad frente al sistema constitucional.

¹²⁴ En este sentido, la ley 24.660, de Ejecución de la pena privativa de libertad, en su art. 6 establece que “el régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”.

De todos modos, no hay duda alguna de que “posibilidad de excarcelación” significa “posibilidad de recuperar la libertad”, lo que no concuerda, precisamente, con el hecho de que se revise periódicamente la permanencia de una persona en estado de absoluta privación de libertad. Podría inferirse, entonces, que la “revisión periódica” a la que alude la Comisión se refiere a la posibilidad de considerar la *liberación* de la persona condenada en un plazo razonable y proporcional a su situación especial. Sin embargo, tampoco precisa de qué forma debe computarse este plazo o, en definitiva, cuándo considerarlo razonable y proporcional.

Ciertamente, las consecuencias jurídicas que prevé el Régimen Penal de la Minoridad no poseen estas características, de modo que una reforma legislativa resulta imperiosa a los efectos de adecuar la legislación a los estándares señalados. En este sentido, la comparación con legislaciones que poseen verdaderos sistemas de responsabilidad penal juvenil –como el español– puede ser funcional a la elaboración de un sistema acorde a tales fines.

De todos modos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, tuvo oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el particular y señaló que esta sanción (prisión perpetua) “...no permite alcanzar los objetivos de las sanciones del sistema de justicia penal juvenil, tales como la rehabilitación y reintegración del niño a la sociedad, y hace eco de lo recomendado por el Comité de los Derechos del Niño cuando exhortó a los Estados partes a la abolición de toda forma de cadena perpetua por infracciones a las leyes penales cometidas por personas menores de 18 años”¹²⁵. Con relación a la situación en la República Argentina advirtió nuevamente: “...en Argentina, donde el decreto 22.278 mantiene un régi-

¹²⁵ CIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, 13 de julio de 2011, párr. 364.

men que, en lo relativo a la determinación de las penas y la posibilidad de excarcelación, remite a los niños infractores a la normativa aplicable a los adultos, lo cual permite aplicar a personas menores de edad las penas máximas previstas en el artículo 80 del Código Penal de la Nación, a saber, prisión y reclusión perpetuas. La Comisión nota que si bien el decreto 22.278 dispone que los adolescentes infractores inicien el cumplimiento de su condena al momento de alcanzar los 18 años de edad, la obligación de los Estados de disponer medidas especiales en materia de justicia juvenil no se basa en la edad en la cual la condena será cumplida, sino en el momento en el cual se generó su responsabilidad por infringir las leyes penales. Por ello, la respuesta estatal a dichas infracciones debe ser distinta de la respuesta frente a infracciones cometidas por adultos, conforme a los objetivos y principios de la justicia juvenil. La Comisión nota con preocupación que a la luz de estas normas, niños que fueron responsabilizados por infringir las leyes penales antes de cumplir la mayoría de edad, han sido tratados como adultos y sometidos a penas de prisión perpetua incompatibles con los fines de las sanciones en la justicia juvenil”¹²⁶.

• El impacto del informe 172/10 en la jurisprudencia local: los casos “Cajal”, “Mendoza” y “Castillo”

Como reacción ante las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales locales emitieron diversos pronunciamientos tendientes a adecuar, a los estándares allí fijados, la situación de los adolescentes que habían sido condenados a cumplir penas de esta naturaleza. A continuación, se realizará un breve análisis de cuatro fallos, correspondientes a la situación de jóvenes que fueron condenados por tribunales de la

¹²⁶ CIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez), Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA, 13 de julio de 2011, párr. 366.

provincia de Mendoza, Ciudad de Buenos Aires, Chaco y Santa Fe. Es importante destacar que las sentencias recurridas fueron dictadas entre los años 1999 y 2002, por lo que, a la fecha de resolución de estos recursos, los adolescentes ya habían cumplido entre diez y doce años de prisión efectiva.

El primer pronunciamiento fue emitido por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza en el caso "*Roldán Cajal*"¹²⁷, de fecha 9 de marzo de 2012, a instancia de un recurso de casación interpuesto por la Defensora Oficial contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Penal de Menores de la Primera Circunscripción de Mendoza, que condenó al joven a la pena de prisión perpetua¹²⁸. La Suprema Corte abrió la vía recursiva –invocando precedentes de la Corte Federal relacionados con el derecho al recurso– e ingresó en el análisis de los agravios invocados por los recurrentes. Justificó el reexamen de tales pronunciamientos –que habían adquirido estado procesal o de cosa juzgada– en base a la doctrina sentada por la Corte Federal relativa al "control de convencionalidad" entre las normas del derecho interno y las que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención Americana. Asimismo, invocó el precedente "*Maldonado*" respecto a los criterios que deben orientar la determinación de pena y su necesidad en el caso de adolescentes en conflicto con la ley penal.

¹²⁷ SCJ Mendoza, expte. n° 102.319, "F. c/R. C., C. S. s/casación", de 9 de marzo de 2012.

