

Universidad Nacional de La Matanza

Secretaría de Ciencia y Tecnología

y

Departamento de Derecho
y Ciencia Política

**La Pena Máxima en el
Derecho Penal Juvenil**

Director: Dr. José Ángel Marinaro

Investigador: Nicolás Ezequiel Llamas

Beca de Investigación por
Resolución Rectoral 679/13

Investigación Vinculada:

“Una búsqueda de principios dogmáticos para la
dosificación de la pena”

San Justo, 28 de Noviembre 2014

A mis padres, Virginia y Antonio, que me han dado todo
A mi hermano, Federico, por el amor que nos une
A Matías, por este camino de felicidad que compartimos

Y a todos los que me acompañaron y me ayudaron,
que fueron muchos y dieron demasiado,
esperando ser merecedor de sus cariños y afectos

*Un hombre es lo que hace
con lo que hicieron de él*

Jean-Paul Sartre

*Un gran poder conlleva una gran responsabilidad
El conocimiento es un poder
Ejercemos, y ayudemos a ejercer, esa responsabilidad*

Director:

Dr. José Ángel Marinaro

Investigador:

Nicolás Ezequiel Llamas

Colaboradores Internacionales:

Dr. Gonzalo Berrios

Dr. Javier Palummo

Dr. Juan Pablo Sanchez

Dr. Mario Camilo Torres Leguizamon

Dra. María Consuelo Barletta

Dra. Verónica Piñero

Dra. Zunilda Carbajal Del Mar

Colaboradores Nacionales

Aldana María Zingg

Lic. Andrea Homene

Gabriel Peñoñori

Pablo Luis Di Meglio

Dr. Raúl Elhart

Llamas, Nicolás Ezequiel

“La Pena Máxima en el Derecho Penal Juvenil”.

Beca de Investigación por Resolución Rectoral 673/13.

Investigación Vinculada: *“Una búsqueda de principios dogmáticos para la dosificación de la pena”*, Código C2DER/005, CyTMA2.

Universidad Nacional de La Matanza.

San Justo, 28 de noviembre de 2014.

Correo electrónico de contacto: nicolasllamas@hotmail.com

ABSTRACT

Esta investigación académica buscó determinar la pena máxima que se le puede aplicar a una persona de 16 o 17 años de edad condenada por un delito en la República Argentina. Ello como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó a este país por aplicar prisión o reclusión perpetua.

Se estudió la relación entre la pena que establece el artículo 4 del Decreto-Ley 22278, y los principios de culpabilidad, proporcionalidad, y prisión como último recurso y por el plazo más breve que proceda de la Convención de los Derechos del Niño.

La metodología utilizada incluye un exhaustivo relevamiento bibliográfico de la legislación, doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, vigente y no vigente. Se realizó trabajo de campo mediante el sistema de entrevista semi-estructurada a diferentes magistrados del poder judicial. El principal método de demostración utilizado ha sido el control de constitucionalidad y convencionalidad.

Se concluyó que la reducción a la tentativa resulta insuficiente para cumplir los estándares internacionales del derecho penal juvenil. Asimismo, se determinó que la pena máxima no debe superar una oscilación entre los 7 y 8 años de privación de la libertad.

This academic research sought to determine the maximum penalty that may be imposed on a person of 16 or 17 years old, who has been found guilty of a crime in the Argentine Republic. This was researched following the decision of the Inter-American Court of Human Rights, which sentenced this country for imposing life imprisonment.

This research examined the relation between the penalties established by article 4 of the decree-law 22278, and the principles of culpability, proportionality, and prison as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time of the Convention on the Rights of the Child.

The methodology included a comprehensive bibliographic survey of legislation, doctrine and jurisprudence national and international, current and non-current. Fieldwork was conducted through the system of semi-structured interviews with several judges, prosecutors and public defenders. The main method of proof was the constitutional and conventional review.

It was concluded that the reduction of the scale of punishment to the attempted crime is insufficient to fulfill the international standards of juvenile crime law. Also, it was determined that the maximum penalty shall not exceed an oscillation between 7 and 8 years of imprisonment.

Keywords: tesis, investigación, derecho penal juvenil, pena máxima, responsabilidad penal juvenil, derecho comparado, control de constitucionalidad, control de convencionalidad.

ÍNDICE

ÍNDICE	5
ABREVIATURAS	8
A.-INTRODUCCIÓN	9
A.1.- Planteamiento del Problema.....	10
A.2.- Objetivos.....	10
A.3.-Delimitaciones.....	11
A.4.- Hipótesis	12
A.5.- Metodología	12
A.6.- Estructura.....	13
B.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	14
B.1.- Las Leyes de Indias y sus coetáneas.....	14
B.2.- El Código Penal de Carlos Tejedor.....	15
B.3.- El Código Penal según Ley 1920 de 1886.....	17
B.4.- El Código Penal según Ley 11179 de 1921	18
B.4.1.- El Fallo Galvarino Castañeda	19
B.5.- La Ley 14394 de 1954.....	20
B.6.- El Decreto-Ley 22278 de 1980	21
B.7.- Leyes Procesales	23
B.7.- Las Normas Supranacionales	23
B.7.1.- La Convención sobre los Derechos del Niño	23
B.7.2.- Las Reglas.....	25
B.7.3.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	29
B.7.4.- Otros tratados internacionales	30
C.-ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL ACTUAL	32
C.1.- Sentencias de Reclusión y Prisión Perpetua	33
C.1.1.- Caso M.A.S.....	33
C.1.2.- Caso G.S.F.....	35
C.1.3.- Caso C.D.N y L.M.M.....	36
C.1.4.- Caso C.A.M.....	39
C.1.5.- Caso S.C.R.C.....	41
C.1.6.- Caso R.D.V.F.....	42
C.1.7.- Otros Casos	42
C.2.- El Fallo Maldonado	43
C.2.1.- Antecedentes.....	43
C.2.2.- El Dictamen del Procurador General.....	46
C.2.3.- La Sentencia	47
C.2.4.- Conclusiones	50
C.3.- El Fallo Mendoza	51
C.3.1.- Antecedentes.....	51
C.3.2.- La Sentencia	52
C.3.2.1.- Consideraciones Generales.....	52
C.3.2.2.- Arbitrariedad de las Sentencias	56
C.3.2.3.- La Finalidad de la pena privativa de libertad.....	57

C.3.2.4.- Las Penas Perpetuas como tratos Crueles e Inhumanos	58
C.3.3.- Conclusiones	61
C.4.- Fallos posteriores.....	64
C.4.1.- Las Acciones de Revisión.....	64
C.4.2.- El Fallo Marsiglio de la SCBA	65
E.-EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	67
E.1.- La Insuficiencia de la Reducción a la Tentativa	67
E.2.- Cerrando Caminos: la Ley anterior	68
E.3.- Trabajo de Campo	69
E.4.- El Derecho Comparado: un camino hacia una solución.....	70
F.- DERECHO COMPARADO.....	72
F.1.- La Selección de Países.....	72
F.2.- La Exclusión de Países	73
F.2.1.- Antigua y Barbuda.....	73
F.2.2.- Bahamas.....	73
F.2.3.- Barbados	73
F.2.4.- Belice	73
F.2.5.- Bolivia.....	74
F.2.6.- Cuba	74
F.2.7.- Dominica	74
F.2.8.- Granada	74
F.2.9.- Guyana	74
F.2.10.- Haití.....	74
F.2.11.- Jamaica.....	74
F.2.12.- San Cristóbal y Nieves.....	74
F.2.13.- San Vicente y las Granadinas	74
F.2.14.- Santa Lucia	75
F.2.15.- Suriname.....	75
F.2.16.- Trinidad y Tobago	75
F.3.- Los Países Nominados.....	75
F.3.1.- Brasil.....	75
F.3.2.- Canadá.....	75
F.3.3.- Chile	76
F.3.4.- Colombia	79
F.3.5.- Costa Rica.....	79
F.3.6.- Ecuador.....	79
F.3.7.- El Salvador.....	80
F.3.8.- Guatemala.....	80
F.3.9.- Honduras	80
F.3.10.- México.....	80
F.3.11.- Nicaragua.....	81
F.3.12.- Panamá	81
F.3.13.- Paraguay	82
F.3.14.- Perú	82
F.3.15.- República Dominicana	82
F.3.16.- Uruguay.....	83

F.3.17.- Venezuela	83
F.4.- Otros Países	84
F.4.1.- Francia	84
F.4.2.- Estados Unidos	84
E.- OTRAS CONSIDERACIONES.....	86
E.1.- Cuestiones Médico-Jurídicas	86
E.2.- Cuestiones Psicológicas	89
F.- Conclusiones	92
G.- Bibliografía	97
H.- Anexo	105

ABREVIATURAS

Ap.	Apartado
Art.	Artículo
CADH	Convención Americana de los Derechos Humanos
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño ¹
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
ComIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
CP	Código Penal vigente
CPACF	Colegio Público de Abogados de la Capital Federal
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
Inc.	Inciso
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Párr.	Párrafo
Pág.	Página
Pcia.	Provincia
PIDCyP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESyC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SCBA	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
UNICEF	Fondo Internacional de Emergencia para la Infancia de las Naciones Unidas; o simplemente Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (<i>United Nations International Children's Emergency Fund</i>).

