

Comentario crítico al proyecto de ley de Régimen Penal Juvenil de la SENAF

Por Pablo Rossi¹

1) *Introducción*

A principios de este año, el Ministerio de Justicia de la Nación dictó la resolución 2017-21-APN-MJ², mediante la cual se convocó una comisión de trabajo para la formulación de un proyecto de reforma al régimen penal juvenil. Simultáneamente, se implementó el tema de debate en la plataforma denominada “Justicia 2020”³.

La Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia -SENAF- ha presentado para su evaluación un proyecto de ley, recientemente publicado por la Asociación de Pensamiento Penal, y que es el que intentaré ponderar brevemente a continuación.

Con ese fin, primero voy a delinear algunas pautas generales de valoración de un proyecto de reforma legislativa, para luego adentrarme en las características del texto propuesto por la SENAF.

2) *Los objetivos del proyecto de reforma*

Todo proyecto de reforma legislativa parte —implícita o explícitamente— de un diagnóstico de base, frente al que se plantean objetivos. Si alguien presenta un proyecto de reforma, razonablemente cabe suponer que parte de la base de que la norma actual o su interpretación usual presenta alguna falencia significativa, ya que de lo contrario no tendría sentido invertir tiempo y esfuerzos en modificarla. El diagnóstico, en consecuencia, debería determinar las decisiones centrales del proyecto en cuanto a qué aspectos de la legislación actual deben ser modificados.

¹ Docente e investigador de la U.B.A. y Agente Fiscal de Lomas de Zamora. Doctorando por la U.C.A..

² <http://complementos.jus.gov.ar/Media/Documentos/1615.pdf>

³ <https://www.justicia2020.gob.ar/foro/topic/reforma-a-la-justicia-penal-juvenil/>

Es por eso que, a la hora de evaluar las virtudes y defectos de un proyecto de reforma legislativa, surgen dos niveles de análisis que es necesario distinguir. Por un lado, si el proyecto acierta en abordar los problemas más significativos de la materia que se trate. Respecto de este primer aspecto, es esperable que medie un consenso importante en la comunidad jurídica, ya que se trata de identificar cuáles son las dificultades más comunes y/o relevantes. Luego viene el segundo nivel de evaluación, consistente en ponderar si las respuestas legislativas adoptadas en el proyecto resultan adecuadas para superarlos. Para eso será necesario tener en cuenta tanto el marco jurídico aplicable al tema tratado, como su aplicación en el contexto real donde la norma deba operar. Es en este segundo plano donde sería esperable encontrar un mayor número de opiniones divergentes.

Por último, dada la particular organización federal de nuestro país, también se debe evaluar si el proyecto incorpora regulaciones sobre aspectos que no son competencia del órgano legislativo de que se trate; dicho más concretamente, en el orden nacional, si el texto incluye normas de carácter procesal cuya regulación, siguiendo las pautas del art. 75 inc. 22, no haya sido delegada al Congreso de la Nación por las provincias. En ese caso, por más que el texto postulado tenga buenas ideas, deberá ser —al menos en esa parte— desechado, para su eventual presentación ante las legislaturas provinciales.

Aun cuando esto pueda parecer una obviedad -a ningún civilista o penalista se le ocurriría, en un código de fondo, establecer plazos procesales-, en materia juvenil la aclaración respecto del ámbito de competencia legislativa nacional se impone, dada la recurrente tendencia a considerar que una ley nacional debe regular y resolver la totalidad de las cuestiones significativas del fuero⁴, como si la Nación tuviera que dar respuesta a todos los interrogantes, y las provincias no estuvieran en condiciones de tomar decisiones particulares respecto de sus realidades.

Media una clara previsión constitucional, conforme la cual las provincias decidieron no autorizar al Congreso de la Nación a tomar decisiones en materia procesal. La mera consideración de la extensión de nuestro país, con las enormes diferencias culturales, sociales, económicas y políticas entre las diferentes provincias y regiones; y,

⁴ Resultan ilustrativos al respecto los aportes en el marco del programa Justicia 2020 para la reforma del régimen penal juvenil, referentes en importante medida a cuestiones de carácter procesal.

por último pero no menor, las diferentes realidades en materia de recursos, deberían bastar para reconocer que cada provincia necesita establecer sus propios procedimientos. Además, la reserva provincial es profundamente democrática en sentido comunitario, ya que se evita que los representantes de Jujuy decidan de qué modo se deben implementar las leyes en Tierra del Fuego.