¹²⁸ El Tribunal en lo Penal de Menores declaró la responsabilidad penal del adolescente por el delito de robo agravado y homicidio agravado (arts. 80, inc. 7, y 166, inc. 2, del CP) por dos hechos en concurso real (art. 55 del CP). En oportunidad de decidir respecto de la pena a imponer, sobre la base de lo normado por el art. 4 de la ley 22.278/22.803, resolvió la necesidad de imposición de sanción y condenó a la pena de prisión perpetua. Una copia de esta sentencia puede verse en GARCÍA MÉNDEZ, *Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina...* cit., pp. 363-394).

La Suprema Corte mendocina sostuvo que el fallo recurrido no respetó la doctrina sentada en tales precedentes, pues se fundó automáticamente en la gravedad del hecho sin tener en cuenta la posibilidad de reducir la pena que derivaba, en el caso concreto, de las especiales circunstancias personales del joven desde una perspectiva de prevención especial. Por tales razones decidió casar la sentencia impugnada y, aplicando la disminución que autoriza el art. 4 de la ley 22.278/22.803, redujo la pena oportunamente impuesta a la de quince años de prisión.

El segundo pronunciamiento fue dictado por la Sala Segunda de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso "*Mendoza*"¹²⁹, de fecha 21 de agosto de 2012. En este caso se analizó la procedencia de un recurso de revisión interpuesto por la Defensa contra una sentencia dictada el 28 de octubre de 1999 por el Tribunal Oral de Menores n° 1, en virtud de la cual se impuso, al igual que en el caso precedente, la pena de prisión perpetua a tres personas menores de edad.

Con el voto preopinante de la Dra. Ángela Ledesma, el Tribunal entendió que correspondía revisar la sentencia atacada sobre la base de cuatro argumentos fundamentales.

En primer lugar, justificó la procedencia del recurso extraordinario de revisión –pese a no estar prevista en forma expresa la causal invocada por los recurrentes– en el entendimiento de que debía primar el respeto del derecho al recurso que, en este caso particular, no había sido respetado por los tribunales inferiores. En este sentido la Cámara sostuvo: "Las especialísimas contingencias por las que atraviesa la situación procesal de los imputados nos colocan ante una encrucijada, en la que tenemos, por un lado, las formalidades de la vía recursiva de revisión contenidas en el artículo 479 del

¹²⁹ CNCP, Sala II, "M., C. A. y otros s/rec. de revisión", 21/8/12, publicado en *Sup. Doctrina Judicial Procesal* 2012 (septiembre), 41, ED, 20/9/12, p. 13; LL, 7/11/12, p. 6, con nota de Mauricio Cueto; LL, 2012-F-241, con nota de Mauricio Cueto.

CPPN como única solución al atípico caso que se presenta, y por el otro, los derechos constitucionales cuya afectación ha motivado el dictado del informe 172/10 de la Comisión IDH.

En lo atinente a la situación procesal de los recurrentes, justificó la procedencia de la vía impugnativa en el entendimiento de que "...no pudieron ejercer ampliamente el derecho al recurso consagrado en el artículo 8.2.h de la CADH, pues los agravios que cada una de las defensas invocó en relación a las respectivas condenas dictadas, no han sido objeto de un adecuado control por parte de este cuerpo de conformidad con los estándares que rigen en la materia de acuerdo a los parámetros sentados".

En términos análogos al caso "Cajal", la Cámara hizo hincapié en la importancia del control de convencionalidad, entendiendo por tal la obligación de aplicar los estándares de reconocimiento que fijen los órganos supranacionales siempre que resulten de mayor alcance que los consagrados en el orden interno. Ello, por cuanto constituye un deber de los jueces respetar los parámetros establecidos por la Comisión a fin de evitar una posible responsabilidad internacional del Estado y realizar los derechos fundamentales del caso concreto como función primaria del Poder Judicial.

Por otra parte, proclamó el carácter vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sustento de lo cual invocó diversos precedentes relacionados con el tópico, tales como el caso "Loayza Tamayo vs. Perú"¹³⁰, en el que la Corte Interamericana sostuvo que los Estados tienen la obligación de "realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana, que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos"

¹³⁰ Corte IDH, caso "Loayza Tamayo vs. Perú", Fondo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, n° 33.

en el hemisferio..."¹³¹; y el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile"¹³², en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló la doctrina sobre el "control de convencionalidad" y sostuvo: "La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"¹³³. Seguidamente argumentó que "según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969"¹³⁴.

También hizo referencia a precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tales como "Giroldi"¹³⁵, "Acosta"¹³⁶,

¹³¹ *Ibid.*, párrs. 80 y 81.

¹³² Corte IDH, caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, n° 154.

¹³³ *Ibid.*, párr. 124.

¹³⁴ *Ibid.*, párr. 125.

¹³⁵ *Fallos*, 318:514.