¹ El verdadero nombre de éste tratado no incluye la palabra “Internacional”, por lo que no sería correcto denominarlo “CIDN”.

A.-INTRODUCCIÓN

La presente es una ramificación dentro de la Investigación "Una búsqueda de principios dogmáticos para la dosificación de la pena", del Programa de Investigación Científica, Desarrollo y Transferencia de Tecnologías e Innovaciones (CyTMA2), Código C2DER/005, dirigida por el Dr. José Ángel Marinaro, realizada en la Universidad Nacional de La Matanza. La misma se centra en el Derecho Penal Juvenil a 20 años de la Reforma Constitucional de 1994, la que, entre muchas otras cosas, introdujo a la Convención de los Derechos del Niño a su texto.

Una de las particularidades de la cuestión que vamos a tratar es que resulta extremadamente delicada. Cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes nos referimos, ni más ni menos, que a nuestro futuro. Relegar a la niñez y a la juventud produciría, sin duda, un caos terrible en nuestra sociedad cuyas consecuencias serían (y quizá son) desastrosas.

Desde que este trabajo empezó hasta culminar en el presente, se han atravesado dos mundos paralelos, extraños, y quizá hasta omitidos, para algunos operadores del derecho. El primero de ellos es el derecho como ciencia. El segundo es el derecho penal juvenil en sí mismo.

Respecto del primero de ellos, esta investigación ha tomado una perspectiva. Entendemos que el derecho *puede* ser ciencia, pero que no siempre lo es, ni lo fue. Esta afirmación, que no está desposeída de contenido epistemológico y semiótico, reviste un carácter netamente práctico y realista.

Como primera aproximación, para que el derecho sea considerado ciencia es necesario que las soluciones propuestas para los problemas planteados, básicamente, *resuelvan los problemas*. Si en ciencia una hipótesis no se verifica, esta debe ser descartada. En derecho, sin embargo, se ha observado en reiteradas oportunidades que si una norma legal no resuelve el problema para el cual fue creada, se culpa a la realidad por no adaptarse a la norma o, aún peor, se esfuerza y se gastan todos los recursos necesarios o posibles para que esa norma produzca ese resultado esperado.

Esto no imposibilita que una norma intente *cambiar la realidad*, o modificar el actuar de los seres humanos a la que es sometida, siempre y cuando esa norma produzca *ese* cambio esperado.

A su vez, se le atribuyen a ciertas normas jurídicas resultados que no se verifican que le sean propios, como así tampoco se realizan ni se proponen realizar los estudios adecuados para determinar qué fue lo que lo provocó.

En síntesis, muchas normas de derecho se encuentran basadas en creencias, siendo la más preponderante la que diviniza a la ley como pura y sin errores. Éste es, y no otro, el plano en el cual nos movemos, creamos y modificamos la realidad jurídica. Intentar negarlo, refutarlo, esconderlo, eludirlo o simplemente prescindir de él, nos pondría su mismo lugar.

Dentro de este contexto, puesto que no existen datos puros, se enmarca el Derecho Penal Juvenil, lleno de prejuicios y creencias, y pocos hechos verificados. Quizá en este campo lo más sorprendente sea, justamente, lo contradictorio entre las creencias y la realidad.

Formas de idealizar a jóvenes delincuentes hay una por cada persona, pero el mensaje de masas dado en la actualidad tiene signos en común: peligrosos,

amenazadores del orden social, y hasta “asesinos” sin más. Por supuesto, esta afirmación no niega su existencia, pero creer que esos adjetivos se aplican a todos o siquiera una parte considerable de los jóvenes sujetos al proceso penal o, aún peor, crear normas o resolver casos basándose en ello es, más allá de cualquier otra connotación, lógicamente falso.

La legislación argentina respecto del Derecho Penal Juvenil, por su parte, no ha sido modificada después de ratificada la Convención de los Derechos del Niño. A pesar de haber sido incluida en nuestra Constitución Nacional, la principal legislación al respecto fue sancionada en la última Dictadura Militar. Esto ha creado un sinnúmero de incoherencias y contradicciones entre los textos legales. La denominada “*mora legislativa*” se hace presente en esta rama del derecho como en otras, pero con serias consecuencias en las personas que forjarán el futuro.

De más esta agregar que no es objetivo de la presente investigación tratar todos los temas que están incluidos en el complejo y extenso mundo del Derecho Penal Juvenil. Más aún, adelantamos que ni siquiera es posible dar respuesta a todos los problemas que sí trataremos, más allá de que realizamos un llamado al Poder Legislativo para que trate y adecue los institutos.

Iniciar una investigación con estas afirmaciones podría parecer, quizás, ridículo y hasta paradójico. Esperamos que estas obvias líneas no ofendan, pero estos pensamientos y formas de actuar contrarios a derecho se han evidenciado no sólo en legisladores, sino también en quienes deben ser especializados en la temática, por lo que hacerlos patentes se vuelve necesario desde el inicio de esta investigación.

La honestidad, la claridad, y el orgullo científico serán, entonces, principios fundamentales que tomamos para desarrollar estos temas.

A.1.- Planteamiento del Problema

La problemática a tratar en la presente investigación es la pena máxima en el Derecho Penal Juvenil.

Así planteado, se pretende tratar varios asuntos íntimamente relacionados. El primero de ellos es determinar cuál es la pena máxima que prevé la ley argentina. El segundo, analizar si dicha pena es compatible con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país. Si concluimos que no son compatibles, el tercero es buscar una forma de determinar cuál es la pena máxima aplicable.

Sin perjuicio de la vinculación con la investigación acoplada del fuero de adultos, la problemática con la presente difiere en muchos aspectos. El hecho de tratarse un fuero diferente, las diferencias en la determinación de la pena, y otros motivos que se explicarán posteriormente, fundamentan la necesidad de separar su estudio, como así también sus eventuales conclusiones.

A.2.- Objetivos

El primer objetivo de esta investigación es demostrar la capacidad de producción de trabajos científicos en el derecho.

El segundo, exponer las realidades jurídicas del derecho penal juvenil.

El tercero, disminuir la posibilidad de interpretaciones arbitrarias de la ley vigente, mediante fundamentos científicos.

El cuarto y último, proponer una solución superadora en el contexto legal actual.

A.3.-Delimitaciones

Respecto a la delimitación temporal de la presente investigación, la misma es la actualidad, siendo que concluyó en noviembre del año 2014. En el espacio, la delimitación se enmarca en la provincia de Buenos Aires. Para ciertos aspectos, nos hemos delimitado al conurbano bonaerense.

Respecto a la delimitación semántica, se realiza seguidamente sobre aquellos términos no unívocos, o que puedan de alguna manera llegar a dar confusión, con el fin de fijarlos. A todo evento, aclaramos que no son definiciones.

-Delito: acción típica antijurídica culpable.

-Pena: Castigo conforme a la ley impuesto por un órgano judicial mediante un proceso al individuo responsable de la comisión de un delito. Si bien normalmente se hace alusión solamente a la privación de la libertad, incluye a la multa y la inhabilitación.

-Privación de la Libertad: tipo de pena consistente en quitarle a una persona su efectiva libertad personal ambulatoria. Su cumplimiento, en la mayoría de los casos, se ejecuta en una cárcel.

-Prisión: pena privativa de la libertad que se ejecuta en una cárcel. Suele usarse como sinónimo de privación de la libertad.

-Reclusión: si bien en el pasado tenía otro significado, hoy la reclusión es una pena privativa de la libertad que se ejecuta en una cárcel, al igual que la prisión, pero cuyo dictado implica un tiempo más largo para cumplir el requisito temporal que habilita la libertad, en cualquiera de sus modalidades.

-Prisión (o Arresto) Domiciliario: tipo de pena de la especie de la privación de la libertad que se cumple en un domicilio particular, y no en una cárcel.

-Multa: tipo de pena consistente en el pago de un determinado monto de dinero.

-Inhabilitación: tipo de pena consistente en la prohibición judicial temporal o permanente para el otorgamiento o el ejercicio de algún tipo de permiso o licencia que el estado concede a los particulares, como puede ser la de conducir, poseer o usar armas de fuego, matriculación en colegios públicos, entre otras.

-Pena máxima: Denominamos así al monto más alto de pena que el Código Penal prevé para cada delito en particular.

-Dosificación de la pena: Dada una pena máxima y una pena mínima, la dosificación es el establecimiento de cuál debe ser la cantidad o porción de esa pena para el caso en particular.

-Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil: competencia jurisdiccional en la provincia de Buenos Aires que se avoca a las personas de menos de 18 años de edad, que se encuentran sospechados, imputadas o condenadas por un delito.

-Sentencia condenatoria: es una resolución judicial dictada por un juez o tribunal que pone fin al proceso, declarando la responsabilidad penal de una persona por haber cometido un delito, e imponiendo una pena. La sentencia será absolutoria si declara la inocencia del presunto delincuente.

-Menor: sustantivo que hace referencia a aquellas personas que todavía no han cumplido los 18 años de edad. Es decir, que no son “mayores”.

Menor implica que es menos, de menor categoría, de menor estima. Algo menor posee menos importancia que algo mayor. Por este, y muchos otros motivos más, demostrativos de una clara connotación negativa de esta palabra, se ha dejado de utilizarla como sustantivo. Puede, más bien, ser utilizada como adjetivo².

-Niño, niña y adolescente: todos estos sustantivos hacen referencia a la persona con menos de 18 años de edad. El nuevo Código Civil y Comercial argentino los diferencia según hayan cumplido la edad de 13 años.

Como la edad de punibilidad para el derecho penal, tal como se explicará más adelante, comienza a los 16 años de edad, y con el fin de no malinterpretar conceptos, hemos decidido, en principio, no utilizar estos sustantivos.

-Joven: En esta investigación, y con fines puramente prácticos y didácticos, utilizamos este sustantivo solamente para referirnos a las personas que tienen 16 o 17 años de edad. Si fuera utilizado para otra franja etaria, se especificará.

-Adulto: persona con 18 o más años de edad. Por los mismos motivos dados, no utilizamos el término “mayor”.

A.4.- Hipótesis

La hipótesis de esta investigación es la siguiente:

“La pena máxima aplicable a una persona de 16 o 17 años al momento de comisión del ilícito, no debe superar una oscilación de entre los 7 y 8 años de privación de la libertad”.

Es dable indicar que en un principio esta investigación proponía determinar no sólo los máximos, sino también los mínimos y medios. Sin embargo, la investigación exclusiva sobre los máximos sobrepasó lo esperado, dando como resultado este trabajo. El estudio de los restantes estadios, como así también de la influencia que produce el máximo propuesto en los demás niveles de pena, quedará pendiente para futuras investigaciones.

La explicación de cada uno de los términos utilizados se observa en la delimitación semántica.

La hipótesis se pretende demostrar aquí y ahora. Ello significa que, si se demuestra, implica que en una sentencia condenatoria dictada en la actualidad no debería superarse el máximo de pena propuesto.

Así, la presente hipótesis no implica ni pretende una reforma legislativa, sino una interpretación de las leyes vigentes. Si bien, como explicaremos, la necesidad de reformas de las leyes que regulan la temática se vislumbra como imperiosa, no es objetivo de esta investigación indicar cuál debe ser el máximo de una eventual reforma, quedando ello pendiente para futuras investigaciones.

A.5.- Metodología

Para la comprobación de la hipótesis, se han realizado las siguientes acciones. En primer lugar, un exhaustivo relevamiento bibliográfico de la legislación,

² No “el menor”, sino “la persona menor de edad”. Aunque correcto, será también evitado en la medida de lo posible.

doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, y su correspondiente análisis. En segundo lugar, se realizó trabajo de campo mediante el sistema de entrevista semi-estructurada a magistrados (defensores, fiscales y jueces) del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, que ejercen sus funciones en el Conurbano Bonaerense, con el fin de obtener opiniones calificadas.

El principal método de demostración utilizado, como es usual en el derecho, ha sido el control de constitucionalidad o convencionalidad. Es decir, determinar si la norma jurídica jerárquicamente inferior cumple con los estándares fijados por la superior. Se han utilizado otros métodos de demostración, como la inducción, contraposición, y reducción al absurdo, con preponderancia de la deducción (Pierce 1929).

Para su correcto análisis, hemos dividido todos los temas y subtemas que son parte de esta investigación y, en cada uno de ellos, se hará referencia a sus medios empleados.

A.6.- Estructura

La presente investigación está dividida en varios capítulos. El primero es el presente. En el segundo, analizamos la evolución historia del derecho penal juvenil, concluyendo en nuestros días. En el tercero, analizamos la jurisprudencia actual sobre la temática, con especial énfasis en los fallos *leading case* “Maldonado” de la CSJN y “Mendoza” de la CIDH. En el cuarto, analizamos el estado actual de la cuestión, como consecuencia de la legislación y la jurisprudencia actual. En el quinto, realizamos un estudio de derecho comparado. En el sexto observamos otras consideraciones conexas, provenientes de otras ramas del conocimiento. En el séptimo, realizamos las conclusiones. Posteriormente, se encuentra la bibliografía y el anexo.

A todo evento, aclaramos que en esta investigación utilizamos el sistema de citas denominado “autor-fecha”, también denominado “estilo Harvard de citas”. Decidimos esto en virtud de las recomendaciones que brinda Humberto Eco (1977).

B.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En este capítulo analizamos la evolución histórica del Derecho Penal Juvenil. Reproducimos buena parte del trabajo de Fellini (2006) quien ha realizado una tarea excelente y minuciosa. Sin perjuicio de ello, hemos profundizado dicho trabajo con los aportes del *Digesto de Codificación Penal Argentina* de Zaffaroni y Arnedo (1996) y *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso* de Velazco Perez (1843), como así también del estudio detallado de cada una de las leyes que mencionamos.

B.1.- Las Leyes de Indias y sus coetáneas

Existe escasa información respecto de los pueblos prehispánicos referente al derecho penal, por lo que no fue posible extraer información útil para el análisis.

Con la llegada del Imperio Español a América, comienza a regir las llamadas Leyes de Indias, es decir, la legislación promulgada por los monarcas españoles para regular la vida social, política y económica entre los pobladores de la parte americana del imperio.

Hubo controversias jurídicas sobre el contenido de estas legislaciones, por lo que durante el reinado de Carlos II de España, se publicó en 1680 una obra conocida como Recopilación de Leyes de las Indias. Esta compilación tenía como base a Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso, redactadas aproximadamente en el año 1265³.

Más allá de lo que se examina a continuación, debemos destacar que estamos analizando, ni más ni menos, que la legislación vigente durante la Santa Inquisición. Damos algunos ejemplos.

En la Partida Séptima de Alfonso el Sabio, Título XXX, en todas sus leyes, se indicaba a quién, de qué modo, cuándo y cómo se podían aplicar tormentos, es decir torturas, para averiguar la verdad de los hechos. La Ley 2 de ese título prohibía el tormento a quien sea menor de 14 años de edad, siendo que de la misma manera se trataba al caballero, maestro de ciencia, consejero del rey o del común de alguna ciudad o villa, a los hijos de estos, y a la mujer embarazada.

En la Partida Séptima, Título XXXI, Ley 1, se establece que el fin de la pena es lo que hoy conocemos como retribución (*“por los yerros que ficiere”*) y prevención general (*“para que los que oigan y vean se aperciban y guarden de cometerlo”*).

En la Partida Séptima, Título XXXI, Ley 4, se establecen cuales son las penas, contemplándose siete especies: pena de muerte o pérdida de miembro; trabajo perpetuo; destierro perpetuo con confiscación de bienes; prisión perpetua; destierro perpetuo sin confiscación de bienes; infamia o pérdida de algún oficio; y azotes o heridas públicas, o exposición desnudo y untado en miel para sufrir las molestias de las moscas.

Estas penas iban de mayor a menor, y no se indicaba con claridad en las partidas la dosificación de cada una de las penas enunciadas. En otras palabras, la dosificación estaba dada, fundamentalmente, por la pena en especie que se administraba, y no por el *quantum*.

³ Aclaremos que puede haber diferencias en la redacción de las partidas según la edición.

Respecto a las personas que no fueran adultas, las disposiciones son anacrónicas, pero pintorescas. A partir de los 7 años de edad, los padres podían emancipar a los hijos (Partida Cuarta, Título XVIII, Ley 16), así también se disponía que el hombre mayor de 14 años podía recibir herencia, y realizar una serie de actos civiles, como también casarse, lo que estaba permitido para la mujer a partir de los 12 años, entre muchas otras disposiciones.

En lo que respecta a nuestro tema, en la Partida Séptima, Título XXXI, Ley 8, se indica que si el delincuente tenía menos de 10 años y medio no se le impondrá pena alguna, y si fuese mayor de esa edad y menor de 17 años se debe ser más leve que con los mayores que cometa igual falta.

Este dato es revelador. Ya desde la Edad Media se reconocía que una persona joven no tenía la misma culpabilidad que un adulto. Esta disposición, así escrita, se interpreta como que, en caso que le corresponda la pena de muerte, esta estará prohibida, puesto que se le debe aplicar una pena menor. **Cabe destacar que esta disposición era obligatoria y que no tenía excepciones,** más allá de lo que pudiera ocurrir en la práctica por esos años.

