

Bases para un nuevo Derecho penal juvenil

Por Ezequiel Crivelli ¹

Sumario: 1. Introducción 2. El “Régimen Penal de la Minoridad”: un espécimen en peligro de extinción 2.1 Ámbito material de aplicación 2.2 Ámbito personal de aplicación 2.3 Consecuencias jurídicas 3. Perspectivas de futuro: bases para un nuevo derecho penal juvenil 3.1 Ámbito material de aplicación 3.2 Ámbito personal de aplicación 3.3 Consecuencias jurídicas 3.4 ¿Y el ámbito temporal de aplicación? 4. Valoración final

1. Introducción

La decisión adoptada por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP)² constituye un hito en lo que respecta al régimen jurídico vigente en materia penal juvenil. En efecto, si bien el éxito del recurso interpuesto por los Dres. Emilio García Méndez y Laura Musa era ciertamente predecible, teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial que viene observándose en esta materia, posee un valor adicional, pues advierte acerca de la impostergable necesidad de replantear las bases sobre las que se asienta el Derecho penal de niños y adolescentes en nuestro país.

Nuevamente, llama la atención que una decisión de semejante envergadura, haya sido dictada por un tribunal no especializado en la materia lo que, salvo contadas excepciones, se ha convertido en un fenómeno habitual en la evolución de la jurisprudencia penal juvenil de

¹ Profesor de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo.

² Causa n° 7537 caratulada “García Méndez, E. y Musa, L. C. s/rec. de casación”, de 11 de diciembre de 2007.

nuestro país. Lo cierto es que, en este caso, con una firmeza sin precedentes, la CNCP no sólo declaró la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 22278, en lo que respecta a la posibilidad de disponer el internamiento de menores inimputables sino que, además, exhortó al Poder Legislativo nacional a sancionar –dentro de un plazo no mayor a un (1) año- una norma que establezca, de una vez por todas, un sistema integral de responsabilidad penal juvenil acorde a las exigencias constitucionales.

¿Cómo será la estructura de este nuevo sistema normativo? Pues bien, las líneas maestras del modelo de Derecho penal juvenil propuesto por las Naciones Unidas en los diversos textos internacionales, así como el talante de las transformaciones legislativas que se han forjado en las legislaciones comparadas, permite presagiar las características que ostentará este nuevo sistema.

En el presente trabajo, intentaré realizar un pequeño esbozo acerca de lo que entiendo serán tales bases o cimientos, para lo cual el enfoque se centrará en dos aspectos que constituyen el punto de partida para el diseño de este nuevo modelo. Ellos son, concretamente, los ámbitos -material y personal- de aplicación y las consecuencias jurídicas de la intervención penal. Ello así, pues se trata de los extremos que marcan el comienzo y el fin de la maquinaria penal. El primero, marca el punto de arranque en tanto el segundo, establece los límites cuantitativos y cualitativos con los que se despliega³. En síntesis, se trata, ni más ni menos, de las líneas directrices que delimitan el *sí* y el *cómo* de la respuesta penal y que representan los anagramas que sintetizan la filosofía latente bajo cualquier regulación positiva.

Previo a todo, se realizará un análisis crítico de *lo que queda* del sistema penal de menores argentino, luego de los embates doctrinarios y jurisprudenciales que ha recibido y el impacto de las reformas legislativas operadas a nivel nacional y provincial. De este modo, se podrá observar y comprender de un modo mucho más palpable las diferencias normativas entre el viejo pero aún vigente “Régimen Penal de la Minoridad” de corte

³ GÓMEZ RIVERO, María Carmen, “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *Revista Penal*, N° 9, 2002, p. 3.

netamente paternalista y el futuro "Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil" inspirado en la normativa internacional o doctrina de la protección integral.

Se dejarán de lado cuestiones no menos trascendentes, pero que exceden el objeto del presente trabajo, tales como las relacionadas con aspectos de naturaleza procesal; aunque su estrecha vinculación impondrá, en el sitio oportuno, la realización de breves consideraciones al respecto.

2. El "Régimen Penal de la Minoridad": un espécimen en peligro de extinción

Es difícil comprender el motivo por el cual este "decreto-ley", dictado en plena dictadura militar se ha mantenido, por tanto tiempo, hegemónico e impermeable a los principios, derechos y garantías consagrados en los principales tratados internacionales de derechos humanos. Una buena explicación a este fenómeno la brindó hace algunos años García Méndez, quien dio cuenta de que:

"...en la América Latina de los 80 (...) contábamos con un derecho explícitamente autoritario y antidemocrático. Esta situación era, particularmente evidente en áreas del (no) derecho constitucional y penal... El derecho de menores –particularmente en su carácter de eficiente instrumento de control social, especialmente a través de su conocida "vocación" para la criminalización de la pobreza-, convivió cómodamente con toda la política del autoritarismo y no sólo con su política social. La discrecionalidad omnímoda del derecho de menores, donde la legalidad consistía en la mera legitimación de lo "que era más conveniente" [según] el responsable de su aplicación, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo"⁴.