Control de Convencionalidad
 por un informe de la CIDH
 Loayza Tamayo

"Felicetti"¹³⁷ y, especialmente, el caso "Hagelin"¹³⁸, en el que sostuvo que "...la jurisprudencia de la Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son parte otros Estados miembros de la convención constituyen una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos". Asimismo, entendió que "...los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquéllas".

Adentrándose en el análisis de la determinación penal en las sentencias recurridas, sostuvo que, en este aspecto, carecían de motivación pues no explicaban adecuadamente la necesidad de aplicar pena en el caso concreto, de acuerdo a los estándares y lineamientos fijados por la Comisión y demás precedentes jurisprudenciales, en especial, el caso "Maldonado". En este sentido, afirmó que "...*existe un deber de los jueces de justificar la imposición de la pena y, de proceder a la aplicación de la sanción, también deben explicar los motivos en virtud de los cuales se aplicará o no la escala reducida del artículo 4 de la ley 22.278*". Por otra parte, consideró que "...*la aplicación de una condena, sin la escala de la tentativa, debe operar en forma extraordinaria. El Tribunal debe valorar -para apartarse de la pena reducida- de qué manera resultará adecuada para promover la reintegración del niño, pues lo contrario implicaría equiparar al joven con el trato que se da a los mayores sin considerar su estatus diferenciado*".

¹³⁶ Fallos, 321:3564.

¹³⁷ Fallos, 323:4130.

¹³⁸ Fallos, 326:3268.

Por último, se pronunció acerca de la constitucionalidad de las penas absolutas y sostuvo que la posibilidad de acceder a la libertad condicional prevista en el artículo 13 del CP no resultaba compatible con los principios de resocialización, proporcionalidad y mínima intervención, en el contexto de hechos cometidos por jóvenes antes de alcanzar la mayoría de edad, y que de ningún modo podría equipararse a una excarcelación o recuperación de la libertad, máxime teniendo en cuenta los requisitos temporales que prevé este instituto. En consecuencia, resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 80, inc. 7, del Código Penal en orden a la pena de prisión perpetua prevista con relación a niños, niñas y adolescentes; anular la sentencia recurrida y remitir las actuaciones a otro Tribunal a fin de que, previa audiencia, fije una nueva sanción respecto a los jóvenes, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el informe 172/10.

Con posterioridad a este pronunciamiento se emitieron dos fallos cuyos alcances y fundamentos, en términos generales, son análogos al analizado precedentemente. Se diferencian del pronunciamiento emitido por la Cámara Federal de Casación Penal en cuanto a que omiten declarar la inconstitucionalidad del art. 80 del CP en lo que respecta a la pena allí prevista en abstracto, limitándose a declarar la nulidad de las sentencias que impusieron este tipo de sanciones. Uno de ellos fue dictado el 24 de octubre de 2012 por el Superior Tribunal de la provincia de Chaco¹³⁹ y, el segundo, por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe¹⁴⁰ el 1 de noviembre de 2012.

¹³⁹ Expte. n° 73091/12, "Castillo, R. C. s/recurso de revisión", de 24/10/12, publicado en www.pensamientopenal.com.ar.

¹⁴⁰ CSJ Santa Fe, "C., D. F.", 1/11/12, *LL Litoral* 2012 (diciembre), p. 1206 - *Sup. Doctrina Judicial Procesal* 2013 (febrero), p. 15, con nota de Graciela D. Jofré; *DJ*, 06/3/13, p. 6, con nota de Ricardo Dipascual; *DPYC* 2013 (febrero), p. 231, con nota de Diego Freedman y Martiniano Terragni.

Los pronunciamientos analizados constituyen, evidentemente, un fuerte avance en lo que concierne al reconocimiento de los estándares internacionales en la materia. Sin embargo, merecen reparos en lo que respecta al alcance del "control de convencionalidad" que proclaman. Ello así por cuanto, si bien cuestionan la imposición de penas de prisión perpetua impuestas por hechos cometidos por personas menores de edad, no formulan crítica respecto del dispositivo legal que habilitó su aplicación en los casos sometidos a juzgamiento. Es decir, resulta llamativo que, en sus fundamentos, las sentencias no hagan hincapié en los déficits que presenta el Régimen Penal de la Minoridad respecto de la ausencia de un sistema *diferenciado* de consecuencias jurídicas aplicable en razón de hechos cometidos por adolescentes en conflicto con la ley penal. Es aquí donde reside el principal problema de constitucionalidad o ausencia de adecuación de la legislación interna a los estándares internacionales.

En otras palabras, el problema no está dado por la penalidad en abstracto con la que el Código Penal reprime el delito de homicidio calificado tipificado en el art. 80 del Código Penal, sino en el hecho de que el Régimen Penal de la Minoridad remita *in totum*, a la hora de decidir la imposición de una sanción, al sistema penal de adultos, y que lo haga no sólo en lo que respecta a dichos marcos penales, sino también en lo que concierne a la fase de ejecución de las sanciones ya impuestas.