Si bien no ha sido posible obtener un dato concluyente al respecto, la información obtenida de diversas fuentes indicaría que la esperanza de vida por esos años sería de 20 años. Para las élites, la misma rondaría los 30 años. Teniendo en cuenta estos datos, se demuestra por la letra de la ley que se era más benévolo con una porción muy importante de la población.

Extendernos más en el análisis de estas legislaciones no resulta pertinente para los fines de este trabajo, y quedará pendiente para futuras investigaciones, pero este antecedente refleja que, **aún en los tiempos más duros y oscuros del derecho penal de la historia humana, los jóvenes no eran igualados a los adultos.** Esto se pondera aún más teniendo en cuenta la esperanza de vida y la época en la que se entraba en la adultez por ese entonces.

B.2.- El Código Penal de Carlos Tejedor

Las disposiciones de los primeros años de independencia son confusas y dependiente de la legislación provincial, por lo que no se ha podido dar datos certeros. Sin embargo, se ha afirmado que, en general, se continuó con la vigencia de las Leyes de Indias, con algunas referencias a criterios tutelares, en las que se regulaba penalmente a jóvenes huérfanos o a quienes no concurrían a la escuela conjuntamente con los jóvenes infractores. En ciertos casos se debía designarle un patrón o tutor que se encargue de darle educación.

Para el año 1865 encontramos la primera referencia clara al Derecho Penal Juvenil en el Proyecto de Código Penal de 1865 de Carlos Tejedor. Este Código fue adoptado por la provincia de Buenos Aires en el año 1878, y contemporáneamente en otras provincias más.

Primeramente, y previo a analizar los artículos relacionados con nuestra materia, cabe indicar que este código preveía 18 tipos de penas distintas. Dentro de ellas, resulta pertinente señalar que se encontraba presente la Pena de Muerte sólo para hombres adultos. La pena de “*presidio*” por tiempo indeterminado (lo que hoy llamaríamos Reclusión Perpetua) permitía la libertad a los 15 años. La pena de

presidio por tiempo determinado, o la pena de “*penitenciaria*”, no podía exceder los 15 años ni menos de 6 años; el “*confinamiento*”, por su parte, iba de 2 a 6 años; la “*prisión*” iba de 1 a 3 años; y finalmente el “*arresto*” iba de 1 a 3 meses. En otras palabras, los plazos de las penas temporales eran mucho menores a las actuales.

Asimismo, en su Título preliminar, se dividían las infracciones a la ley penal en tres clases: “*Crímenes*”, que eran los que poseían penas aflictivas; “*Delitos*”, que eran los que poseían penas correccionales; y “*Contravenciones*”, que eran los que poseían penas de policía.

En su Título Tercero, titulado “*De las causales que eximen de pena*”, art. 147, inc. 1°, indica que están exentos de pena los que tengan menos de 10 años y, seguidamente incluye dentro del mismo parámetro a “*2° los furiosos, los locos, y en general los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan un crimen en este estado. 3° Los imbéciles incapaces absolutamente de apreciar las consecuencias de sus acciones, ó de comprender su criminalidad. 4° Las personas que hayan perdido el uso de su inteligencia por efecto de senectud. 5° Los sordo-mudos, que no hayan recibido la educación conveniente, para conocer la criminalidad de sus actos, ni sido instruidos de las penas impuestas por la ley positiva, y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda*”. En otras palabras, lisa y llanamente **se trataba a los niños como si fueran incapaces**.

El último párrafo del mismo artículo señalaba que todos los mencionados podían ser “*encerrados en algunas de las casas destinadas para los de su clase, ó entregadas á su familia*”. Los sordo-mudos podían ser castigados con la misma pena que para las personas de menos de 18 años.

En su Título Cuarto, “*De la atenuación legal de la Pena*”, en su art. 164 indicaba que los niños que no han cumplido 10 años de edad y cometen un crimen serán entregados a la corrección doméstica de sus superiores, sin perjuicio de la cooperación y vigilancia de la autoridad.

En el art. 165 del mismo título, indicaba que las personas mayores de 10 años y menores de 14 deberán, primeramente, debían ser reconocidos como capaces de imputabilidad. Si lo fueran, serán castigados con pena de 2 meses a 1 año de prisión, y dicha pena podría ser agravada con trabajos forzados.

En el art. 166 se indica que para las **personas mayores de 14 y menores de 18 años que sean reconocidos como capaces de imputabilidad**, “*la pena se disminuirá de la manera siguiente: la pena de muerte por la de penitenciaria de diez á quince años; el presidio ó penitenciaria de tiempo indeterminado, por seis á diez años de penitenciaria, y el presidio ó penitenciaria de tiempo determinado con prisión de uno a tres años*”. Asimismo, indica que pasados los 18 años de edad, no habrá moderación alguna, pero los tribunales podrán optar por imponer penitenciaria por tiempo indeterminado en lugar de la pena de muerte hasta los 21 años.

Como puede observarse, en el Código de Carlos Tejedor la reducción de la pena no era facultativa sino obligatoria para cualquier persona que poseyera menos de 18 años al momento del hecho. **En particular, las penas que no prescribían pena de muerte o prisión perpetua, poseían un máximo de 3 años**. Lo único facultativo para el juez era prescindir de la pena de muerte para las personas que eran menores de 21 años.

Respecto los delitos culposos, el art. 169 indicaba que estaban sometidos

únicamente a la corrección doméstica y vigilancia de la autoridad si las circunstancias lo exigieren.

El art. 167 indicaba que para efectuar la medida de la pena se debía tener en cuenta la naturaleza de la infracción, la edad más o menos avanzada del culpable, el carácter de su inteligencia, el grado de su educación, y de las malas inclinaciones que hubiese manifestado. El art. 168 obligaba a que estén separados de los mayores, *“agregando a la prisión un trabajo moderado y una educación religiosa y moral apropiada á sus años”*.

La principal inspiración de este código fue el Código de Baviera de 1813. Este código, tal como surgen de las notas del Código de Carlos Tejedor en el art. 164, prescribía la edad de 8 años como edad mínima de punibilidad. De los 8 a los 12 la pena máxima era de 2 días a 6 meses, y de los 10 a los 16 años se creaba una pena disminuida. Menciona como otras fuentes a las Partidas de Alfonso el Sabio, el Código Español, Austríaco, Luisiana, Brasílero, Peruano, Boliviano, entre otros.

Carlos Tejedor en la nota al mismo artículo, cita textualmente al Código de Baviera diciendo que: *“La juventud del malhechor se considera como causa de atenuación legal, dice el Comentario Oficial, cuando el acto se comente entre el octavo y décimo sexto año. Antes de los ocho años el niño no tiene ni bastante inteligencia, ni bastante reflexión, para ser susceptible de pena propiamente dicha. Después de los diez y seis años hay bastante reflexión é inteligencia para responder de sus acciones: entre estas dos edades hay ya imputabilidad, y el legislador puede pronunciar pena. Pero esta imputabilidad aumenta con los años, y el desarrollo intelectual que es su consecuencia. Habría sido contrario á las leyes de la naturaleza someter á una represión uniforme los actos cometidos desde los ocho á los diez y seis años. Es por esto que el Código divide este intervalo en dos periodos, uno de ocho á doce, y otro de doce á diez y seis. Toca al juez, además, arbitrar la pena según que la persona está mas o menos desarrollada”*. Seguidamente, las notas del art. 164 y siguientes hacen referencia a otras legislaciones y doctrinas, entre las que se mencionan a países como Inglaterra y Austria que permitía que los mayores de 14 años sean, en algunas circunstancias, condenados como adultos. En este sentido, Carlos Tejedor se mantuvo en contra de esta postura, bregando por penas atenuadas hasta los 21 años.

B.3.- El Código Penal según Ley 1920 de 1886

Este Código Penal se basó en su antecesor. Sin embargo, presentó circunstancias mucho más genéricas e inespecíficas respecto de la materia.

En su Título II “Clases de penas, su duración, ejecución y efecto”, art. 59, indicaba que estaba prohibido aplicar pena de muertes a las personas de menos de 18 años de edad o mayores de 70 años, y a las mujeres. En su caso, se aplicaría la de penitenciaría por tiempo indeterminado. El art. 62 indicaba que sufrirían la pena de penitenciaría y no la de presidio.

En su Título III “De las causas que eximen de pena”, art. 81, se indica que *“Están exentos de pena (...) 2° Los menores de diez años”*. Seguidamente indica que *“3° Los mayores de diez años y menores de quince, a no ser que hayan obrado con discernimiento”*.