Sin embargo, no es posible atribuir la supervivencia de este sistema a los regímenes de gobierno totalitarios exclusivamente, pues han transcurrido más de veinte (20) años desde el retorno de la democracia, no obstante lo cual Argentina ha permanecido indiferente a las tendencias de derecho comparado por demás visibles en los países que conforman su

⁴ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELOFF, Mary (Comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 2ª Edición, Ed. Temis – Depalma, Santa Fé de Bogotá - Buenos Aires, 1999, T 1, p. 13.

entorno geográfico. A pesar de ello, el sistema tutelar de justicia penal juvenil ha mantenido su vigencia, abroquelado en ideologías dogmáticamente superadas pero que inspiraron su implementación, tales como los postulados del más lacrimógeno positivismo criminológico y correccionalismo.

La situación es realmente extraña si comparamos el proceso de transformación producido en los ámbitos nacional y provincial pues, la ignominiosa morosidad legislativa a nivel federal se contrapone con el fuerte avance de las provincias en cuanto a la adecuación de su normativa a la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (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). Ahora bien, es hasta cierto punto absurdo imaginar un proceso penal; cuya finalidad mediata consiste en actuar 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 responsabilidad penal juvenil (de fondo) adecuada a los estándares internacionales para luego diagramar, a nivel provincial, las normas adjetivas tendientes a *realizar* ese Derecho penal sustancial.

Los acertados y tenaces planteos realizados por la doctrina especializada y la jurisprudencia tampoco han logrado el reemplazo de este régimen, pero lo han colocado, ciertamente, en un *callejón sin salida*. En efecto, la evidente y declarada invalidez de sus preceptos ha terminado *desdibujando* tanto sus presupuestos de intervención como su tramposo sistema de sanciones y consecuencias jurídicas. Este desbarajuste normativo ha generado, por otra parte, un vacío legal difícil de cubrir que entorpece además su correcta interpretación y aplicación.

2.1 Ámbito material de aplicación

Como todo modelo tutelar de justicia penal juvenil, el "Régimen Penal de la Minoridad" plantea en este tópico un conflicto o contradicción flagrante con el principio de *legalidad* o *taxatividad* penal (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*)⁵, según el cual debe garantizarse no sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino también que el individuo no será sometido ni por el Estado, ni por los jueces, a penas que no sean previamente establecidas.

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 completamente ambiguo y genérico. En el caso de la Ley 22278 esta condición se verifica con la comprobación de que el menor "se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta" (art. 1º, último párrafo y art. 2º, último párrafo).

Es decir, en estos casos, sobre la base de lo normado por la derogada Ley 10903, de Patronato del Estado, la ley autorizaba al juez de menores a "disponer" de niños y adolescentes en *situación irregular* por tiempo indeterminado o hasta que alcanzaren la mayoría de edad, independientemente de que su conducta haya encuadrado o no en una figura penal y, en su caso, que hubiese sido comprobada o no su participación desde el punto de vista procesal⁶. De este modo, la reacción

⁵ Acerca de la importancia y contenido de este principio puede consultarse MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6ta. Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 99 y ss.

⁶ El art. 14 de la Ley 10903 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). Por su parte, el art. 21 disponía que "...se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por lo 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 ladrones o gente viciosa o de

estatal cobraba impulso siempre que se configurara un contexto de *riesgo material o moral*, independientemente de que el menor haya sido autor o víctima de un hecho delictivo.

Podría afirmarse -siguiendo la terminología de Ferrajoli- que el sistema tutelar de justicia penal juvenil conformó, sobre la base de esta normativa, un sistema de Derecho penal *máximo*. Es decir, un modelo caracterizado por la *incertidumbre*, la *imprevisibilidad* y la *discrecionalidad*; no controlable racionalmente por inexistencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación o de revocación⁷.

Esta 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 22278 y 10903, en tanto no distinguían entre niños que necesitaban atención o protección y aquellos se encontraban en conflicto con la ley penal⁸. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "*Maldonado*"⁹, 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".

Ahora bien, las incompatibilidades que planteaba esta cuestión con el sistema constitucional argentino, han quedado en gran parte *invalidadas o neutralizadas*, gracias a la labor crítica de la doctrina especializada, la legislación (nacional y provincial) dictada con posterioridad a la ratificación

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".

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p 105.

⁸ Observaciones Finales: Argentina, CRC.C.15.Add.187, del 9 de octubre de 2002.

⁹ CSJN, "*M., D. E. y otro*", 17/12/2005, *La Ley* 2006-C, 288, con nota de María Angélica Coma Ojeda – *La Ley* 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*, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 36-81.

de la CIDN; como así también, al activismo demostrado en recientes - aunque aislados y tardíos- pronunciamientos judiciales, como el que aquí glosamos. En esta inteligencia, la derogación de la Ley Patronato del Estado y la declaración de inconstitucionalidad de los dispositivos legales de la Ley 22278 en ella fundamentados, ha terminado *delimitando* el ámbito de intervención a los casos de menores imputados por hechos tipificados en el Código Penal únicamente. En otras palabras: ha quedado eliminada cualquier posibilidad de intervenir *penalmente* en caso de menores en "situación irregular".

De todos modos, es importante destacar que el "Régimen Penal de la Minoridad" 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 en la parte especial del Código Penal y sus leyes complementarias, los que determinan que acciones o conductas pueden ser atribuidas a personas menores de dieciocho (18) años de edad.