2.5.7. La mayoría de edad a los dieciocho años y sus efectos en el Régimen Penal de la Minoridad argentino

Un nuevo problema se ha planteado en relación a la aplicación de los presupuestos establecidos por el art. 4 del Régimen Penal de la Minoridad a partir de la modificación de las normas que establecen la mayoría de edad. Como se adelantaba en apartados anteriores, el 21 de diciembre de 2009 se promulga en Argentina la ley 26.579, en virtud de la cual se dispone la mayoría de edad a los dieciocho (18) años. La norma constituye un sustancial avance en el proceso de adecuación

de nuestro derecho interno a los patrones internacionales, pues, en definitiva, subsana una situación de desprotección jurídica que afectaba a los jóvenes comprendidos en la franja de los dieciocho a los veintiún años, quienes quedaban fuera de la normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño pero también ajenos a los derechos que el Código Civil acuerda a las personas mayores de edad en lo concerniente a la capacidad civil.

La ley regula cuestiones de trascendencia, tales como la supresión de la emancipación por habilitación de edad, el matrimonio de personas menores de edad, cuestiones relacionadas con la patria potestad y tutela, obligaciones alimentarias, la capacidad comercial y demás aspectos concernientes a la aptitud de las personas menores de edad para la celebración de numerosos actos jurídicos. Sin embargo, lejos de facilitar la interpretación y aplicación del Régimen Penal de la Minoridad, ha agravado la situación de caos y confusión reinante, generando la necesidad –por parte de los órganos jurisdiccionales– de idear interpretaciones que, durante la transición y hasta la aprobación e implementación de la anhelada reforma legislativa, permitan una aplicación coherente con el resto del ordenamiento jurídico y, en especial, con las finalidades específicas del Derecho penal juvenil.

• ¿Un avance en el proceso de adecuación a los estándares internacionales?

Podría afirmarse que el establecimiento de la mayoría de edad a los dieciocho años constituye un paso más en el lento y traumático proceso de adecuación de nuestro Derecho positivo a las normas internacionales incorporadas a nuestro ordenamiento con jerarquía constitucional, así como a las leyes nacionales y provinciales que establecen este límite etario para la vigencia del sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes.

En efecto, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su art. 1, dispone: "Para los efectos de la presente Convención, se entenderá por niño 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". Establece, de este modo, una fórmula de consenso para su aceptación por los diferentes Estados que, en virtud de sus leyes internas, deben establecer no sólo su mayoría de edad sino también otras cuestiones relacionadas con criterios de responsabilidad penal, capacidad jurídica y de obrar, edad mínima para trabajar, período de escolarización obligatorio, etc.¹⁴¹. Se ha entendido, por otra parte, que este instrumento postula la necesidad de protección integral de la infancia sobre la base del principio de *autonomía progresiva*. Esto quiere decir que el fundamento de la protección ya no puede estar dado por la *incapacidad* del niño o adolescente sino en razón de la imperiosa necesidad de resguardar sus derechos en forma integral.

Dada la jerarquía de esta norma, un sector de la doctrina entendió –previo a la entrada en vigor de la ley 26.579– que el art. 126 del Código Civil había quedado modificado por lo dispuesto en la citada norma internacional y que, por consiguiente, correspondía entender que a los dieciocho años se alcanzaba la mayoría de edad¹⁴². Por otra parte, las normas de protección integral de la infancia y adolescencia vigentes a nivel nacional y provincial ya establecían la edad de dieciocho años como límite a la imposición de medidas de protección por parte del Estado. Así, la ley nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

¹⁴¹ SOROETA LICERAS, J., "Los Derechos del niño", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (coord. Fernández de Casadevante), 2ª ed., Diles, Madrid, 2003, p. 339.

¹⁴² FUGARETTA, Juan Carlos, "Mayoría de edad: 18 años", en *DJ*, 1996-2-1047; FUGARETTA, Juan Carlos-LAMPERTI, Luis Roque, "Otro aporte sobre la mayoría de edad", en *LL*, 1998-D-1395; NAHID CUOMO, María de los Ángeles, *Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, dir. Inés M. Weinberg, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 41-42; MIRZAH, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 228-229.

establece, en su art. 2: "La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los *dieciocho* años de edad...". La ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires omite hacer referencia a límites de edad, al señalar: "La presente ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes...". Sin embargo, se remite en un todo a la definición contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño y categóricamente dispone, en su art. 9: "Toda referencia de cualquier índole a las personas que constituyen el ámbito de aplicación subjetivo de la presente ley debe hacerse con las palabras 'niños, niñas y adolescentes'. La denominación 'menores de edad' se utiliza cuando razones técnicas insalvables así lo justifiquen". Con ello, demuestra su adhesión al paradigma de la protección integral, desligándose ideológicamente de cualquier concepción de naturaleza tutelar o paternalista. De todos modos, el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 2451) dispone, bajo el título "Ámbito personal": "Esta ley se aplica a todas las personas que tengan entre dieciséis y dieciocho años de edad no cumplidos al momento de ocurrir los hechos objeto de una investigación preparatoria" (art. 1). La ley 12.967 de la provincia de Santa Fe, de marzo de 2009, señala, en su art. 2, destinado a los "Sujetos comprendidos": "A los efectos de esta ley quedan comprendidas todas las personas hasta los dieciocho años de edad". Del mismo modo reglamenta la cuestión la ley 9861 de la provincia de Entre Ríos, de septiembre de 2008, pues, en su art. 3, expresa: "A los efectos de la protección integral que procura esta ley y sin perjuicio de lo establecido en la legislación civil, laboral o previsional, se considera niño a todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad". Por su parte, la ley 6354 de Protección Integral del Niño y el Adolescente de la provincia de Mendoza establece que quedan comprendidas