Finalmente, en el Título IV “De la atenuación de las penas”, art. 83, se indicaba que “*Son circunstancias atenuantes: (...) 2° Ser menor de diez y ocho años o mayor de setenta*”.

Tal como se observa, la legislación de este código comparado con su antecesor resulta pobre. Sin embargo, es necesario aclarar que la existencia de una o más circunstancias atenuantes modificaba la escala penal, siendo que la reducción de la pena por la edad inferior a 18 años era obligatoria. Así, el homicidio simple era castigado con presidio de 10 años hasta por tiempo indeterminado si había una o más circunstancias agravantes, presidio de 6 a 10 años si no había atenuantes, presidio de 3 a 6 años si había una sola circunstancia atenuante, y de penitenciaría de 3 a 6 años si había dos o más circunstancias atenuantes.

El proyecto de reforma del código penal de 1891 (de Rivarola, Matienzo y Piñeiro) proponía aumentar el límite de inimputabilidad hasta los 14 años y, en caso de declararlos inimputables, proponía diversas medidas de carácter tutelar, como entregarlos a un establecimiento agrícola o industrial para “*corregirlos*”. Fellini (1996) observa en este proyecto una clara orientación a las concepciones de defensa social y positivistas que posteriormente fueron utilizadas en diversos proyectos.

El proyecto de reforma del código penal de 1906 (de Beazley, Moyano Gacitua, Piñeiro, Rivarola, Ramos Mejía y Saavedra) continúa en la misma línea que el anterior. Más aún, en su exposición de motivos se indica que “*la sociedad no gana con que se aplique pena alguna*” a los niños con menos de 14 años; sin perjuicio que, comparando a los jóvenes con los locos porque ambos tienen la misma inimputabilidad, entendían que “*la sociedad tiene que defenderse*”, y justificaban así la adopción de medidas tutelares para aquellos que se consideren “*peligrosos*”, aquellos cuyos padres no posean “*hábitos morales*”, los que son abandonados por estos, entre otras consideraciones.

Resulta conveniente señalar a la Ley 10903 del Patronato de Menores del año 1919 (también conocida como Ley Agote, por su autor) puesto que, si bien no trata la normativa penal, se encuentra cronológicamente a continuación, y contiene reformas de carácter civilistas sobre patria potestad y procedimiento penal. En particular, permite a los jueces disponer por tiempo *indeterminado* de los jóvenes *victimarios* de ilícitos, en estado de abandono, peligro material o moral, entre otros, con independencia de las eventuales sanciones penales que correspondieran. Establece también sanciones pecuniarias y arresto de hasta un mes a los padres de estos jóvenes. Esta ley fue, quizá, la que más representó el sistema tutelar en nuestra historia.

B.4.- El Código Penal según Ley 11179 de 1921

En el año 1921 fue sancionado el actual Código Penal que, con sus modificaciones, nos sigue rigiendo hasta hoy en día. En lo que respecta al tema que nos compete, rigió sin modificaciones hasta 1954.

En su originario art. 36 indicaba que el niño no es punible si posee menos de 14 años, y si fuera peligroso el juez debía ordenar su colocación en un establecimiento para su corrección hasta los 18 años, que se podía extender hasta los 21 años si la peligrosidad o “*perversión*” continuaban. Este artículo, tal como surge

de su exposición de motivos, tiene su fundamento en los proyectos de Código Penal suizo (1916), alemán (1909), austríaco (1909), noruego y japonés. Su principal diferencia con sus antecesores fue que éste adoptó la forma de la inimputabilidad *iuris et de iure*. Para estos niños, entonces, no había proceso, pues cualquiera fuera su resultado se preveían medidas tutelares. Se consagra la noción de peligrosidad como determinante.

Seguidamente, el art. 37 indicaba como proceder con los jóvenes de entre 14 y 18 años. Si el delito tuviera una pena de ejecución condicional (en esos momentos, hasta 2 años), y si fuera peligroso o inconveniente dejarlo en poder de sus padres, el tribunal podía disponer su alojamiento en un instituto para su corrección. Si fuera una pena mayor, queda autorizado a reducir la pena a la determinada para la tentativa. Esta reducción se consideró facultativa.

Fue en este momento histórico que se creó este instituto. Fue también desde este momento en el que se permitió a un joven padecer la misma pena que un adulto, ya que nunca antes en nuestra historia ello fue posible. Habiendo pasado casi 100 años desde la promulgación de este código, y habiéndose modificado una infinidad de veces el Código Penal, sigue rigiendo para los jóvenes exactamente la misma redacción que en aquel entonces en lo que respecta al monto de pena.

Haciendo una comparación de los tres códigos vigentes vistos hasta ahora, y poniendo como ejemplo al Homicidio Simple, el Código de Carlos Tejedor disponía una pena máxima de 10 años, el Código de 1886 disponía una pena máxima de 6 años, y el Código actual en su redacción originaria disponía una pena máxima de 25 años. **En otras palabras, y a nuestro criterio, este código nació desproporcional.**

El art. 38, por su parte, declaró que una persona de menos de 18 años no puede ser declarado reincidente. En su exposición de motivos se indica que “*Los hechos de la infancia y de la adolescencia no pueden pesar sobre la vida del hombre de la misma forma que los actos del adulto (...) sería absurdo ponerle un sello desde la infancia por hechos que deben olvidarse*”.

B.4.1.- El Fallo Galvarino Castañeda

Nos trasladamos en el tiempo y en el espacio, y nos situamos en Viedma, en año 1934. Corren años difíciles en la Argentina, que después serán conocidos como “La Década Infame”. En el paraje “Lipetren”, jurisdicción de la Comisaría de Huahuel Niyeo (hoy Ingeniero Jacobacci), el 11 de abril de ese año ocurrió un asesinato. La persona muerta se llamaba María Paillalef⁴. El asesino, Galvarino Castañeda, de 16 años de edad, “*indio*”.

Los hechos son simples de describir: él quería tener sexo con ella, ésta se negó, y se produjo un enfrentamiento que provocó su muerte. Sin hacer un juicio moral del asunto, cabe indicar que en todas las instancias se consideró como paliativo que ella haya hecho ademanes de querer acostarse con él, y que llegado al momento, esta se negare.

El joven, aprehendido poco después de ocurrido el hecho, fue indagado en sede policial, sin presencia de abogado, juez o fiscal, siendo que ésta fue tomada

⁴ No tenemos más datos que su nombre, pero podemos agregar que el apellido es de origen Araucano, y significaría “carrera tranquila”.

como confesión de lo ocurrido. Dudamos que tan libre haya sido esta confesión.

Tres años después, en el Juzgado Federal de Viedma, fue condenado a la pena de 8 años, por ser considerado culpable del delito de Homicidio Simple.

Su defensa apeló el fallo. En la Cámara Federal de Bahía Blanca lo condenaron a 17 años de prisión, porque el Procurador Fiscal, al momento de contestar el traslado de los agravios de la defensa, solicitó un cambio de calificación legal y una pena más alta. La CSJN tenía dicho en esos momentos que no es indispensable que el ministerio fiscal apele a los efectos de estar habilitado para pedir agravación de la pena. Sobre la falta de prueba que alega la defensa, la mencionada Cámara indicó (aunque no de manera del todo clara) que éste no aportó pruebas que demuestren lo contrario.

Respecto de la reducción de la escala a la prevista por el delito tentado (art. 37 inc. b) del Código Penal según ley 11179), se consideró que la misma era inaplicable ya que, dada la gravedad del hecho delictuoso y las circunstancias en las que fue cometido, se perfila una personalidad moral del reo como un sujeto de instintos perversos y criminales. En otras palabras, lisa y llanamente, derecho penal de autor.

Apelación mediante del ministerio fiscal, llega el caso ante la CSJN en 1939, la que confirma la sentencia⁵, ya que el Procurador General desistió de la apelación. Sin perjuicio de ello, solicitó una investigación por la “*inexplicable demora sufrida en la tramitación de esta causa*”. El fallo, con las sentencias de todas las instancias, fue publicado en la Revista La Ley, Tomo XV, pág. 462, y fue tomado como la primera vez que el Supremo Tribunal fallaba a favor de la reducción a la tentativa como una facultad jurisdiccional.

Si aplicáramos el derecho vigente esta causa, tal como es descripta en los fallos, está plagada de inconstitucionalidades. Derechos como la prohibición de autoincriminación, *in dubio pro reo*, *reformatio in pejus*, e interpretaciones prohibidas, como las concernientes al derecho penal de autor, no existían por ese entonces.