Siguiendo lo expuesto, preliminarmente se debe establecer qué aspectos de la regulación del fuero de responsabilidad penal juvenil corresponden al legislador nacional.

Se trata de la determinación de normas *de fondo*, es decir, aquellas que determinan (a) las conductas de adolescentes que pueden ser consideradas como un delito penal, (b) las sanciones y demás respuestas del Estado que se encuentran habilitadas para su aplicación en el supuesto de que se verifiquen tales conductas, (c) el contenido conceptual de las mismas, es decir, pautas mínimas de ejecución; y (d) qué tipo de respuesta estatal se adoptará en supuestos de inimputabilidad, sea por edad mínima de punibilidad y/o por incapacidad psíquica de culpabilidad.

En cuanto a la primera cuestión, se suele sobreentender que las conductas típicas deben ser, respecto de los adolescentes, las mismas que las previstas para los adultos. Pero en sentido estricto, no hay razones para considerar que *todas* las conductas que se consideran delito por parte de adultos deban ser, automáticamente, tomadas como ilícitas para los adolescentes. A modo de ejemplo: un código penal perfectamente podría considerar ilícito que una persona de más de 21 años mantenga relaciones sexuales con un niño/a de 14 años, pero no considerar típica esa conducta por parte de un joven de 15 años de edad. Es cierto que no corresponde construir “ilícitos penales adolescentes” respecto de conductas que no estén abarcadas por el Código Penal de adultos. Pero un auténtico régimen penal juvenil especializado, debería hacer el esfuerzo de preguntarse qué es necesario perseguir penalmente y si algún tipo penal debe ser elaborado incorporando algún elemento típico adicional a los previstos en el Código Penal. Tal como está redactado el proyecto de la SENAF, resultaría posible perseguir penalmente a un joven de 16 años de edad por lavado de activos financieros.

En cuanto a los puntos (b) y (c) —el contenido de la respuesta estatal—, un régimen especializado, necesariamente debe prever un abanico de respuestas

diferentes a las aplicables a adultos. Concretamente, debe ser capaz de, respecto de la privación de libertad, definir un concepto de pena cualitativamente distinto al aplicable a mayores de edad. Eso implica definir, como veremos, un concepto de detención diferenciado, tanto en su contenido, como en sus características, arquitectura, parámetros de convivencia, derechos y obligaciones, actividades, etc.; todas cuestiones que escapan a la mera dimensión “temporal” de la cantidad de pena.

Respecto del punto (d), que abordaré específicamente más adelante, desde ya adelanto que la necesidad de que una ley de fondo adopte una decisión, no significa necesariamente que la edad mínima de punibilidad se ubique por debajo o por arriba de la actualmente vigente. Tampoco implica que necesariamente sean las agencias penales juveniles las que deban intervenir una vez detectada una hipótesis inimputabilidad o no punibilidad. Lo que sí significa, es que una buena legislación de fondo debe indicar, con claridad y precisión, la solución legal aplicable a este tipo de casos y el organismo que deberá asumir competencia (si será penal, de familia, autoridad de aplicación administrativa u otro). Lo que resulta inadmisibles es que la legislación considere que frente a un homicidio cometido por un inimputable o un no punible por edad, el Estado no deba hacer nada. A modo de ejemplo, nuestro Código Penal no se limita a establecer un piso mínimo de imputabilidad necesario para la imposición de pena; también determina —mejor o peor, eso siempre será cuestión opinable— qué tipo de intervención debe tener el Estado en los casos en que una persona que comete un ilícito resulta inimputable.

Podría pensarse que un proyecto de régimen penal juvenil que únicamente se adentre en determinar los aspectos postulados más arriba —de fondo— sería poco ambicioso. Al contrario. La determinación de qué significa una sanción juvenil -sólo por citar uno de los aspectos- es extremadamente compleja y es uno de los aspectos centrales en que se pone en juego la especialidad del sistema. En cuanto a los estándares mínimos de ejecución penal, se trata de aquellos aspectos centrales que impidan que una determinada sanción, sea aplicada de un modo que la desnaturalice por completo o la convierta en un tipo de sanción no habilitada por el legislador nacional.