en sus disposiciones "...las personas que no hubieren alcanzado la mayoría de edad" (art. 1).

En definitiva, la nueva ley de mayoría de edad logró armonizar disposiciones de derecho interno que, avanzando en esta materia, resultaban contrarias al entonces vigente art. 126 del Código Civil dentro del marco normativo delineado por la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴³.

• La imposibilidad jurídica de aplicar el presupuesto previsto en el artículo 4, inc. 3, del Régimen Penal de la Minoridad

La ley de mayoría de edad ha generado un fuerte impacto en el poder de disposición que el régimen penal de la minoridad atribuye a los órganos jurisdiccionales sobre las personas menores de edad sometidas a su jurisdicción. Ello así, toda vez que dicho tratamiento tutelar sólo puede prolongarse hasta la mayoría de edad según expresa mención del art. 3, último párrafo, de la ley 22.278/22.803¹⁴⁴. Esto significa que, una vez cumplidos los dieciocho años de edad, en principio, debe cancelarse o cesar cualquier intervención estatal de índole asistencial. Se trata de una persona mayor de edad plenamente capaz, por lo que no se justifica la injerencia del Estado a título de protección o tutela. Por exigencia legal, debe dejarse sin efecto la disposición tutelar que posee el juez penal juvenil respecto del adolescente sometido a proceso penal situación que, con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma, podía extenderse hasta los veintiún años. Se presentan, entonces, situaciones en las que el requisito previsto por el inc. 3 del art. 4 del Régimen Penal de la Minoridad no puede cumplirse. Ello por cuanto, si el adolescente cometió el delito que se le atribuye a los diecisiete años y once meses, por ejemplo, sólo podría estar tutelado durante

¹⁴³ D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 203.

¹⁴⁴ El art. 3 establece: "La disposición definitiva... concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad".

el lapso de treinta días. En definitiva, se trata de una consecuencia no prevista por la nueva ley de mayoría de edad, de manera que el requisito antes enunciado no podría ser cumplido respecto de quienes cometan un delito después de cumplidos los diecisiete años y antes de los dieciocho.

Por otra parte, también corresponde, por una cuestión de legitimación procesal, que cese la intervención del asesor de Menores en el proceso, o sea, que deje de ser "parte". La mayoría de edad provoca el inmediato cese de la intervención promiscua y necesaria del representante del Ministerio Público Pupilar (art. 59, Código Civil¹⁴⁵) y de la patria potestad (art. 306, inc. 3, Código Civil¹⁴⁶) a las que el niño o adolescente se encontraba sometido con la finalidad de integrar su situación de incapacidad. Ahora bien, debe aclararse que esto no significa de manera alguna una vulneración del derecho de Defensa del joven, pues la garantía constitucional encuentra resguardo en la intervención de defensor penal de niños y adolescentes. Tampoco debe justificar un desplazamiento de la competencia de los jueces naturales que previnieron en la situación procesal del joven. Ello, en atención al principio de especialidad en la materia y, en definitiva, por hecho de que al momento de decidir, los órganos jurisdiccionales deberán hacer aplicación de la legislación especial, conformada no sólo por el derecho interno (nacional y provincial) sino también por las normas internacionales que rigen en la materia. Cabe destacar que este criterio fue sostenido por el Tercer Juzgado en lo Penal de Menores de la provincia de Mendoza, ante la

¹⁴⁵ El art. 59 del Código Civil argentino establece: "A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación".

¹⁴⁶ El art. 306, inc. 3, dispone: "La patria potestad se acaba... 3. Por llegar los hijos a la mayor edad".

Mi Jueza
 M. As. de M.
 M. P. de M.
 M. J. de M.

ausencia de una norma expresa que regulara -en el ámbito provincial- esta cuestión, a favor de mantener la competencia del fuero, en el entendimiento de que debe priorizarse la necesidad de resguardar el principio de especialidad en materia penal juvenil consagrado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que fijan los lineamientos fundamentales de los sistemas de administración de justicia penal juvenil¹⁴⁷.