En este sentido, algunos autores han planteado, en sentido crítico, la posibilidad de construir un Derecho penal juvenil limitado a la comisión de determinados tipos penales, abogando por una *despenalización* (por ej. de las faltas, los delitos imprudentes o los delitos de bagatela) y consiguiente reducción del ámbito material de intervención¹⁰. La propuesta se fundamenta en el resultado de los estudios criminológicos realizados en la materia¹¹, que demuestran que no todos los hechos tipificados en el Código Penal pueden ser cometidos por menores de edad (así por ej., los delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, los delitos tributarios o societarios, etcétera), limitándose los casos de

¹⁰ Así, ALBRECHT, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht*, 3.Auflage, C. H. Beck, München, 2000, pp. 90-95; TAMARIT SUMALLA, Josep María, "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, TAMARIT SUMALLA, Josep María, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia, 2002, pp. 34 y ss., quien sostiene que sería más adecuado una remisión limitada al Código Penal, mediante la mención específica de las infracciones cuya comisión da lugar a una reacción penal con exclusión, por ejemplo, de los delitos imprudentes y de los supuestos de escasa gravedad.

¹¹ Naturalmente se trata de estudios realizados en países europeos y anglosajones pues, en Argentina, brillan por su ausencia.

delincuencia juvenil a un núcleo muy específico (robos, hurtos, delitos contra la vida, algunos delitos contra la integridad sexual, daños, etcétera)¹². En cuanto a las faltas o conductas menos lesivas se afirma que, sobre la base de los principios de *subsidiariedad* e *intervención mínima*¹³, debería reservarse el Derecho penal juvenil a los hechos de particular gravedad conformándose, en este sentido, un Derecho penal juvenil *mínimo*.

El artículo 1º de la Ley 22278/22803, siguiendo el criterio ya establecido en su momento por la Ley 14394, establece una reducción de la intervención penal en el caso de delitos cuya pena no exceda de dos (2) años de prisión, delitos de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación¹⁴. Es decir, en estos supuestos, la norma establece que los menores comprendidos entre los dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad tampoco serán imputables, lo que constituye una importante *despenalización* que equipara la situación jurídica de estos jóvenes a la de los menores de dieciséis (16) años "no punibles". Esta reducción del ámbito material de intervención, criticada en su momento por algunos autores¹⁵, constituye una opción político criminal hasta cierto punto rescatable 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, por ejemplo¹⁶- sin perjuicio, por supuesto,

¹² PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores – LO 8/2006- (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Ed. Tirant lo Blanch, p. 27, quien entiende que la delimitación de una tipología propia de menores evitaría el continuo recurso al Derecho penal de adultos y a las finalidades retribucionistas del mismo, contrarias a los ideales y objetivos del Derecho penal de menores.

¹³ Con relación a este principio –aunque refiriéndose al Derecho penal de adultos- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 95, señalan que el Derecho penal ha de ser considerado como *extrema ratio*, por lo que el Estado sólo debería recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. Evidentemente, el principio cobra mayor valor en materia penal juvenil.

¹⁴ En la Ley 14394 quedaban fuera del ámbito de intervención material los delitos *que no excedieran de un (1) año de prisión*, de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación. En la ley 22278/22803 la despenalización es un tanto más generosa, pues se extiende a los tipos penales reprimidos con pena de hasta dos años (2) de prisión.

¹⁵ Así, VIÑAS, Raúl Horacio, *Delincuencia juvenil y Derecho Penal de Menores*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 298, quien considera injustificada e inexplicable esta exención de responsabilidad.

¹⁶ Donde el ámbito de aplicación material comprende todos los delitos y faltas previstos en el Código Penal y sus leyes específicas, cualquiera sea su penalidad.

de las grandes diferencias teóricas e ideológicas en que se inspiran ambos modelos.

De todos modos, hay que reconocer que la tendencia legislativa se orienta en la dirección radicalmente opuesta, pues está marcada por la permanente introducción de nuevos tipos penales, en la denominada "expansión del derecho penal"¹⁷, lo que repercute directamente en este ámbito, teniendo en cuenta la accesoriedad del Derecho penal juvenil en materia de infracciones.

2.2 Ámbito personal de aplicación

El inconveniente que aquí se presenta tiene relación, entre otras cosas, con la necesidad de estipular la edad a partir de la cual corresponde reclamar una responsabilidad jurídico-penal en la que predominen criterios de prevención especial positiva, guiados a su vez, por el principio de culpabilidad. La determinación de la *edad mínima* a partir de la cual se encuentre legitimada la intervención penal será producto de una *opción valorativa* que concrete los límites dentro de los cuales el poder punitivo estatal dispensará un trato diferente al joven infractor¹⁸.

La normativa internacional no ha determinado expresamente una edad mínima para poder ser sujeto de responsabilidad, circunscribiéndose a recomendar que no se trate de "una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual"¹⁹, aconsejando también que la normativa especial se aplique a los "delincuentes adultos jóvenes"²⁰.