Resulta tragicómico que, más de 75 años después, lo único vigente de este antecedente es que las personas de entre 16 y 18 años todavía pueden ser condenadas con la misma pena que un adulto. Y lo decimos de esta manera para que quede en claro. No pretendemos hacer un análisis de un fallo de esa época con los cánones de derechos humanos de hoy en día, sino, más bien, queremos dejar en evidencia que hoy en día, a pesar de los reconocimientos realizados respecto de muchísimos derechos y garantías, **el monto de la pena en ese momento y hoy podría ser el mismo.**

B.5.- La Ley 14394 de 1954

En el año 1954 se sancionó la Ley 14394 de Régimen de Menores y Familia, que modificó un sinnúmero de regímenes jurídicos varios: ausencia con presunción de fallecimiento, sucesión ab-intestato, divorcio vincular, bien de familia, asuntos de tutela y curatela, y el régimen penal juvenil. Se derogaron los artículos antes

⁵ Los jueces firmantes fueron Roberto Repetto, Antonio Sagarna, Benito Alberto Nazar Anchorena, y Francisco Ramos Mejía.

mencionados del Código Penal, y se sustituyeron por el régimen que creaba.

Primeramente, el art. 1 de dicha ley elevó el límite de la inimputabilidad a los 16 años, por debajo del cual no eran sometidos a proceso ni a exámenes de discernimiento. Podían adoptarse diversas medidas tutelares, similares a las antes citadas.

Respecto los jóvenes de 16 a 18 años, el art. 3 los consideraba imputables relativos, excluyendo los delitos menores a 1 año, de acción privada, multa o inhabilitación. Respecto de los demás delitos, luego de un tratamiento tutelar en el que se informaba sobre su conducta, grado de adaptabilidad social, aptitud para el trabajo y demás circunstancias personales, el juez podía no aplicarle pena, aplicarle una pena reducida a la escala de la tentativa, o la misma pena que para un mayor de edad. Para aplicarles pena era necesario, por lo menos, un año de “*internación u otro tratamiento tutelar*”.

Entre otras disposiciones, impuso la obligatoriedad de exámenes médicos y de personalidad del joven, una ejecución diferencial de las medidas dictadas, exámenes mentales, y computación facultativa de la reincidencia.

Sintetizando, sustituyó el criterio punitivo por uno tutelar y, a nuestro propio criterio, con claros estigmas del derecho penal de autor, puesto era la personalidad del joven la que se debía evaluar para privarlo de su libertad, y no su responsabilidad. Esto fue conocido años después como el régimen de situación irregular⁶.

El Decreto-Ley 21338 del mes de julio del año 1976 continuó con este régimen. Esta ley, en lo sustancial, modificó las edades de la ley 14394. Así, la inimputabilidad absoluta era a los 14 años, entre los 14 y los 16 se encontraba la imputabilidad relativa, y desde los 16 años había plena responsabilidad penal (es decir, igualado a un adulto).

B.6.- El Decreto-Ley 22278 de 1980

Finalmente, en agosto de 1980, fue promulgado el Decreto-Ley 22278, que continua vigente hasta nuestros días. Si bien en el momento de su sanción se continuó con las edades límites del Decreto-Ley 21338, el Decreto-Ley 22803 del año 1983 volvería a los mismos límites que la ley 14394, *por lo que podemos decir que esta baja de la punibilidad operó, casualmente, desde 1976 hasta 1983*. Se realizaron otras modificaciones no sustanciales.

A modo de síntesis de estos últimos períodos, es de resaltar que manicomio y reformatorio tenían una función similar: la tutela y defensa del orden social, partiendo de la base de la existencia del sujeto anormal, enfermo, incapaz, en un sistema basado en el tratamiento, la reeducación terapéutica y la resocialización, todo esto con una ideología defensista del carácter paternalista y de la anormalidad como peligro social. Todo ello obedeció a la afirmación del paradigma médico que se infiltró en las legislaciones con el positivismo lombrosiano, lo que resultó en un derecho penal de autor cuyos resabios en la justicia penal juvenil continúan hasta

⁶ Hay mucho más que exponer y explicar sobre el régimen de situación irregular. En esta investigación nos hemos limitado a enunciar algunas de sus fallas más conocidas, siendo que un análisis mayor excede nuestros fines.

hoy en día.

Así, el art. 1 de la mencionada ley indica que: *“No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación (...)”*. Seguidamente, el art. 2 dispone que: *“Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º”*

Es el art. 4 de esta ley, desde entonces, el que ha definido el límite de la punición para las personas entre 16 y 18 años de edad. El mismo indica: *“La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: 1º - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2º - Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad. 3º - Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.*

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

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

Tal como se observa, el mismo mantiene la misma redacción que el Código Penal en su redacción originaria (1921), por cuanto permite la reducción de la escala penal a la del delito tentado de manera facultativa. De la lectura literal del artículo, se indican cuales son los motivos que justifican la no aplicación de pena, mas no se indican cuáles son los que justifican apartarse de la escala reducida.

Sintetizando las etapas históricas mencionadas, observamos una clara disminución de la cantidad (y calidad) de las disposiciones legales relativas al derecho penal juvenil. Mientras que el Código de Carlos Tejedor (ya sea en sus artículos o en sus notas) y las leyes anteriores se preocupaban por definir las situaciones de los jóvenes, las leyes de fondo que siguieron (Ley 1920, 11179 y 14394, y Decreto-Ley 22278) dedicaron un solo artículo, o dos cuanto mucho, a indicar cuanta pena correspondía. **En los últimos tres casos (es decir, desde el año 1921) se dejó de lado los límites de pena para dejar sólo una fórmula: reducción a la tentativa.**

En el mismo sentido, la diferencia de máximos de pena con la entrada en vigencia del Código Penal según ley 11179 fueron tanto más altas para los jóvenes que se volvió desmesurado. Tal como se dijo anteriormente, poniendo como ejemplo al Homicidio Simple, el Código de Carlos Tejedor disponía una pena máxima de 10 años, el Código de 1886 disponía una pena máxima de 6 años, y el Código actual originario disponía una pena máxima de 25 años. De la misma manera, todas las reformas legislativas del Código Penal ocurridas desde el año 2001 en adelante han aumentado sustancialmente las penas en el fuero de adultos, sin diferenciarlas para el derecho penal juvenil.

En otras palabras, esta disminución sustantiva de cantidad y calidad de la

normativa de fondo se vio agravada posteriormente. **Así, no puede soslayarse que los máximos de pena no eran los mismos en el Código Penal originario, o incluso al momento del dictado del Decreto-Ley 22278, que en la actualidad, incluyendo especialmente el máximo por concurso de delitos. Por ello, si bien permaneció la fórmula de la reducción a la tentativa, las penas no fueron las mismas desde 1921 hasta la fecha.**

Este fenómeno de tratar al joven como si fuera un adulto lo denominamos en esta investigación “**Adultización del Joven**”, y se reiteró sucesivamente en nuestro país con las reformas legislativas que siguieron. También se produjo este fenómeno a nivel latinoamericano y, más contemporáneamente, se produce a nivel procesal local.

Tiene dicho Beloff (2005:102) que: “*El sistema que se aplica en la Argentina combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal. En otras palabras, no protege sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos, porque la intervención estatal sobre personas menores imputadas de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de sobre argumentos represivo-sancionatorios, propios del derecho penal liberal*”.

B.7.- Leyes Procesales

Podría decirse que analizar legislación procesal, cuando estamos ante una hipótesis correspondiente con legislación material, es irrelevante. Sin embargo, aún corriendo ese riesgo, hemos decidido tomarla en cuenta y recabar información al respecto para realizar esa posible conclusión *a posteriori*. Asimismo, hemos de resaltar que conocidos antecedentes legislativos han delegado al derecho de forma ciertas atribuciones que podrían considerarse derecho de fondo; como así también que indicar el derecho de forma vigente en los diferentes momentos ayuda a poder tener un panorama más claro de la situación legal en el pasado.

Así, se analizaron los Códigos Procesales y demás leyes que regularon el derecho penal juvenil a nivel procesal. A nivel nacional, se investigó desde el Código de Procedimientos en Materia Penal según Ley 2372 del año 1888, ya que no fue posible acceder a las normas anteriores, y hasta el actual Código de Procesal Penal de la Nación, según ley 23984 del año 1991, con sus reformas. A nivel provincial, se investigó desde la Ley 122 del año 1856, hasta la actual Ley 13634 del año 2008.

Sin embargo, y tal como podía ser esperable, no se pudo extraer de la legislación mencionada ninguna disposición en concreto que sea relevante a los fines de esta investigación.

Única excepción, tal como se observará en las conclusiones, es que los Tribunales de Menores fueron creados en el año 1939, por la Ley provincial 4664.

B.7.- Las Normas Supranacionales

B.7.1.- La Convención sobre los Derechos del Niño

Mediante la ley 23849 del año 1990 se ratifica la CDN. Desde la reforma constitucional del año 1994, esta convención forma parte integrante de nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 22).