3) *El proyecto frente a los problemas centrales actuales del proceso penal juvenil*

Adentrándonos en el proyecto, lo primero que se advierte es que el mismo no resuelve ni la determinación de qué es una sanción penal juvenil, ni estándares mínimos de ejecución para evitar que se desnaturalice. Tampoco aporta una respuesta en los supuestos de comisión de delitos por adolescentes no punibles por edad o no imputables psíquicamente. En cambio, introduce la posibilidad de imponer medidas así llamadas “socioeducativas”, en términos confusos y contradictorios. Y, por último, en diversas oportunidades regula aspectos procesales que las provincias no delegaron en la nación. Veamos:

A) Se incorporan confusas “medidas socio educativas”.

Una primera dificultad del proyecto es que incorpora, en su capítulo segundo (art. 12 y siguientes), la posibilidad de imponer judicialmente una serie de medidas cuya naturaleza jurídica no resulta clara. En principio, no parecen tener naturaleza cautelar, teniendo en cuenta que no se establecen reglas de proporcionalidad, y su duración se admite desde el inicio —¿con la mera denuncia?— hasta el fin del proceso. Tampoco, a simple vista, resultan puramente restitutivas de derechos, teniendo en cuenta que las mismas pueden imponerse judicialmente y, además, se extienden hasta los 21 años de edad, es decir que persistirían hasta después de que el joven alcance la mayoría de edad legal.

Podría pensarse que se trata meramente de facultades orientadas a restituir derechos. Pero si ese fuera el caso, deberían poder aplicarse administrativamente, y no sólo para supuestos de investigación de un delito. Además, el artículo 13 claramente les otorga el carácter de “obligaciones o prohibiciones”.

Seamos claros: si una obligación o prohibición se impone en el marco de un proceso de tipo penal respecto del imputado⁵, no reviste carácter cautelar, es una pena anticipada. Es claro que las medidas “socio educativas” no son cautelares, ya que no se establece ninguna pauta de proporcionalidad ni referencia a los fines del proceso; y siendo imposiciones obligatorias, no corresponde asimilarlas a medidas de restauración de derechos vulnerados.

No obstante, el capítulo segundo, sin precisar el carácter de esas medidas, las confunde y superpone, con escasa claridad conceptual, con medidas de tipo cautelar.

Esta falta de claridad se expresa incluso en la terminología utilizada en el capítulo. Si bien inicialmente se plantean como medidas puramente socio educativas - así se titula el capítulo donde se tratan-, el art. 16 incorpora la posibilidad de privación de libertad —de hecho, utiliza la expresión “prisión preventiva” —, y remata el párrafo indicando que “el mero interés socioeducativo” -que era, según el postulado del capítulo, el objetivo de este tipo de medidas- “nunca podrá fundar la aplicación de la medida”.

Como para terminar de oscurecer el panorama, en los fundamentos del proyecto se incrementa la confusión entre prisión preventiva y medidas socio educativas:

(...) Este requisito mínimo ha sido regulado en esta ley en cuanto al contenido y los límites de *la medida educativa, especialmente la de privación de libertad*, cuya duración máxima se ha establecido en seis (6) meses prorrogables por cuatro (4) y excepcionalmente por dos (2) más, y bajo los estándares mínimos de las regulaciones referidas a *la prisión preventiva más la finalidad socioeducativa*, como requisito adicional con base en la especialidad.

Luego, el art. 19 establece el “límite de la medida de coerción procesal”, pautando plazos temporales para los supuestos de privación de libertad.

En consecuencia, el proyecto presenta un capítulo que habilita medidas judiciales “socio educativas” que no pueden ser otra cosa que sanciones —*más allá de*

⁵ Si bien el artículo 9, en referencia al imputado, hace referencia a “la persona imputada”, los arts. 13 y 14 establecen la posibilidad de imponer restricciones a “la persona”, lo que podría interpretarse de un modo más amplio. Seguramente el texto quiso referirse al imputado, pero no deja de ser un ejemplo de mala técnica legislativa.

las buenas o malas intenciones—, en cuanto son restricciones a derechos o a aspectos de la libertad personal⁶. Pero esas sanciones se habilitan desde el inicio mismo del proceso, por lo que se trata al imputado como culpable antes de la sentencia. Y en el contexto de esa “socio educación”, se regula también lo que parecerían ser medidas cautelares de tipo procesal.