Pues bien, siguiendo la línea fijada por la Ley 14394 y el Código Penal de 1921, la Ley 22278/22803 prevé las siguientes categorías de niños y adolescentes:

a) Menores de dieciséis (16) años de edad (*no punibles*):

¹⁷ Acerca de esta tendencia político criminal puede consultarse la conocida obra de SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da. Ed., Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

¹⁸ GÓMEZ RIVERO, María Carmen, op. cit., p. 3.

¹⁹ Regla 4 (Reglas de Beijing).

²⁰ Regla 3.3 (Reglas de Beijing).

Son considerados inimputables en forma absoluta, sin admitir prueba en contrario *-iure et de iure-*. Como se indicaba en el apartado anterior, la norma ha extendido esta ausencia de imputabilidad hasta los dieciocho (18) años cuando al menor se le atribuya la comisión de un delito que no exceda de dos (2) años de prisión o cuando se trate de un delito de acción privada o reprimido con pena de multa o inhabilitación (art. 1, Ley 22278). Sin embargo, la ley no habla de inimputabilidad sino de "no punibilidad". En efecto, el art. 1º del decreto-ley 22278 establece que "*no es punible* el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años...", lo que genera cierta confusión pues, como es sabido, la categoría de la punibilidad, ya abandonada en la mayoría de los sistemas dogmáticos de imputación, no coincide en absoluto con la de la culpabilidad o responsabilidad.

De todos modos, como puede advertirse, 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 Tejedor, en el que se estableció que en el caso de menores entre diez (10) a catorce (14) 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 posterioridad²¹ 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 22278/22803 con el sistema del Código Penal español de 1928, donde se declaraba irresponsable al menor de dieciséis (16) años; sistema que fue mantenido en los Códigos españoles de

²¹ Un relato por demás explicativo de estas discusiones puede verse en, VIÑAS, Raúl Horacio, *Delincuencia juvenil...*, op. cit., pp. 217-225.

1932²², 1944²³ y 1973²⁴, todos ellos basados en un modelo de justicia penal juvenil de naturaleza tutelar.

Según el texto de la ley, si alguno de estos menores 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, falto de asistencia o presenta problemas de conducta, podrá el juez disponer en forma definitiva del niño previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Sin embargo, como se adelantaba precedentemente, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de este precepto en lo que respecta a la posibilidad de disponer provisional o definitivamente de los menores inimputables (art. 1; 2º, 3º y 4º párrafo), por lo que sólo ha quedado materialmente vigente el primer párrafo del artículo, referido a los límites de imputabilidad. Por otra parte, con la sanción de la Ley 26061, de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la imposición y seguimiento de medidas de protección aplicables a esta franja de menores, siempre que se verifique una situación de vulneración de derechos, se encuentra a cargo del órgano administrativo –Sistema de

²² El Código Penal español de 1932 declaraba en su art. 8.2 exentos de responsabilidad criminal a los menores de dieciséis años. Cuando un menor que no hubiere cumplido dicha edad ejecutare un hecho castigado por la ley sería entregado a la jurisdicción de los Tribunales tutelares de menores.

²³ El Código Penal franquista de 1944 mantuvo las líneas generales del texto anterior, pues fijó la minoría de edad en los dieciséis años manteniendo la entrega de los mismos a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.

²⁴ El art. 8 de este cuerpo legal establecía que “está exento de responsabilidad criminal el menor de 16 años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho penado por la Ley, será confiado a los Tribunales Tutelares de Menores” y el art. 9.3 disponía que “Son circunstancias atenuantes: la de ser el culpable menor de 18 años. Por su parte, el art. 65 disponía que “al mayor de 16 años y menor de 18 años se aplicará la pena inferior en 1 ó 2 grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable”.

Protección Integral de los Derechos de Las Niñas, Niños y Adolescentes- prohibiéndose en forma categórica aquéllas que impliquen privación de libertad (arts. 39, 40 y 41, inc. "e", Ley 26061).

Continuando la línea jurisprudencial marcada en decisiones anteriores²⁵, la Sala III de la CNCP expone claramente en el fallo aquí comentado 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 (16) 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 procesal²⁶.

b) Menores entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años (imputables relativos):

La ley presume la capacidad de culpabilidad de los menores 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 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

²⁵ CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 6/12/06, "G. F. D. y O. s/Expediente tutelar", *Lexis Nexis* 9/7692; Juzgado Penal de Menores, Tunuyán, Mendoza, "M., G. A. R.", 18/12/06, *Lexis Nexis*, n° 35010070.

²⁶ 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", *Lexis Nexis*, N° 0003/013206.

verificación de tres presupuestos, contemplados en el artículo 4° de la Ley 22278 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 (18) 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.

De todos modos, la Ley 22278 prevé que la autoridad judicial podrá también “disponer” de estos jóvenes durante la tramitación del respectivo proceso, a fin de posibilitar el cumplimiento 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, *si 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 respetarse los demás principios que juegan en materia de

coerción personal, tales como del de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad, mérito probatorio, limitación temporal, etcétera.

Así lo sostuvo la jurisprudencia en el caso "*Famoso*"²⁷ donde la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de las medidas limitativas de la libertad en el proceso penal seguido contra estos menores, entendiendo que los principios constitucionales que limitan la imposición y 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 preventivas u otra formas 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*"²⁸ 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.