Existen ordenamientos locales que hacen referencia expresa a esta cuestión tales como el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 2451) en el que se dispone en forma expresa: "El cumplimiento de los dieciocho (18) años de edad por el/la imputado/a durante la tramitación del proceso no genera la incompetencia del Juzgado o Tribunal ya que la competencia en razón de la persona está determinada por la edad del sujeto en el momento de sucedido el hecho que se le imputa". Asimismo, correlaciona normativamente el principio de especialidad con el de juez natural al establecer: "Nadie puede ser encausado ni juzgado por jueces o comisiones especiales. La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los/as jueces/zas y Tribunales especializados en materia Penal Juvenil" (art. 11).

Puede advertirse, entonces, que la ley 26.579 no ha tenido influencia alguna en lo que respecta al ámbito material y personal de aplicación del Régimen Penal de la Minoridad. El impacto de mayor envergadura se produjo, precisamente, en lo que concierne a las condiciones o presupuestos exigibles para la imposición de pena al menor punible y, en especial, en lo que respecta al denominado "tratamiento tutelar" como presupuesto que habilita la decisión jurisdiccional acerca de la imposición de sanción penal. En efecto, el art. 4 de la ley 22.278/22.803 establece que sólo podrá imponerse pena a un

¹⁴⁷ Juzgado en lo Penal de Menores n° 3. 1° Circ. Judicial, Mendoza, expte. n° 141-10/2-P, "L., S. O.", 19/5/10.

menor punible una vez que se hayan cumplido los siguientes presupuestos: 1°) que el menor haya cumplido dieciocho años de edad; 2°) que haya sido declarada su responsabilidad penal; 3°) *que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año el que podrá prorrogarse hasta la mayoría de edad.*

La entrada en vigor de la ley 26.579 genera en este aspecto las siguientes consecuencias. En primer lugar, elimina la posibilidad de cumplir el período mínimo de tratamiento tutelar en el caso de menores que han cometido un hecho ilícito después de cumplidos los diecisiete años de edad. Además, constituye un obstáculo a la facultad judicial de prorrogar el tratamiento tutelar hasta los veintiún años; al menos, con relación a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

A nivel jurisprudencial, ha sido necesario esbozar interpretaciones que exceden la función propiamente jurisdiccional, pues, pretorianamente, se ha recurrido a la construcción de figuras, mecanismos o aplicaciones que no surgen del texto expreso de la ley con la finalidad de preservar las alternativas que el régimen contempla con miras a reducir la pena (bajo los parámetros del delito tentado) o disponer la eximición de sanción penal.

En síntesis, las opiniones jurisprudenciales pueden ser clasificadas en dos grupos: a) aquellas que consideran que la modificación de la mayoría de edad no puede afectar o derogar las disposiciones del Régimen Penal de la Minoridad, por cuanto se trata de una legislación especial que vela por la protección del interés superior del niño; b) aquellas que entienden que el dispositivo contemplado en el art. 4, inc. 3, no puede ser aplicado, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad y aplicar en forma directa la normativa internacional.

En la primera línea jurisprudencial, puede citarse la opinión de quienes han entendido que la ley anterior constituye, en este sentido, una ley penal más benigna¹⁴⁸. Ello, en la

¹⁴⁸ Lo que, en realidad, contradice lo sostenido por la CSJN, en *Fallos*, 330:5294, "L., L. A.", *LL*, 15/2/08, *LL*, 2008-A-559, *DJ*, 16/4/08,

medida en que brinda al joven mayores posibilidades de reinserción y, por ende, de flexibilización al momento de decidir acerca de la necesidad o no de imponer una sanción penal. En consecuencia, consideran que corresponde la *ultra actividad* de la norma implícitamente derogada en aquellos supuestos nacidos bajo la vigencia de la ley anterior. Se sostiene, en definitiva, que la nueva ley no implica la interrupción de las medidas de protección impuestas a aquellos jóvenes que son declarados responsables antes de cumplir los dieciocho años y en los que la imposición de pena debió ser diferida, atento a que aún no cumplen el año de tratamiento tutelar. Es decir, aquellos casos en los que el tratamiento se inició, por ejemplo, cuando el menor superaba en meses los diecisiete años y, por tanto, debe finalizar luego de alcanzada la mayoría de edad. Este criterio fue sostenido por la Séptima Cámara del Crimen de Mendoza en el caso "*Villegas Algañaraz y otros*", donde se argumentó que "...las leyes civiles no tienen efecto retroactivo e, incluso, en el caso de tenerlo por disposición expresa de la ley, no pueden afectar de ningún modo garantías constitucionales. La ley 26.579 entró en vigencia en fecha posterior a la comisión del hecho que juzgamos y luego no sólo de dispuesto el tratamiento tutelar, sino cuando éste estaba en plena ejecución. Constituye un derecho asegurado constitucionalmente para el menor [B., C.] el ser juzgado conforme a una legislación especial que le confiere el beneficio de un tratamiento tutelar, a cuyo resultado supedita la decisión

donde entendió que "el régimen especial establecido por la ley 22.278 para los imputados menores en modo alguno puede calificarse como más benigno respecto del sistema penal de adultos, ya que no se trata de situaciones comparables en términos de similitud, pues un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, y se violaría el principio de equidad si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y sentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada".

final sobre la necesidad de su punición". Se entendió además que "...las alternativas que la ley penal de menores contempla a la hora de decidir la aplicación de la pena se encuentran fuertemente ligadas al resultado del tratamiento tutelar, de modo que impedirle al menor la realización completa del mismo importa vedarle las posibilidades de acceso a esos beneficios (reducción de la pena, eximición de la misma) y a su vez desproveer al juez de los elementos de decisión"¹⁴⁹.