En lo que respecta a nuestro tema, es el art. 37 el que pone un límite claro a la facultad punitiva del estado. El mismo indica 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 ni la de **prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación** por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, **el encarcelamiento** o la prisión de un niño se 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; (...)**” (la negrita me pertenece).*

El punto neurálgico de la cuestión se centro, desde entonces, en las interpretaciones que se le dieron a las frases “**prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación**”⁷ y “**encarcelamiento (...) como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda**”.

Como puede observarse, la CDN no da parámetros objetivos para fijar los límites de la punición, sino que indica principios abstractos (como todo tratado internacional), los que quedan a interpretación del legislador o juez local.

Este tratado posee una particularidad única: es el tratado que más ratificaciones ha tenido en la historia de la humanidad, con las únicas excepciones de de Somalia⁸, Sudan del Sur⁹ y Estados Unidos (ver apartado F.4.2).

Numerosos fueron los países que abolieron la pena de muerte y la prisión perpetua sin posibilidad de libertad para los jóvenes con motivo de la ratificación de este tratado. Por eso entendemos que la interpretación del art. 37 debe hacerse en este contexto histórico, político y social a nivel internacional.

Cabe mencionar, desde ya, que los tratados internacionales no pueden ser interpretados de la misma manera que cualquier otra ley, sino desde la perceptiva del Principio *Pro Homine*.

En la CADH, el art. 29 indica que: “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”.

⁷ La palabra excarcelación, tal como se analizó en el fallo “Maldonado”, resulta una incorrecta traducción. En su texto original en inglés se utiliza la locución “*without possibility of release*”, y en su texto original en francés se utilizó “*sans possibilité de libération*”, de lo que se concluye que en realidad debería haberse traducido como “*sin posibilidad de libertad*”.

⁸ Somalia aún no ha ratificado la Convención debido a su inestabilidad política, y por ende, a la ausencia de estructuras administrativas y políticas sólidas capaces de llevar a cabo tal compromiso de forma representativa para toda la nación. Aún así, firmó la convención el 9 de mayo del 2002.

⁹ Este país se constituyó el 09 de julio de 2011, por lo que a la fecha no ha firmado o ratificado la convención.

En otras palabras, los tratados internacionales brindan derechos y garantías a los humanos, y obligaciones al Estado. **Un tratado no puede ser interpretado de manera inversa, puesto que se estaría violando su espíritu. No es posible, en otras palabras, interpretarlo a contrario sensu.**

B.7.2.- Las Reglas

Conjuntamente con este instrumento internacional, existen otros que forman parte integrante del Derecho Penal Juvenil local, entre los que debemos destacar las “Reglas de las *Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*” (Reglas de La Habana) del año 1990; las “*Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*” (Directrices de Riad) del año 1990; las “*Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*” (Reglas de Tokio) del año 1990; y las “*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*” (Reglas de Beijing) del año 1985.

Las Reglas de Beijing, tal como se observa, fue uno de los primeros instrumentos internacionales que versó sobre el derecho penal juvenil, siendo que fue una de las principales fuentes de lo que posteriormente fue la CDN. Éste instrumentos tiene la particularidad que sus comentarios forman parte integrante del mismo, ya que la Asamblea General de las Naciones Unidas la aprobó de esta manera.

Las Reglas de Beijing, al igual que el resto de las reglas mencionadas, no fueron ratificadas por nuestro país, ya que las mismas no fueron tratadas internacionales, sino que fueron resoluciones de la Asamblea General. Sin embargo, esto no le quita vigencia. Tal como se observa en el preámbulo de la CDN, esta regla es mencionada como una de sus fuentes principales. De ello no cabe duda, ya que muchos artículos de la CDN están redactados de manera muy similar a cómo estaban redactados en las Reglas de Beijing.

Pero yendo incluso más lejos, no nos debemos olvidar que el derecho internacional público no posee como única fuente a los tratados internacionales. Durante la mayor parte de la historia de la humanidad, la principal fuente del derecho internacional ha sido la costumbre internacional.

Ésta, para que sea obligatoria, requiere que sea una práctica común y reiterada de dos o más sujetos del derecho internacional público, y aceptada como obligatoria. Entendemos que se dan estos requisitos, ya que nuestro estado votó a favor de esta norma en la Asamblea General, y la misma es citada en numerosas leyes (en sentido amplio) y en diversos fallos judiciales.

Esto se sustenta también en que nuestra Corte tiene dicho que los informes realizados por la ComIDH son obligatorios para nuestro Estado¹⁰, y que tanto esta Comisión, como la Comisión sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en sus Observaciones Generales, como en las Observaciones Finales respecto de Argentina), hace mención de las Reglas de Beijing como un instrumentos fuente del Derecho Penal Juvenil.

Cabría analizar, también, dada la amplia aceptación global de la CDN, y

¹⁰ CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional”, 06/08/13, C. 568 XLIV y C. 594 XLIV.

teniendo a las Reglas de Beijing como fuente, si ellas forman parte del *Ius Cogens*, o norma imperativa de derecho internacional general, en los términos de los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹, pero dicho análisis excede la presente investigación.

En este sentido la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 (párr. 116), indicó que además de la CADH, existen otros instrumentos internacionales que son relevantes al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia, entre los que se destacan las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices del Riad. También estacamos que estas reglas fueron parte del fundamento del fallo “Mendoza”, que se examina en esta investigación.

Finalmente, *y aunque no se compartiera esta postura*, en la Provincia de Buenos Aires, la Ley 13298 en su artículo 10, indica que “*se consideran principios interpretativos de la presente Ley, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Resolución Nro. 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución Nro. 45/113 de la Asamblea General, y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD), Resolución 45/112’*. **Por lo que, aún con la postura más restrictiva respecto el reconocimiento de derechos, en la Provincia de Buenos Aires no cabe duda sobre la aplicabilidad de estas Reglas.**

En lo que respecta a nuestro tema, debemos mencionar la Regla 5 de las Reglas de Beijing, que indica que: “**5. Objetivos de la justicia de menores. 5.1 El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.**

Comentario: *La regla 5 se refiere a dos de los más importantes objetivos de la justicia de menores. El primer objetivo es el fomento del bienestar del menor. Este es el enfoque principal de los sistemas jurídicos en que los menores delincuentes son procesados por tribunales de familia o autoridades administrativas, pero también debe hacerse hincapié en el bienestar de los menores en los sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales. (Véase también la regla 14.) El segundo objetivo es el "principio de la proporcionalidad". Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito.*

La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a

¹¹ La ComIDH en el caso *Michael Domínguez vs. Estados Unidos* (Informe de fondo 62/02 del 22/10/02), afirmó que existía una norma de *Ius Cogens* que prohibía aplicar la pena de muerte por delitos cometidos por jóvenes.

la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil).

Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima. En definitiva, la regla 5 sólo exige que la respuesta en los casos concretos de delincuencia o criminalidad de menores sea adecuada, ni más ni menos. Los temas que las reglas vinculan entre sí pueden contribuir a estimular adelantos en ambos sentidos: los tipos de respuesta nuevos e innovadores son tan necesarios como las precauciones para evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre los menores.”

A su turno, la Regla 17 indica que: “**17. Principios rectores de la sentencia y la resolución. 17.1** La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

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

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

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

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

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

17.3 *Los menores no serán sancionados con penas corporales.*

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

Comentario: *El principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos entre opciones fundamentales, tales como los siguientes:*

a) *Rehabilitación frente a justo merecido; b) Asistencia frente a represión y castigo; c) Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general; d) Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual.*

Los conflictos entre estas opciones son más acusados en los casos de menores que en los casos de adultos. Con la diversidad de causas y respuestas que caracterizan a la delincuencia juvenil se da un intrincado entrelazamiento de estas alternativas.

No incumbe a las presentes Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores prescribir el enfoque que haya que seguir, sino más bien determinar uno que esté en la mayor consonancia posible con los principios aceptados a escala internacional. Por consiguiente, los elementos fundamentales

contenidos en la regla 17.1, especialmente en los incisos a y c, deben considerarse principalmente como directrices prácticas para establecer un punto de partida común; si las autoridades pertinentes actúan en consonancia con ellas (véase también la regla 5), podrán hacer una importante contribución a la protección de los derechos fundamentales de los menores delincuentes, especialmente los derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad.

El inciso b de la regla 17.1 significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven.

De conformidad con la resolución 8 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas, dicho inciso alienta el uso, en la mayor medida posible, de medidas sustitutorias de la reclusión en establecimientos penitenciarios teniendo presente el imperativo de responder a las necesidades concretas de los jóvenes. Debe, pues, hacerse pleno uso de toda la gama de sanciones sustitutorias existentes, y deben establecerse otras nuevas sanciones, sin perder de vista la seguridad pública. Habría de hacerse uso de la libertad vigilada en la mayor medida posible, mediante la suspensión de condenas, condenas condicionales, órdenes de las juntas y otras resoluciones.