²⁷ CN en lo Crim. y Corr., Sala I, 17/03/2004, "*Famoso, E. y Otro*", *La Ley*, 2004-D, 194, *La Ley*, 2004-D, 809, *DJ*, 01/09/2004, 9, con nota de Verónica I. Gigante – Colección de Análisis Jurisprudencial, Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal – Andrés José D'Alessio, 204.

²⁸ CNCP, en Pleno, "C. F., M. R.", 26/06/2006, comentado por SOLARI, Néstor, "Un plenario de la Casación Penal sobre la ley 24390 y su aplicación a las medidas de internación dispuestas sobre menores sometidos a proceso penal", *Lexis Nexis*, 35003567.

a) Menores entre dieciocho (18) y veintiún (21) años (jóvenes adultos):

A partir de los dieciocho (18) años de edad cobra plena vigencia el Derecho penal ordinario, por lo que ya no son aplicables las previsiones del artículo 4° de la Ley 22278, 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 artículo 6 de la Ley 22278/22803 establece que:

“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”.

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 24660, 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” que:

“Los jóvenes adultos de dieciocho (18) a veintiún (21) 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 (21) años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir veinticinco (25) 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 inhumanas condiciones de los "centros" donde estos jóvenes se encuentran "alojados".

Ahora bien, con relación a esta categoría de jóvenes la doctrina ha postulado, en consonancia con la normativa internacional, la conveniencia de establecer dispositivos que contemplen la posibilidad de aplicar, en determinados casos, el sistema de responsabilidad penal juvenil. Ello así, teniendo en cuenta que estos jóvenes ostentan, en gran medida, rasgos de personalidad adolescente, fenómeno que en la actualidad se ha transformado en algo habitual a raíz de la llamada "dilación o prolongación de la adolescencia". Las investigaciones realizadas en el ámbito de la ciencia psicológica y sociológica revelan que el desarrollo de la personalidad de ningún modo se adquiere en forma automática a los dieciocho (18) años. Por el contrario, todo indica que el proceso de maduración depende de la personalidad de cada individuo, de sus condiciones familiares y de la perspectiva de lograr cierta autonomía económica. En otras palabras, los jóvenes comprendidos en estas edades poseen una personalidad más bien inmadura, inestable e influenciable, por lo que una reacción penal idéntica a la prevista para personas adultas no siempre resulta lo más aconsejable. Uno de los sistemas jurídicos que adhiere a este criterio es el alemán. En efecto, la *Jugendgerichtsgesetz* (JGG) prevé la posibilidad de aplicar la normativa del Derecho penal juvenil a los menores comprendidos entre los dieciocho (18) y veintiún años (21) en los siguientes supuestos: 1) cuando de la apreciación total de la responsabilidad del autor, englobando las condiciones ambientales, se deduzca que el joven adulto, en el momento de la comisión del hecho ilícito, puede ser asimilado a un menor de dieciocho (18) años de edad en lo relativo a su desarrollo moral y psíquico; 2) cuando el hecho delictivo cometido por el joven pueda ser considerado como una típica transgresión juvenil en lo relativo a sus características, las circunstancias concretas del caso y los motivos de su comisión (§ 105, JGG).

2.3 Consecuencias jurídicas

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 menor de edad, de un hecho delictivo. Por el contrario, el sistema resulta, en este sentido, también accesorio al Código Penal. En consecuencia, los menores imputables son pasibles de las mismas penas previstas en el Derecho penal de adultos, dejando 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 al menor en ciertos casos y bajo determinados presupuestos.

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 (18) 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 esta en condiciones de decidir el *sí* y el *cómo* de la imposición de pena. Es decir, puede disponer *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) por lo que, como señala Viñas, por regla general el juez se ve en la necesidad de "emitir un veredicto de culpabilidad y *guardar en el*

cajón la sentencia de condena a las resultas del tratamiento tutelar²⁹. 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 la falta de precisión de las mismas, lo que da lugar a un repugnante 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 brida precisión alguna acerca de lo que debe considerarse *positivo* o *negativo* en el devenir de dicho tratamiento, por lo que la cuestión queda librada al soberano arbitrio judicial. La palabra empleada nos da la pauta, por otra parte, de la ideología en la que se inspira el modelo –positivismo criminológico y correccionalismo³⁰- pues generalmente es a los “enfermos” a quienes se les aplica un “tratamiento” que obviamente puede equivaler a *internación*. La “medicación” suministrada –que nunca constituye un mal sino un *bien* para el enfermo- será eficaz cuando la enfermedad que padece el menor se

²⁹ VIÑAS, Raúl Horacio, op. cit., p. 325.