En sentido análogo se ha pronunciado el Tribunal en lo Penal de Menores de la provincia de Mendoza al afirmar que "los fundamentos del proyecto [de la ley de mayoría de edad] no abordan ni por asomo la temática penal juvenil, salvo para pregonar su tratamiento y reforma por el Congreso, de manera tal que nunca estuvo en cabeza del legislador alterar, modificar y menos aún desarticular el sistema penal juvenil, cuyo núcleo, el art. 4 de la ley 22.278/22.803, devendría prácticamente inoperante, ello en perjuicio de la recuperación y reinserción social de los jóvenes en conflicto con la ley penal, los cuales pueden por dichas vías llegar a obtener notables beneficios, la no aplicación de pena o su reducción en la forma prevista para la tentativa". Entienden que "...no debe inquietar aplicar medidas de protección más allá de los 18 años, interpretando el inciso tercero del art. 4 de la ley 22.278/22.803, en el sentido de considerar como tope los 21 años, conforme el alcance primigenio de la norma y otorgándole vida autónoma, no dependiente de la ley civil. Se dice esto porque, en definitiva, sea que se las denomine 'medidas de protección', 'instrucciones judiciales' o 'reglas de conducta' (art. 76 ter, Código Penal), lo cierto es que se trata de medidas cuyo objetivo último es evitar la penalización". Concluye su argumentación sosteniendo que debe postularse una interpretación que armonice ambas leyes -26.579 y 22.278/22.803-, lo que "conlleva a interpretar que las me-

¹⁴⁹ 7ª Cámara del Crimen de Mendoza, expte. n° P-40.342 y sus acumulados, "*Villegas Algañaraz y otros*", 15/4/10, sentencia n° 3072

para efectos de ley anterior es más benigno

didas de protección pueden extenderse hasta la edad de 21 años, sin perjuicio de la capacidad civil alcanzada a los 18 años, lo cual sí apareja el cese de la intervención del asesor de Menores e Incapaces y de los progenitores, aunque desde luego estos últimos pueden continuar actuando con el asentimiento del joven y de ellos mismos”¹⁵⁰.

En la segunda línea jurisprudencial se ubica la interpretación de quienes han considerado que, dada la contradicción que implica exigir, por un lado, el cumplimiento de un año de tratamiento tutelar y su imposibilidad, por el otro, ante la fijación de la mayoría de edad a los dieciocho años para todos aquellos adolescentes que cometan un hecho ilícito después de los diecisiete años, la norma debe ser declarada inconstitucional. Ello así, toda vez que afecta los principios de no contradicción y razonabilidad previstos en el art. 28 de la Constitución nacional. Ante el vacío que implica dicha declaración entienden que corresponde aplicar en forma directa la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto establece la detención como último recurso y por el lapso más breve que proceda orientada a lograr la rápida reinserción social. Al momento de decidir la imposición de una sanción determinada, el tribunal dispuso que “la pena impuesta puede ser modificada a favor del joven, de acuerdo a su evolución, pudiéndose reemplazarla por otros medios menos gravosos a la privación de libertad, acudiéndose incluso a medidas alternativas, en la medida en que el pronóstico de reinserción social así lo aconseje. Con ese objeto, adecuando los parámetros de la ley 24.660 a la Convención del Niño y conforme lo establece la observación general n° 10, considero adecuado decidir que podrán aplicarse los diversos institutos que la mencionada ley de ejecución penal establece, sin los plazos de esa norma, que serán reempla-

¹⁵⁰ Tribunal en lo Penal de Menores de Mendoza, expte. n° 429/09 “F. c/H. J., J. D. y otros p/lesiones graves s/apelación”, de 22 de junio de 2010.

zados por informes periódicos que controlen la evolución del imputado” (del voto del Dr. Jantus)¹⁵¹.