En tanto, el art. 17 establece que “En ningún caso la persona adolescente imputada por la comisión de un delito será sometida a una consecuencia material o jurídicamente igual o más gravosa que la que le correspondiera a una persona adulta por el mismo hecho”. ¿Acaso algún adulto puede ser objeto de imposición de restricciones en su libertad personal, desde el inicio del proceso, sin ninguna referencia a parámetros cautelares de tipo procesal? Si se toma en serio el artículo 17, a simple vista se observa que entra en abierta contradicción con el resto del capítulo segundo.

B) No se define una pena especializada

El proyecto distingue entre “medidas disciplinarias” y “penas”. Respecto de estas últimas, el art. 22 establece que “Las penas aplicables por delitos cometidos en este régimen penal juvenil son las que establece el Código Penal con arreglo a las disposiciones de la presente ley”.

En lo esencial, el proyecto establece dos diferencias con el régimen de adultos: la duración reducida de la pena —con un máximo de 10 años—, y su cumplimiento en lo que denomina “establecimientos socioeducativos especializados” hasta los 21 años de edad.

En definitiva, no se establece una pena privativa de libertad conceptualmente diferente de la aplicable a los adultos. Respecto del declamado “carácter socioeducativo”, de los lugares de detención, no sólo la normativa actualmente vigente así lo establece⁷, sino que, en sentido estricto, es el mismo mandato que rige para los lugares de detención de adultos⁸. El proyecto de ley no establece ninguna diferencia

⁶ Se incluye, por ejemplo, la obligación de “Evitar el contacto con determinadas personas y abstenerse de frecuentar determinados lugares.”

⁷ Decreto-Ley 22.278, art. 6º

⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.6 (“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”)

clara, nítida y concreta, de régimen o contenido de esa privación de libertad respecto de las penas impuestas a adultos. Se limita a formular una ambigua expresión de deseos que, ni aquí ni en el ámbito de adultos, ha implicado alguna mejora visible en las condiciones de detención.

En cuanto a la reducción temporal, en sentido estricto eso no es una “pena especializada” sino una mera mensuración en función de la culpabilidad⁹. Una pena reducida en el tiempo no es por eso sólo una pena especializada. Si así fuera, deberíamos concluir que la pena prevista para el robo es una pena “especializada” respecto de la pautada para el homicidio, simplemente por su menor duración. Un tercio de cárcel sigue siendo cárcel. La identidad de una sustancia no es cuantitativa sino cualitativa.

Por otra parte, la renuncia a una pena especializada opera como disparador para mantener las características nocivas de la actual regulación de “pena diferida” del Decreto-Ley 22.278: dado que no se prevé ningún tipo de respuesta penal especializada, mejor aplazar su imposición hasta que el joven llegue a la mayoría de edad. Con lo cual se mantienen las inconsistencias del esquema actual: imposición de contenido resocializador mientras el imputado debería ser considerado aun inocente; estiramiento de la privación de libertad cautelar; desfase entre el momento del ilícito y la certeza sobre sus consecuencias.

C) No se aclara el contenido conceptual de las penas (estándares mínimos de ejecución)

De nuevo, al renunciar a proponer una pena especializada, el proyecto ni siquiera profundiza acerca de qué significa exactamente la pena: se pauta un máximo de diez años. ¿Diez años de qué? ¿de encierro solitario en una celda? ¿de inclusión en un ámbito cerrado de qué características? Lo que sí se puede advertir, es que hay una renuncia expresa al principio de progresividad: el joven que llegue a los 21 años de edad

⁹ C.S.J.N., “M.D.E. y otro s/robo agravado”: “Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional”

cumpliendo una pena, pasará automáticamente, sin criterios de evaluación de conducta, a un régimen formalmente más gravoso.

Esa renuncia expresa al principio de progresividad es una consecuencia conceptual de atrasar la imposición de sanción hasta los 18 años de edad. Un régimen auténticamente especializado, debería prever sanciones adecuadas a adolescentes, porque justamente se impondrán a ese tipo de sujetos, con una proximidad temporal a la conducta indebida que haga que la sanción tenga sentido y relación con el ilícito.