³⁰ La escuela correccionalista se consolidó fuertemente gracias al impulso que le imprimió la «generación krausista» interesada en la aplicación de esta filosofía a tres campos específicos: el Derecho, la educación y la política. Los principales representantes del correccionalismo en España, donde el krausismo tuvo un desarrollo inusitado, fueron: Concepción Arenal y Pedro Dorado Montero. Para Arenal, el delincuente es un *incapaz* que cedió a la tentación porque fue débil. Esta debilidad constituye una *anomalía* de su voluntad, de la cual el delito constituye manifestación externa. La pena es, en esencia “*un bien*” de *orden moral para el delincuente*. Señala que los fines de la pena son, además de la corrección, la expiación, la intimidación y la afirmación de la justicia. Tales fines, lejos de excluirse, se armonizan. Con Dorado Montero culmina la tendencia correccionalista española. Sobre la base de postulados correccionalistas y positivistas crea una nueva concepción: el Derecho penal tradicional ha de ser sustituido por un Derecho correccional, “*protector de los criminales*”. Mediante él, la justicia penal abandonaría su función retributiva *para cumplir una función de patronato*, encaminada a la modificación de la voluntad criminal con base en el estudio psicológico de las causas de la delincuencia en cada caso concreto. Se convertirá, por tanto, en una *Pedagogía correccional orientada por la Psicología* (el destacado me pertenece). Véase ANTÓN ONECA, José, “La teoría de la pena en los correccionalistas españoles”, en *Estudios jurídico-sociales*, II, Santiago 1960, 1015 y ss.; ANTÓN ONECA, José, *La utopía penal de Dorado Montero*, Ed. Universidad de Salamanca, 1951. Según ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 307, el torbellino de influencias filosóficas imperantes en esta época transformaron a Dorado Montero en “*el más coherente de los positivistas*”.

alivie. Si el menor no se cura o recae habrá que prorrogar 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.

Como acertadamente destaca Ferrajoli, en los sistemas basados en este tipo de postulados ideológicos la pena "asume la forma de *tratamiento* diferenciado, que apunta a la transformación o a la neutralización de la personalidad (...) –no importa si es con el auxilio del sacerdote o con el del psiquiatra- mediante su reeducación hacia los valores dominantes o, peor aún, su liberación médica. Y consiguientemente se resuelve, en la medida en que el *tratamiento* no es compartido por el condenado, en una aflicción añadida a su reclusión y, más exactamente, en una lesión a su libertad moral o interior que se suma a la lesión a su libertad física o exterior que es propia de la pena privativa de libertad. Además, dado el carácter correctivo asociado a los *tratamientos* penales, no se justifican límites legal y rígidamente preestablecidos a las exigencias individualizadas de la corrección. Por el contrario, se justifican y recomiendan penas de naturaleza y duración indeterminadas, sujetas a cambios a medida que varían las necesidades correctivas y que cesan sólo con el arrepentimiento o la *curación* del reo"³¹.

Pues bien, supeditar la absolución o la imposición de pena al resultado del mencionado "tratamiento tutelar" resulta a todas luces ilegítimo. Ello así, toda vez que dicho "tratamiento" obedece a la "disposición judicial" realizada *discrecionalmente* por la autoridad judicial que, en la mayoría de los casos, implica privación de libertad previa al dictado de una sentencia de condena. La invalidez constitucional de este instituto arrastra consigo al mencionado período mínimo de tratamiento tutelar -como presupuesto de la decisión acerca de la imposición de pena- quedando el mecanismo diseñado por el art. 4º de la Ley 22278 completamente vacío de contenido. En otras palabras, si es inconstitucional la norma que habita 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

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 270.

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 encerrada con el único objeto de contrarrestar un supuesto peligro de fuga o entorpecimiento probatorio.

Ciertamente, esta forma de reglamentar las consecuencias jurídicas resulta a todas luces incompatible con la CIDN, que exige el establecimiento de un catálogo de sanciones alternativas a la internación o privación de libertad (art. 40.4, CIDN). En este orden, la posibilidad de atenuación o eximición de pena que prevé el régimen penal de la minoridad no 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 dicho galardón, 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.

En definitiva, la Ley 22278 no erige un sistema de consecuencias jurídicas diferenciado en atención al abordaje que reclama la especial condición jurídica de las personas menores de edad, tal como exige la normativa internacional, sino que se remite *in totum* a las escalas penales previstas en el Código Penal. Prueba de ello, es que Argentina cuente con la atroz cifra record de individuos condenados a prisión o reclusión perpetua por hechos cometidos antes de los dieciocho (18) años de edad, sanción expresamente prohibida por la CIDN³². Situación 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" al menor del Derecho penal³³. Este

³² El art. 37 inc. a) de la CDN establece que los Estados velarán por que "Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. *No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación*" (el destacado me pertenece).

³³ Un análisis y recopilación de tales fallos puede verse en, GARCÍA MENDEZ, Emilio, *Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad*

sombrío mecanismo ha llevado a algunos autores a sostener acertadamente que, en realidad, la mayoría de edad penal en el régimen penal de menores argentino no se alcanza a los dieciocho (18) años sino a los dieciséis (16), pues a partir de esa edad se aplica un sistema que no difiere en nada del Derecho penal de adultos.