El inconveniente se ha planteado, desde otra perspectiva, respecto de jóvenes punibles que se encuentran sometidos a medidas tales como el internamiento en centros especializados, dada la gravedad e injerencia de esta medida que se agudiza en algunas provincias ante la ausencia de normas expresas que regulen la cuestión. Es el caso de menores de edad que se encuentran sometidos a esta “medida de protección” (denominación bajo la cual se encuentra reglamentada la “internación” en la ley 6354 de la provincia de Mendoza) por hechos delictivos cometidos después de cumplidos los diecisiete años de edad. Si aplicáramos en forma literal el artículo 3, último párrafo, del decreto-ley 22.278/22.803, la privación de libertad de estos jóvenes debería cesar de pleno derecho al momento de cumplir los dieciocho años. Algunos tribunales han entendido que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la privación de libertad del menor no puede continuar o reanudarse como disposición tutelar sino bajo un estricto régimen cautelar (prisión preventiva), lo que no implica que deba modificarse su modalidad de ejecución. Es decir, la privación de libertad del joven podrá continuar como prisión preventiva pero deberá ejecutarse en establecimientos específicos que permitan cumplir con los objetivos establecidos normativamente. Por otra parte, deberán respetarse los presupuestos de imposición de esta medida cautelar tales como la existencia de mérito probatorio (*fumus boni iuris*), peligro procesal (*periculum in mora*) y demás principios rectores en materia de coerción como el de excepcionalidad, proporcionalidad, limitación temporal, subsidiariedad, etcétera.

Así lo decidió la Cámara en lo Criminal y Correccional, Sala I, en el caso “A., J. L.”, al sostener que “la única forma legalmente correcta de mantener en detención a un menor

¹⁵¹ Tribunal Oral de Menores, n° 1, Capital Federal, “J. L. A.”, 5/4/11, *El Dial Express*, 23/6/11.

esta opción
la ley de menores

esta opción
la ley de menores

Fallo
A.J.L.

que adquiere la mayoría de edad es a través de la prisión preventiva, pero manteniendo como lugar de alojamiento el instituto de menores en el cual se encuentra alojado". La resolución tenía por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora oficial de un menor de edad sometido a internamiento en un centro especializado cuando aún restaba tiempo para el cumplir el año de tratamiento tutelar. Al alcanzar la mayoría de edad, el juez en lo Penal de Menores resolvió mantener la privación de libertad del menor pero como prisión preventiva, en los términos del artículo 315 del CPP de la Nación. El tribunal de alzada sostuvo que "...la decisión cuestionada no impide que el caso continúe según el régimen previsto por la ley 22.278 por ser [A] menor de edad al momento del hecho y más beneficioso en función de las alternativas previstas por el art. 4 de esa norma... La solución dada, entonces, ha compatibilizado la regularización de su situación de libertad, por un lado, de acuerdo a la ley procesal que se les debe aplicar a los adultos, manteniendo el lugar de alojamiento para menores a efectos de dar cumplimiento 'en cuanto fuere posible' (art. 8, ley 22.278) con el tratamiento establecido por el inciso 3 del art. 4 de la misma ley, por el otro. Es obligación de los jueces interpretar las normas armónicamente y en su conjunto, por lo que el reproche dirigido al legislador, si bien puede ser plausible, no nos exime de nuestra responsabilidad de interpretar el derecho de aplicación al caso en una forma que resulte acorde a los intereses que están en juego, respetando tanto que en definitiva se cumpla con las disposiciones de la ley 22.278 y, por otro lado, estar a la reciente modificación legislativa en lo que hace a la mayoría de edad"¹⁵².

Las interpretaciones jurisprudenciales reseñadas precedentemente demuestran el estado de absoluta desintegración

¹⁵² CNCrim. y Corr., Sala I, "A., J. L.", 15/4/10, *El Dial Express*, 21/5/10.

en el que se encuentra la legislación penal juvenil argentina. El desorden normativo generado a raíz de las demoras en la adecuación de la legislación interna a los estándares internacionales ha originado la necesidad de pergeñar interpretaciones legales de emergencia con el objeto de alcanzar soluciones que superen los vacíos normativos y armonicen -en la medida de las posibilidades- la legislación vigente con las finalidades del Derecho penal juvenil consagradas a nivel constitucional.

En efecto, ante situaciones de tal naturaleza se impone, por quienes son responsables de la aplicación de las normas, una intensa e imaginativa labor hermenéutica cuyo objeto debe estar centrado en la necesidad de conciliar las normas en pugna con el respeto de las garantías consagradas por el sistema constitucional. Más aún, en cuestiones como el Derecho penal juvenil donde se encuentran en juego una serie de intereses y derechos fundamentales cuya protección merece máxima atención al constituir, en definitiva, límites al poder punitivo del Estado.

3. EL PROCESO LEGISLATIVO DE ADECUACIÓN A LA NORMATIVA INTERNACIONAL

3.1. A nivel provincial

En Argentina, el diseño constitucional establece que los estados provinciales han *delegado* a la Nación la facultad de dictar normas *sustantivas o de fondo* en determinadas materias (civil, *penal*, comercial, minería, trabajo, seguridad social y las leyes específicamente mencionadas en el art. 75, inc. 12, de la Constitución nacional), en tanto han *conservado* la facultad de dictar normas *adjetivas o de forma* (procesales). Esto implica, como expresa Sabsay, que las provincias poseen "un poder constituyente secundario, dada la relación de subordinación que ellas tienen respecto de la Nación que es la titular del Poder constituyente primario". En consecuencia, están obligadas a instaurar en sus respectivas Constituciones un sistema "a imagen y semejanza del federal en lo

Evaluación de la moralidad