

## INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN Y RECLUSIÓN PERPETUA A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INFRACTORES A LEY PENAL.-

*Años atrás, no respetar los derechos de los niños era aberrante. Hoy, además, es inconstitucional* <sup>1</sup>

**\* Por Pablo A. Barbirotto.-**

El juez de ejecución penal, Adrián Norberto Martín, mediante la sentencia que se comenta, resolvió otorgar salidas transitorias a César Alberto Mendoza, uno de los jóvenes condenados a prisión perpetua por hechos cometidos cuando eran menores de 18 años de edad. La resolución, especialmente en el punto 1° de su considerando -párrafos 7 y 8-, analiza la situación de las niñas, niños y/o adolescentes a quienes se les impuso estas arbitrarias condenas. Esta valiente sentencia tiende a reparar, en parte y en la medida de lo jurídicamente posible, la situación originada.

Como se sabe, la República Argentina se encuentra denunciada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo este, que a su vez presentó el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para analizar la responsabilidad internacional del Estado Argentino, por violación de las disposiciones que prohíben aplicar este tipo de sanciones a niñas, niños y/o adolescentes infractores a la ley penal.

Lamentablemente, se llega a esta instancia como consecuencia de la inacción de nuestros sucesivos gobiernos en la búsqueda de soluciones amistosas a que constantemente instó la Comisión, recibiendo como respuesta silencios y evasivas.

Estas “penas”, pues, no pueden llamarse medidas como las denomina la Convención sobre los Derechos del Niños – art. 40.4- fueron impuestas por

---

<sup>1</sup> Unicef - Oficina de Argentina

aplicación del decreto ley 22.278 que, en lo relativo a la determinación de las penas y la posibilidad de excarcelación, remite a las personas menores de 18 años de edad infractores a la ley penal a la normativa aplicable a los adultos, lo cual permite asignar a niñas, niños y adolescentes las penas máximas previstas en el artículo 80 del Código Penal de la Nación, a saber, la prisión y reclusión perpetuas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un reciente informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, ha expresado que si bien el Decreto Ley N° 22.278 dispone que los adolescentes infractores inicien el cumplimiento de su condena al momento de alcanzar los 18 años de edad, la obligación del Estado de disponer medidas especiales en materia de justicia juvenil no se basa en la edad en la que la condena será cumplida, **sino en el momento en el cual se generó su responsabilidad por infringir las leyes penales**. Por ello, la respuesta estatal a dichas infracciones debe ser distinta de la respuesta frente a infracciones cometidas por adultos, conforme a los objetivos y principios de la justicia juvenil. Asimismo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha notado con preocupación que a la luz de estas normas, niños que fueron responsabilizados por infringir las leyes penales antes de cumplir la mayoría de edad, han sido tratados como adultos y sometidos a penas de prisión y reclusión perpetua incompatibles con los fines de la justicia penal juvenil. <sup>2</sup>

#### **Acerca de la inconstitucionalidad este tipo de sanciones.**

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su art. 37 declara que *“Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital*

---

<sup>2</sup> Véase “Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” elaborado por la Comisión Interamericana de **Derechos Humanos**, la **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos** y UNICEF. Aprobado en julio de 2011 y presentado a la Argentina el día 18 de noviembre de 2011.-parraf. 386

*ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*

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

Como sabemos la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño "tiene desde la reforma del año 1994 jerarquía constitucional por imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución Argentina. Ello significa que comparte con la Constitución su supremacía y que, por lo tanto, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico. Ello implica, también, que leyes, decretos, y reglamentos del Poder Ejecutivo, resoluciones administrativas, actos administrativos de alcance individual, y sentencias, deben aplicarla en un doble sentido, no sólo no contradiciéndose con las normas de la Convención sino en sentido positivo, adecuándose a lo prescripto por el tratado de modo que el tratado se desarrolle a través de esos dispositivos.

En este sentido, se ha señalado que "... a los tratados internacionales –mucho más cuando, como es el caso de la Convención sobre Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional- hay que adjudicarles lo que se da en denominar "**fuerza normativa**". Quiere decir que son normas jurídicas, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así, reaparece el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para esperar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresoras e inconstitucionales), para desarrollar la interpretación." <sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> BELOFF, Mary A. "La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno" Pág. 9

Esta operatividad de las cláusulas de la Convención debería haber originado numerosísimas de declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes que la transgreden. Sin embargo ello no fue así debido a ausencia de control de convencionalidad por parte de los órganos judiciales.