La jurisprudencia no ha declarado aún la inconstitucionalidad del artículo 4° del "Régimen Penal de la Minoridad", lo que resulta comprensible desde una perspectiva "política" únicamente, teniendo en cuenta la incertidumbre y vacío legal que produciría semejante declaración. Sin embargo, ha tenido oportunidad de pronunciarse *tímidamente* con respecto a los criterios que deben orientar la decisión de aplicar penas privativas de libertad por hechos cometidos antes de los dieciocho (18) años de edad. Así, en el citado caso "*Maldonado*" la Corte Federal sostuvo que la atenuación prevista por el artículo 4° de la Ley 22278 conforme a los parámetros de la tentativa debe ser aplicada *como regla general*. Sin embargo, no dijo que esta disminución deba ser considerada *obligatoria* –como reclamaba el recurrente– por lo que, disimuladamente, admitió la posibilidad de aplicar la escala del delito consumado. En cuanto a la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua por hechos cometidos antes de los dieciocho (18) años de edad, no declaró tampoco su inconstitucionalidad en forma expresa.

En sus fundamentos sostuvo, entre otras cosas, que "la "necesidad de pena" a que hace referencia el régimen de la ley 22278 en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a "peligrosidad" (...). Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente atiendan a fines de resocialización (...). 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

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.

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 se 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 (18) 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 fundadamente 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”.

3. Perspectivas de futuro: *bases para un nuevo Derecho penal juvenil*

Excede el objeto del presente comentario enunciar o describir la innumerable cantidad de proyectos que han sido presentados al Poder Legislativo nacional con el objeto de sustituir el actual sistema penal de menores. Cabe señalar, por otra parte, que tales proyectos no se destacan por su uniformidad precisamente³⁴.

Lo cierto es que, luego del pronunciamiento de la Sala III de la Cámara de Casación Penal, se impondrá la necesidad de diseñar un nuevo sistema que deberá obedecer, si pretende adecuarse a los estándares normativos internacionales, a una *nueva gramática*³⁵ en materia penal juvenil completamente diferente a la lógica del antiguo sistema tutelar o asistencial.

3.1 Ámbito material de aplicación

En cuanto al *ámbito de aplicación material* deberá sujetarse al principio de *legalidad* penal en forma estricta, abandonando por completo cualquier posibilidad de intervenir en razón de circunstancias que no constituyan ilícitos expresamente tipificados por el Código Penal. Es decir, deberán desaparecer las categorías de riesgo, abandono, peligro moral o material o sus versiones recicladas terminológicamente de vulnerabilidad o disfunción familiar.

Tal como ha indicado la doctrina especializada, sería conveniente establecer dispositivos que reduzcan la intervención penal, mediante la *despenalización* o *descriminalización* en el plano legal de los delitos imprudentes, las faltas o contravenciones y demás ilícitos de escasa importancia (bagatela) sobre la base de variables tales como la cuantía del perjuicio, habitualidad, lesión de otros bienes jurídicos, etcétera y teniendo especial consideración de las características criminológicas de la delincuencia juvenil.

³⁴ Una clara descripción y cronología de tales proyectos legislativos puede consultarse en <http://www.observatoriojovenes.com.ar>.

³⁵ Como enseña FLETCHER, George P., *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 17-21.

A tales efectos, sería positivo mantener los criterios de *despenalización* que se encuentran contemplados en el actual régimen penal de la minoridad. Sin dejar de evaluar, además, la posibilidad de idear un catálogo autónomo de infracciones determinadas y específicas, susceptibles de ser cometidas por personas menores de edad, por más que esta solución aparezca en la actualidad como una utopía de difícil realización.

3.2 Ámbito personal de aplicación

El *ámbito de aplicación personal* deberá estar delimitado mediante diferentes franjas de edad, con regímenes jurídicos diferenciados. El límite de edad mínima ha sido objeto de discrepancias por parte de algunos autores que proponen fijarlo en los doce (12) años, en los dieciséis (16) o incluso en edades intermedias. De todos modos, la opinión mayoritaria coincide en el límite de los catorce (14) años, lo que concuerda con el criterio adoptado por la mayoría de las legislaciones comparadas, tanto en el ámbito europeo como latinoamericano. Los *niños* por debajo de este umbral mínimo no podrán ser objeto de ningún tipo de intervención penal, por lo que deberán ser derivados al sistema administrativo de protección previsto en la Ley 26061, siempre que se verifique una situación de amenaza o vulneración de derechos que así lo justifique.

Los mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) serán considerados plenamente imputables y responsables. Serán, en definitiva, los principales destinatarios del futuro sistema de responsabilidad penal juvenil. Desde luego, esta responsabilidad será *distinta* a la que se exige a un adulto pues adquirirá un carácter primordial la intervención de naturaleza *educativa* fundada en criterios *preventivos especiales*.

Dentro de esta franja etaria debería realizarse, a su vez, una subdivisión entre los menores de catorce (14) a dieciséis (16) años, por un lado, y los menores de dieciséis (16) a dieciocho (18) por el otro. La misma, tendría repercusiones en lo que respecta al sistema de sanciones pues deberá brindarse un trato más benigno a los menores de dieciséis (16) años que a los que rebasan esa edad. Ello teniendo en cuenta que la madurez no se

alcanza de un día para el otro sino que se trata más bien de un proceso evolutivo de carácter gradual.

En cuanto a los llamados *jóvenes adultos*, es decir, los comprendidos entre los dieciocho (18) y veintiún (21) años de edad, serán aplicables las normas penales y procesales comunes. Sin embargo, sería recomendable prever la posibilidad de aplicar el sistema penal juvenil a estos jóvenes en determinados supuestos excepcionales tal como se encuentra contemplado en el sistema alemán. Así, por ejemplo, cuando se trate de delitos de escasa importancia o cometidos sin haber empleado violencia o intimidación contra las personas.