D) No se indica estatal en supuestos de inimputabilidad y/o no punibilidad en razón de la edad.

En la Argentina resulta casi imposible realizar algún análisis reflexivo en materia de respuesta estatal frente a situaciones en que un adolescente no punible por su edad realice una conducta contemplada en el Código Penal como un delito grave. Antes de dar el primer paso, se considera casi una obligación etiquetar el pensamiento como “no a la baja” o “sí a la baja” (sic) de la edad mínima de responsabilidad penal.

La eliminación del pensamiento crítico, y su reemplazo por la supuesta obligación moral de posicionarse detrás de una opción binaria de etiquetas, no conduce a ningún resultado útil.

Si se observan las normas penales en el ámbito de adultos, es fácil advertir que los códigos penales, en cualquier lugar del mundo, no se limitan a establecer que la imposición de pena exige acreditar la culpabilidad. Dado que siempre es posible que una persona que no tiene capacidad psíquica de culpabilidad realice una conducta gravemente lesiva, y en ese caso, *se considera evidente que alguna agencia del Estado tendrá que intervenir y hacer algo al respecto*, se sobreentiende que la legislación debe prever esa hipótesis y decidir algún modelo de intervención estatal. Por supuesto que eso puede dar lugar a una extensa discusión acerca de qué agencia debe intervenir y de qué manera —Juez de ejecución penal, Juez de familia, medidas sucesivas o superpuestas de tipo administrativo, medida de seguridad “curativa”, etc.—, pero nadie duda de que el Estado debe elaborar algún tipo de respuesta.

Sobre todo, teniendo en cuenta que allí donde el Estado no elabora ninguna respuesta, es la propia comunidad la que abordará el conflicto emergente. Y si es un conflicto violento, en muchos casos la reacción será igualmente violenta.

Sin embargo, en nuestro país, en materia penal juvenil, incluso en debates en el ámbito académico, parecería que resulta suficiente regulación legislativa establecer la edad mínima de punibilidad penal, sin adoptar ninguna previsión respecto de qué agencia del Estado debería intervenir ante la comisión de un delito grave por parte de quien tiene una edad inferior a la mínima, y qué tipo de herramientas y criterios de actuación deberían aplicarse. Por cierto, ese enfoque tiene como consecuencia directa alimentar la demanda social de reducción de la edad mínima de responsabilidad penal.

El proyecto de ley presentado por la SENAF se limita a establecer que “No es penalmente responsable la niña, el niño o adolescente que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad al momento de la comisión del hecho” (art. 2°). Consecuentemente, no se efectúa ninguna previsión para el supuesto de que un adolescente de quince años, por ejemplo, cometa un homicidio, o protagonice frecuentemente robos con armas de fuego.

¿Por qué no se establece ninguna previsión en el proyecto? La creencia de que “no hay que decir nada” sobre los casos en que un joven no punible por edad comete un delito grave, puede basarse en las siguientes premisas erróneas:

a) *Considerar que casi nunca ocurre que una persona de menos de 16 años de edad cometa delitos graves y por ende no hay que hacer nada.* Siguiendo estadísticas de la Provincia de Buenos Aires, surge que un 10% de los homicidios dolosos tanto tentados como consumados cometidos en 2015 incluyó la autoría o coautoría de un adolescente de menos de 18 años de edad¹⁰. Dentro de ese grupo, cerca de quince homicidios en el año fueron cometidos por jóvenes no punibles en razón de su edad. Si bien se trata de un número notoriamente bajo respecto del total general, se verifica un

¹⁰ Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, Informe de Homicidios, disponible en: <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Caracterizacion%20de%20los%20Homicidios%20Dolosos%202015.pdf> (consultado: 30/6/2017).

número de sucesos suficiente como para que la legislación adopte algún tipo de previsión respecto de cómo proceder ante esos supuestos.

Además, a esos casos se suman los supuestos de carrera criminal: jóvenes que entre los 14 y los 16 años, son detenidos sucesivamente en distintos momentos en la comisión de delitos de gravedad creciente. La ausencia de un modelo claro de intervención tiene como resultado, en la Provincia de Buenos Aires, que ante la detección de estos casos ninguna agencia tiene una intervención eficaz y concreta.