Asimismo, debe remarcar, por no ser un dato menor, que en ningún otro país de América Latina se han comprobado sentencias de prisión y/o reclusión perpetua a niñas, niños o adolescentes infractores a la ley. Debe llamarnos poderosamente la atención, entonces, cómo en un país como la Argentina que ha incorporado la Convención sobre los Derechos del Niño a su Constitución Nacional, experimente en forma reiterada, una práctica jurídica evidentemente violatoria no sólo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también tratados de derechos humanos con rango constitucional, como la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Pues, según el informe de fondo N° 172/10, emitido por la CIDH en noviembre del año 2010, el estado Argentino violó los derechos consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 5.6, 7.3 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de personas menores de 18 años al momento de la comisión de delitos de los cuales fueron considerados autores.

***Art. 5: Derecho a la Integridad Personal***

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
2. *Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.(...)*
6. *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*

***Art. 7: Derecho a la Libertad Personal***

3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*

***Art. 19: Derechos del Niño***

*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor por parte de su familia, de la sociedad y del estado.*

---

## Argumentos a favor de la aplicación de prisión y reclusión perpetua a niñas, niños y/o adolescentes infractores a la ley Penal

Quienes se encuentran a favor de la constitucionalidad de este tipo de sanciones “argumentan que la aplicación de dicha pena no es violatoria de la normativa internacional ya que la CDN en su art. 37 inciso a) prohíbe las penas de prisión perpetua, pero acota esa prohibición a los casos que no impliquen la **“posibilidad de excarcelación”**. Sostienen que la redacción de la norma es clara en cuanto a que lo único prohibido es la pena de muerte y la prisión perpetua sin esa posibilidad. (Casal, Eduardo Ezequiel. “Maldonado Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de arma en concurso real con homicidio calificado- causa n° 1174”).

Como la legislación argentina contempla la posibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados a prisión perpetua argumentan que no hay posibilidades de dejar a una persona privada de su libertad de por vida, ya que, aunque un adolescente que cometió un delito antes de los 18 años, reciba la condena más grave prevista por el Código Penal, podrá obtener su libertad anticipada. Tampoco realizan ninguna distinción entre el instituto de la excarcelación y el de la libertad condicional. Consideran que el término excarcelación “debe ser entendido como la posibilidad de recuperar la libertad en forma anticipada al agotamiento de la condena, cualquiera sea el instituto a través del cual el derecho interno lo regule”. (Casal, E. E., *op. cit.*).

## Argumentos en contra de la aplicación de prisión y reclusión perpetua a niñas, niños y/o adolescentes infractores a la ley Penal

Quienes cuestionan la constitucionalidad de este tipo de sanciones, sostienen que no puede igualarse el instituto de la excarcelación al de la libertad condicional ya que ambos tienen características diferentes.

La “posibilidad de excarcelación” a la que se refiere la Convención prevé la continua evaluación de la pena con el fin de que pueda sustituirse en cuanto sea posible. Y eso es justamente lo que no permite la libertad condicional.

La libertad condicional puede ocurrir recién a los treinta y cinco años de cumplimiento de encierro (según la redacción del art. 13 del Código Penal formulada por la ley N° 25.892, el 26 de mayo de 2004), si el menor cumple con una serie de requisitos como estudiar, trabajar y tener “buena conducta” y por último si el Sistema Penitenciario así lo dispone. Trabajar es prácticamente imposible porque no hay trabajo disponible y los informes que las autoridades penitenciarias envían al respectivo Juez de Ejecución son sumamente subjetivos y arbitrarios. Plantean que el fin de la sanción impuesta dependerá, no solo del paso de un considerable lapso, sino también de una decisión jurisdiccional futura, que bien puede ser negativa para el interés del menor. Es decir que, el art. 13 permite la libertad condicional para las penas de prisión perpetua, pero eso no significa que la garantice. (*Jantus, Pablo. Poder Judicial de la Nación. Sentencia N° 3378. Situación de Matías Ezequiel Millorini.*)

Los opositores a este tipo de sanciones plantean que interpretar el inciso a) del artículo 37 de la Convención de tal manera que permita imponer una pena de prisión o reclusión perpetua, es hacer una interpretación falsificada de la Convención, ya que se están vulnerando las verdaderas intenciones de un sistema penológico específico, cuyos objetivos plantean claramente la necesidad de hallar soluciones no punitivas. (*Jantus, P. op. cit.*) Por otra parte, el art. 37 de la CDN en su inc. b) prescribe que la pena de prisión “se utilizará como medida de último recurso y por el período más breve que proceda”, con lo cual, treinta y cinco años de encierro carcelario violan el principio de **brevedad** sobre el que habla la Convención. No se explica por qué mediante la libertad

condicional se cumple con el requisito de la pena como último recurso, ni por qué se satisface la garantía de que se impondrá por el menor tiempo posible”.<sup>4</sup>

### **Conclusión:**

De lo expuesto podemos concluir que la pena de prisión perpetua no se encuentra prohibida en la convención en términos definitivos, pues la misma puede ser impuesta siempre que exista la posibilidad de excarcelación.