3.3 Consecuencias jurídicas

Con relación a las *consecuencias jurídicas* deberá idearse un catálogo diferenciado de sanciones penales juveniles que conforme un escalonamiento de menor a mayor restricción de derechos. Es decir, no existirá una medida señalada para cada delito –como sucede en el Derecho penal de adultos- sino una enumeración general de las mismas. De manera tal que, con cierta flexibilidad, el juez pueda elegir aquella que resulte más adecuada para cada caso concreto.

Tal como se encuentra diagramado en los textos internacionales, las consecuencias pueden extenderse, desde la simple advertencia o amonestación hasta la privación de libertad en institutos especializados, incluyendo por ejemplo, sanciones como la libertad asistida, la semi-libertad, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios en favor de la comunidad, tratamiento ambulatorio, prisión domiciliaria, etcétera.

La privación de libertad sólo podrá estar regulada como una consecuencia de último recurso y por el tiempo menos prolongado posible, aplicable en determinados casos de extrema gravedad, expresamente previstos por la ley. A diferencia de lo que comúnmente se entiende, en el sentido de que las sanciones distintas a la prisión constituyen alternativas a ésta; en realidad, será la pena privativa de libertad *la alternativa excepcional* al resto de las sanciones aplicables en forma prioritaria; distinguiendo además, en función de las diferentes franjas etarias la

duración posible de dicha sanción y el tipo de delito que habilitaría su eventual imposición.

En este sistema, la fase de *ejecución* de las medidas tendrá un rol protagónico. Es más, me atrevo a afirmar que el éxito del futuro sistema de responsabilidad penal juvenil dependerá, en gran medida, de la forma como se instrumenten los programas de cumplimiento de las medidas impuestas por los tribunales penales juveniles. Lamentablemente, en este aspecto poseen demasiada influencia los condicionamientos humanos y materiales, que escapan con creces a la más sofisticada técnica legislativa. Es decir, sólo cuando se cuente con recursos materiales y humanos adecuados podrán conseguirse los principios educativos y preventivos especiales que orientan la imposición de este tipo de sanciones. De lo contrario, la nueva y revolucionaria legislación se transformará en papel mojado.

3.4 ¿Y el ámbito temporal de aplicación?

Una cuestión no menos importante tiene que ver con el momento a partir del cual comenzará a aplicarse esta nueva normativa. Ello así, toda vez que, en un considerable número de supuestos, se tratará de una norma penal *más benigna* que tendrá impacto en las sentencias dictadas con anterioridad a su entrada en vigor.

Los Defensores oficiales y particulares deberán estar atentos a esta cuestión pues, las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada podrán ser impugnadas mediante el recurso extraordinario de revisión a los efectos de reclamar la aplicación retroactiva del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil.

Piénsese, por ejemplo, en las mencionadas condenas a prisión o reclusión perpetua o, sin ir tan lejos, aquéllas sentencias en las que se han impuesto penas de hasta veinte (20) o veinticinco (25) años de prisión por hechos cometidos antes de los dieciocho (18) años de edad bajo el amparo de la legislación tutelar.

4. Valoración final

Es incuestionable que Argentina está atravesando por un período de fuerte y traumática transición entre un modelo *tutelar* o *paternalista* y un modelo de *justicia* o *responsabilidad* penal juvenil, similar al que se encuentra vigente en gran parte de Europa y Latinoamérica.

Los reiterados embates que ha recibido el "Régimen Penal de la Minoridad" en cuanto a su constitucionalidad han *desmembrado* por completo su contenido sustancial, quedando vigente únicamente los límites de imputabilidad en cuanto al ámbito personal de aplicación. Con respecto al sistema de consecuencias jurídicas, es evidente que se trata de un modelo completamente desfasado y contrario a los lineamientos consagrados por los instrumentos internacionales de derechos humanos, más allá de los loables esfuerzos interpretativos llevados a cabo por la jurisprudencia.

La situación descrita exige replantear en forma urgente las bases de un Derecho penal juvenil acorde a un Estado constitucional de derecho. Sin embargo, es importante no alimentar falsas expectativas en el poder de transformación de las leyes, máxime cuando se trata de normas de naturaleza penal. Es decir, la construcción de un nuevo sistema de justicia penal juvenil adecuado a los estándares internacionales de ningún modo significará una especie de *panacea* que permita barrer con los factores que llevan a nuestros jóvenes a delinquir.

La transformación jurídica deberá ir acompañada por el diseño y reforzamiento de las políticas sociales –con respaldo presupuestario suficiente– que permitan igualar las oportunidades de miles de niños y adolescentes pobres, mediante la creación de empleo, la ampliación de la oferta educativa y el fortalecimiento de los mecanismos de integración. No debe olvidarse esto cuando se construya el Derecho penal juvenil del futuro. El déficit social o las situaciones de vulneración de derechos económicos no pueden ser eliminados mágicamente con los medios que pone a disposición el poder punitivo del Estado.