Por último, se advierte que aun cuando los casos de gravedad sean escasos, la falta de previsión de respuesta estatal genera demandas sociales que ponen en crisis la totalidad del sistema, y también genera falsas expectativas en los adolescentes respecto de que sus conductas, sin importar el daño que causen, no tienen como correlato ninguna consecuencia práctica.

b) *Asumir que es “obvio” que debe intervenir la autoridad administrativa de niñez y que no es necesario regular el tipo de intervención.* Aquí hay un doble error. Por un lado, se parte de la base de que la ausencia de intervención de la agencia penal implica automáticamente que tomará el caso la agencia administrativa la cual —si se toma en serio la postura— se debería hacer presente en el lugar del hecho ante la primera noticia y en urgencia.

Eso implica imaginar una autoridad de aplicación en el ámbito del poder ejecutivo, ansiosa por asumir competencia en problemas complicados que están en la frontera del régimen penal juvenil a pesar de que ninguna norma legal la obligue a hacerlo. Obviamente, más allá de algún caso aislado de voluntarismo individual, eso no se verifica. No hay ninguna ley que establezca con claridad que la autoridad de aplicación de niñez deberá asumir el abordaje de la situación en los supuestos en que se verifique la comisión de un delito grave por parte de un joven no punible por su edad. Por el contrario, a ningún policía se le ocurriría, frente a un homicidio, convocar al servicio local de protección de derechos; y si lo hiciera, al menos en la Provincia de Buenos Aires, se encontraría con que la autoridad de aplicación no cuenta —ni contó nunca— con equipos técnicos disponibles durante las 24 hs., ni mucho menos con capacidad de actuación en el terreno y en urgencia.

Aquí vale la pena hacer una aclaración, aunque pueda parecer obvia. Asumir competencia no es simplemente hacer algo en relación al joven. Es hacerse responsable del conflicto y su abordaje, que incluye al joven, pero también eventualmente a la víctima y la comunidad. Asumir competencia significa ser la agencia que toma decisiones en el terreno y asume responsabilidad sobre la situación planteada en general y el joven en particular.

Ahora bien, asumiendo que tome intervención la agencia local de niñez y adolescencia. ¿Qué tipo de intervención debería tener y con qué batería de recursos normativos? Si se considera que la agencia de niñez sólo debe actuar para “reestablecer derechos vulnerados”, eso lleva a la consecuencia práctica de que no podría, por ejemplo, imponerle al joven que realice un tratamiento en relación a una adicción que haya sido determinante para la comisión del delito. Si se determina que media un caso grave de negligencia parental, rápidamente se advertirá que las agencias de niñez no cuentan con recursos normativos ágiles, efectivos y concretos, para imponer a los padres obligaciones de cuidado parental cuya omisión pueda sancionarse realmente.

Dicho más brevemente: si se considera que debe asumir intervención la agencia administrativa, se debe también dotar a esa agencia de herramientas legales suficientes como para lograr una actuación efectiva. Dado que esas herramientas hoy en día no están previstas, resulta inconsistente asumir que implícitamente el sistema legal le asigna esa competencia.

La realidad de nuestro país demuestra que aproximadamente un diez a veinte por ciento de los jóvenes detenidos en el sistema de responsabilidad penal juvenil son no punibles por edad privados de libertad a disposición de jueces penales juveniles. Semejante estado de situación no sería posible si la normativa atribuyera claramente competencia a una esfera diferente a la penal juvenil.

Entonces, no se puede considerar “obvio” que la autoridad administrativa debería intervenir en ese caso para hacer no se sabe bien qué. Quienes consideren que, ante la comisión de un delito grave por parte de un joven no punible por su edad, resulta deseable que no intervenga la justicia penal, deberían estar en condiciones de proponer un modelo consistente de intervención por parte de otra agencia, con expresa y adecuada regulación normativa, cosa que el proyecto de ley aquí analizado no hace.

c) *Saber que hay un vacío legal problemático, pero considerar políticamente incorrecto mencionarlo porque se podría interpretar como un argumento a favor de reducir la edad mínima de responsabilidad penal (“queda mal hablar de eso”). Se trata de un razonamiento que produce un efecto exactamente contrario al deseado: en la medida en que no se propone nada útil, se da a entender que la única respuesta posible es la reducción de la edad mínima de punibilidad.*