Esta **“posibilidad de excarcelación”** ha sido interpretada por el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 10 - párr. 77-, indicando que **“la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico”**

Quizás, el desacuerdo entre quienes consideran este tipo de sanciones constitucionalmente validas y quienes no, surgiría de lo establecido en el art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus incisos a) y b). Conforme al primero y teniendo en cuenta la opinión de aquellos que están a favor su imposición, dispondría que la prisión perpetua está permitida en la medida que estos la consideran excarcelable, mientras que en el inc. b) la privación de la libertad de las niñas, niños y/o adolescentes infractores debe operar como último recurso y por el menor tiempo posible.

En caso “de existir esta colisión entre las normas citadas, el criterio interpretativo debería fundarse en el principio del interés superior del niño y el principio pro homine. Al significar el primero de éstos la mínima restricción posible de los derechos y garantías de niños y niñas, se impondría la solución del inc. b.

Al mismo resultado se llega interpretando esta supuesta colisión a la luz del principio pro homine, que informa toda la normativa de derechos humanos, en virtud del cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más

---

<sup>4</sup> GRAZIANO, María Florencia. Prisión perpetua a menores de edad: Seguimiento de casos, estado de situación de las sentencias e identificación de argumentaciones encontradas”. Disponible on line en <http://www.observatoriojovenes.com.ar/almacen/file/Informes%20Observatorio/Articulo%20perpetuas.pdf>

extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones .... este principio es.... estar siempre a favor del ser humano".<sup>5</sup>

Claro esta, entonces, que al realizarse una interpretación armónica del artículo 37 inc. a) y b) con el resto de la convención, estos, no resultarían compatibles con las características propias de las penas de prisión y/o reclusión perpetua.

Refuerza aún mas lo expuesto, lo indicado por el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General citada -párr. 77-, que al interpretar la Convención sobre los Derechos del Niño **recomendó la abolición de la prisión perpetua** debido a que la condena de una niña, un niño o un adolescente a cadena perpetua, aún con la posibilidad de puesta en libertad, haría muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia penal para personas menores de 18 años de edad.

Resuelta evidente, entonces, que la aplicación de las penas de prisión y/o reclusión perpetua a niñas, niños y/o adolescentes infractores a la ley penal, con la sola probabilidad legal de excarcelación **NO** es *per se* suficiente para que la aplicación de este tipo de sanciones sea compatible con el espíritu de la convención y por ende, tampoco, de nuestra constitución nacional, pues no permiten alcanzar los fines objetivos de un sistema de justicia penal juvenil respetuoso de los derechos humanos, atento a que la reacción frente a los actos contrarios al ordenamiento penal, por parte de un menor de 18 años de edad, no debe ser simplemente el castigo, ya que debe privilegiarse el *ius corrigendi* en lugar de un *ius puniendi* propio de un proceso penal de adultos, procurando su integración social y evitando en todo momento que sea privado de su derecho fundamental a la educación. Aquí el término educación, como uno de los objetivos del Derecho Penal Juvenil, no debe ser entendido en el sentido tradicional de la palabra, es decir como la transmisión de un conjunto de

---

<sup>5</sup> Solicitud de admisión como Amicus Curiae de Madres de Plaza de Mayo- Regional Mendoza- y otras (s/prisión y reclusión perpetua a jóvenes menores de 18 años al momento de la comisión del hecho que se les imputa)



valores basados en la tradición, la instrucción, los conocimientos, etc. sino como la búsqueda de un **objetivo** de toma de **CONCIENCIA**. Es por eso que este especial derecho penal debe servir para la educación, haciendo que el joven tome **conciencia** del hecho y de la existencia de límites.

En síntesis, siendo obligación especial del Estado eliminar todo tipo de sanción que atente contra la reinserción e integridad personal del niño infractor, podemos afirmar que la prisión y/o reclusión perpetua son penas “cruelles inhumanas y degradantes” pues atentan contra la dignidad e interés superior del niño y por lo tanto son inconstitucionales, ya que no le otorga posibilidad alguna de que permita su reintegración de forma constructiva dentro de la sociedad.

---

*\*Abogado, Escribano, Especialista en Derecho Penal.- Defensor de Pobres y Menores N° 8 de Paraná, Entre Ríos.-*