4) El proyecto frente al mandato de la Corte I.D.H. en el caso “Mendoza”

En el caso “Mendoza”, la Corte I.D.H. condenó a la Argentina y le ordenó modificar el dec./ley 22.278. Por lo que un punto de partida imprescindible es determinar por qué la Corte I.D.H. consideró que el dec./ley 22.278 contradice la Convención de Derechos del Niño, y si el proyecto de la SENAF resulta consistente con el estándar trazado en esa sentencia.

En su fallo, la Corte I.D.H., en lo tocante al dec./ley 22.278, sostuvo que *“El sistema previsto por el artículo 4 de la Ley 22.278 (supra párr. 153) deja un amplio **margen de arbitrio** al juez para determinar las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por personas menores de 18 años, **tomando como base no sólo el delito, sino también otros aspectos como “los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez”**. Asimismo, de la redacción del párrafo 3 del artículo 4 de la Ley 22.278 se desprende que los jueces pueden imponer a los niños las mismas penas previstas para los adultos, incluyendo la privación de la libertad, contempladas en el Código Penal de la Nación, como sucedió en el presente caso. **De lo anterior, la Corte estima que la consideración de otros elementos más allá del delito cometido, así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, son contrarias al principio de proporcionalidad de la sanción penal a niños, en los términos ya establecidos en esta Sentencia**”¹¹. En función de eso resolvió que *“la Ley 22.278, que actualmente regula el régimen penal de la minoridad en Argentina y que fue aplicada en el presente caso, contiene disposiciones contrarias a la Convención Americana y a los estándares internacionales aplicables a la**

¹¹ Corte I.D.H., “Mendoza y otros vs. Argentina”, párr. 295 (sin resaltado en el original).

*justicia penal juvenil*¹² y dispuso en definitiva que “*El Estado deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil*”.

Es decir que para la Corte I.D.H., el sistema del dec./ley 22.278, contradice específicamente la Convención de Derechos del Niño en la medida en que implementa un mecanismo de determinación de la pena que habilita un “margen de arbitrio” que se basa en otros elementos “diferentes al delito cometido” es decir, distintos al reproche por el injusto.

El proyecto de la SENAF claramente mantiene en este aspecto el esquema del dec./ley 22.278. En el artículo 25, establece que “*Una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo anterior, si las modalidades del hecho, la situación de vulnerabilidad de la persona joven o adolescente, el resultado de la supervisión, los informes de los equipos técnicos interdisciplinarios y/o el comportamiento de la persona joven o adolescente posterior al hecho no hicieren necesario aplicarle una sanción, se la absolverá; de lo contrario, se le podrá aplicar una medida disciplinaria o una pena reduciéndola a un tercio en su mínimo y la mitad del máximo. El mínimo de la pena será meramente indicativo, pudiendo el tribunal aplicar una pena menor*”. Es cierto que la referencia a “*los informes de los equipos técnicos interdisciplinarios y/o el comportamiento de la persona joven o adolescente posterior al hecho*” se plantea en referencia a la aplicación o no de una sanción. Pero si se observa el párrafo en su conjunto, puede inferirse que el *quantum* de la pena —suponiendo que se imponga— también estará influido por esos informes y la conducta posterior, ya que si pueden ser tomados en cuenta para absolver de cumplimiento de pena, es razonable que también sean considerados, en casos en que esos parámetros no determinen eximir de pena pero sí aconsejen reducirla sustancialmente.

Más allá de las opiniones que cada uno pueda tener sobre las virtudes y defectos del esquema presente, lo cierto es que la Corte I.D.H. ordenó a la Argentina su modificación legislativa. El proyecto de la SENAF lo mantiene, por lo que su adopción traería aparejada la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional.

¹² Corte I.D.H., “Mendoza y otros vs. Argentina”, párr. 325.

5) La presencia de normas de carácter procesal en el proyecto de la SENAF

De la simple lectura del proyecto de la SENAF se advierte la existencia de numerosas disposiciones de carácter procesal, reservadas por las provincias y vedadas al legislador nacional. Resulta notable en este caso que a pesar de que los autores del proyecto, manifiestan en los fundamentos ser conscientes de esta limitación, permanente incurren en determinaciones procesales:

a) En el artículo 9°, se regula el momento en que el Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción; además, se asume que el titular de la acción será el Ministerio Público Fiscal, generando así confusiones respecto de la eventual regulación procesal provincial en materia de querellante. También se establece que la remisión funcionará necesariamente como extinción de la acción, y que otros casos como conciliación deberán funcionar en términos de suspensión de la acción. Se trata en todos los casos de decisiones de carácter netamente procesal. En todo caso, una ley nacional podría establecer que el ejercicio de la acción podrá suspenderse, no impulsarse o desistirse en los casos y en la forma que las leyes procesales determinen.

b) En el art. 11, se establece que en los casos de vulneración de derechos “el juez” dará intervención al órgano competente de protección integral. La decisión de si esa intervención debe ser garantizada por el Juez, el Fiscal, ambos o cualquier otro organismo, es netamente procesal y no corresponde a una ley nacional.

Se advierte en el proyecto una permanente referencia al “Juez” que parece obviar la posibilidad provincial de establecer otros dispositivos como el juicio por jurados.

c) El art. 12 expresa que las medidas socioeducativas deben ser “impuestas” y “controladas” por el Juez. Pero en realidad el método de control de medidas judiciales es una decisión de organización del sistema de justicia de cada provincia y, de hecho, la supervisión judicial no suele ser el mecanismo más eficiente.

d) El art. 15 determina que el organismo de supervisión deberá elaborar un informe “con una frecuencia mínima mensual” y remitirlo “al juzgado”. De nuevo, la cuestión de cómo se remite un informe (si es primero a las partes para que lo valoren o supervisen previamente, por ejemplo), es netamente procesal.

e) El art. 19 fija el límite temporal de la prisión preventiva, pero no sólo eso, sino el modo en que debe prorrogarse (primero por cuatro meses y luego por dos más).

f) El art. 27 establece que *“La pena de prisión impuesta deberá ser revisada semestralmente en audiencia ante el juez de la causa en la que deberán participar tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como el defensor, sin perjuicio de los demás sujetos que según la regulación procesal correspondiere”*. Se asume así que es imposible un proceso sin Fiscal (por ejemplo, con querellante), y hasta se determina la modalidad de la revisión y su frecuencia.

No se juzga aquí el mérito de las disposiciones del proyecto de la SENAF en materia procesal. En cualquier caso, se trata de regulaciones que no pueden ser establecidas por el legislador nacional.

6) Conclusiones

El proyecto de la SENAF presenta déficits estructurales en todos los frentes. Se adentra indebidamente en materia procesal; no resuelve los problemas esenciales de los que se debe ocupar una legislación penal juvenil de fondo; no construye un concepto especializado de pena; y mantiene el esquema del dec./ley 22.278 que fue declarado contrario a la Convención de Derechos del Niño por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También impone sanciones y restricciones a la libertad sin mediar sentencia condenatoria, es decir, habilita pena anticipada con pretexto resocializador, volviendo al viejo fraude de las etiquetas. Además, no establece un marco legal claro en materia de conductas ilícitas cometidas por jóvenes no punibles por edad o inimputables por incapacidad psíquica.

En los temas centrales, parece un proyecto orientado a mantener el actual funcionamiento del régimen penal juvenil en la Argentina; una suerte de *aggiornamento* del dec./ley 22.278 sin modificar ninguna clave estructural y, por ende, sin resolver ninguno de los problemas y déficits actuales del fuero. Así planteado, cabe preguntarse si tiene sentido propiciar una reforma legislativa cuyo único emergente relevante es limitar expresamente el máximo de pena aplicable. Sobre todo porque en la medida en que no se resuelvan los problemas estructurales del fuero que condicionan

su eficacia —como la imposibilidad de imponer una sanción adecuada, razonable y próxima en el tiempo al ilícito cometido—, el sistema penal juvenil seguirá siendo ineficiente y su falta de respuesta a las demandas de la sociedad motorizará, a la corta o a la larga, reclamos de tipo punitivista que darán por tierra con la limitación temporal de pena que el proyecto propone.