El inciso c de la regla 17.1 corresponde a uno de los principios rectores contenidos en la resolución 4 del Sexto congreso, que propugna evitar el encarcelamiento en casos de menores salvo que no haya otra respuesta adecuada para proteger la seguridad pública.

La disposición que prohíbe la pena capital, contenida en la regla 17.2, está en consonancia con el párrafo 5 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La disposición por la que se prohíbe el castigo corporal (regla 17.3) está en consonancia con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, así como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y el proyecto de convención sobre los derechos del niño.

La facultad de suspender el proceso en cualquier momento (regla 17.4) es una característica inherente al tratamiento dado a los menores frente al dado a los adultos. En cualquier momento pueden llegar a conocimiento de la autoridad competente circunstancias que parezcan aconsejar la suspensión definitiva del proceso”.

Finalmente, la Regla 19 indica que: “**19. Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios. 19.1** El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.

Comentario: Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es

evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos.

*La regla 19 pretende restringir el confinamiento en establecimientos penitenciarios en dos aspectos: en cantidad ("último recurso") y en tiempo ("el más breve plazo posible"). La regla 19 recoge uno de los principios rectores básicos de la resolución 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas: un menor delincuente no puede ser encarcelado salvo que no exista otra respuesta adecuada. La regla, por consiguiente, proclama el principio de que, si un menor debe ser confinado en un establecimiento penitenciario, la pérdida de la libertad debe limitarse al menor grado posible, a la vez que se hacen arreglos institucionales especiales para su confinamiento sin perder de vista las diferencias entre los distintos tipos de delinquentes, delitos y establecimientos penitenciarios. **En definitiva, deben considerarse preferibles los establecimientos "abiertos" a los "cerrados".** Por otra parte, cualquier instalación debe ser de tipo correccional o educativo antes que carcelario".*

Estas reglas, tal como puede apreciarse, consagran el principio de proporcionalidad y culpabilidad, garantizando que este tiene mayor entidad y peso en un joven que en un adulto. También garantizan el principio de encarcelamiento como último recurso y por el plazo más breve posible, como principio autónomo del derecho penal juvenil. Finalmente, garantiza que en el Derecho Penal Juvenil, el fin de la pena es la inserción social del joven, porque "(...) siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven (...)".

B.7.3.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Por medio de la Ley 23054 de 1984 nuestro país ratificó la CADH, y con la reforma constitucional de 1994, forma parte de nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 22).

Esta convención declara una extensa cantidad de derechos. A continuación mencionamos alguno de ellos.

El art. 1.1 establece que "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*".

El art. 2 establece que "*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*". Es decir, el Estado está obligado a

modificar su derecho interno para garantizar los derechos que se establecen. Esta es una de las disposiciones más poderosas de esta convención, y que la diferencias de otras.

El art. 5.1 dice que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*. El 5.2 dice que *“Nadie debe 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”*. El 5.6 dice que *“Cuando los menores pueden ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”*.

El art. 7.3 prohíbe la detención o el encarcelamiento arbitrario.

El 8.1 reza *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. El art. 8.2 y siguientes estatuye las garantías relacionadas al debido proceso.

El art. 19 establece que *“Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado”*.

El art. 25.1 indica que *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*. En el mismo sentido, el art. 8.2h dice que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*.

Reiteramos el ya mencionado art. 29, que consagra el principio *Pro Homine*, como forma de interpretación de los tratados internacionales.

B.7.4.- Otros tratados internacionales

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificado por la Ley 23652, establece que *“(...) se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos de aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”*.

Finalmente, y en lo que respecta al análisis de las normas supranacionales, no podemos dejar de mencionar que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual indica que: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”.

C.-ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL ACTUAL

En este capítulo realizamos, a continuación, un análisis de la jurisprudencia producida después de la entrada en vigor de la CDN. Como se observará, estos continúan la evolución histórica reseñada previamente.

Para ello, en lo que respecta a los fallos anteriores a Maldonado, nos hemos valido principalmente de la publicación “*Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)*” de UNICEF (2003a) en coautoría con el CPACF. A modo de puntapié inicial de este capítulo, transcribimos parte de su prólogo:

“(…) En todo caso, la situación sobre la que aquí se informa no tiene parangón en América Latina. En ningún otro país de la región –según la información de que disponemos– se han verificado sentencias de reclusión perpetua a personas menores de 18 años al momento de la comisión de los delitos.

Resulta imprescindible preguntarse, entonces, cómo en el país de América Latina pionero en la introducción de un derecho tutelar, supuestamente designado para sustraer a las personas menores del derecho penal (cf. Ley “Agote” Nº 10.903 del año 1919) es donde precisamente se verifica, y en forma reiterada, una práctica jurídica flagrantemente violatoria no sólo de tratados de derechos humanos con rango constitucional como la Convención sobre los Derechos del Niño, sino del más elemental sentido común que es necesario observar para construir una política de prevención seria y razonable, destinada a enfrentar los problemas derivados de la real –y en buena medida también supuesta– violencia juvenil (...)

La supuesta sustracción de las personas menores de edad del derecho penal realizada por la ley Agote de 1919 –exquisito cadáver inconstitucional técnicamente derogado por la CDN, pero fuente real de las decisiones judiciales para las personas menores de edad– se verificó sólo en algunos discursos pero no en la práctica judicial. Por el contrario, los sufrimientos reales, medidos en términos de las prácticas concretas de privación de libertad sin tiempo determinado, sin defensa jurídica y sin las garantías más elementales de las que goza cualquier persona mayor de edad acusada por la comisión de un delito, sólo fueron posibles de legitimar apelando a eufemismos (el juez padre, la pena como bien y el proceso como rito pedagógico, entre otros) que el cinismo corporativo y la indiferencia social frente a los “hijos de los pobres” mantuvieron en un “hagamos de cuenta que” por muchos años. (...)

En el plano normativo, a la discrecionalidad absoluta frente a las personas menores de 16 años que le otorga al Estado la ley Agote de 1919 se suma el régimen penal especial contenido en los decretos-leyes 22.278 y 22.803 de 1980 y 1983 respectivamente, régimen de cuyos “maravillosos” resultados este libro es un ejemplo viviente. Estos decretos-leyes, herencia maldita de la dictadura militar, han determinado de derecho y de hecho que, con muy pocas excepciones, rija en la República Argentina la imputabilidad penal plena a partir de los 16 años.

Sin embargo, durante 17 años rigió un pacto implícito de carácter tutelar, claramente verificable a partir de la jurisprudencia, según el cual en los casos de delitos graves, pero también en los casos de delitos más leves y aún en los casos de delitos de dudosísima comprobación en su materialidad y culpabilidad, las

sentencias contuvieran penas relativamente leves. Recién a partir de 1997, este pacto tutelar se rompe y da origen a una avalancha de sentencias de prisión perpetua y reclusión perpetua, sobre las cuales este libro desea formar un testimonio, sin pretensiones ni mucho menos seguridad de exhaustividad”

C.1.- Sentencias de Reclusión y Prisión Perpetua

C.1.1.- Caso M.A.S.

El día 20 de noviembre de 1997, el Tribunal Oral de Menores N°3 de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, condenó a M.A.S.¹² a la pena de Prisión Perpetua, por ser considerado penalmente responsable del delito de homicidio “*criminis causae*” en concurso real con robo calificado por el uso de arma, en calidad de autor, ocurrido el día 21 de septiembre de 1993.

Al momento de graduar la pena, se dijo lo siguiente: “*Consecuentemente, habiéndose cumplido los requisitos del art. 4º de la ley 22.278 y habida cuenta que las modalidades y gravedad del hecho imputado, los antecedentes del menor, quien registró no bien cumplió los 18 años de edad una condena por robo a mano armada de automotor, en grado de tentativa, evento ocurrido tres meses después de la espectacular fuga del menor del Hospital “FERNÁNDEZ” donde estaba siendo atendido, sumado al nulo resultado del tratamiento tuitivo, ya que la inconducta sería del mencionado M.A.S. no arrojó resultados positivos de ninguna especie a la fecha, su proclividad a la droga, la impresión negativa que tuvo del mismo el Tribunal al momento de la audiencia del debate, en la que S. no mostró signos de arrepentimiento por su conducta; todo ello hace que el Tribunal entienda que es necesario e inevitable aplicarle la sanción penal y así se resolverá condenando al mismo a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, sin practicar la reducción en la forma prevista para la tentativa por el mentado art. 4º ley 22.278 por no haberse hecho el imputado S. acreedor de tal beneficio.*

Para imponer tal grave sanción el Tribunal no puede apartarse, en casos como el presente, de la pena que imperativamente ordena el art. 80 del Código Penal de carácter perpetuo; es decir, que no admite graduación en lo que a la condena se refiere, por lo que las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del código sustantivo aparecen irrelevantes; ello sin perjuicio –como arriba se dijo– de la naturaleza de la acción del joven S., la que de por sí es gravísima por el daño causado con total desprecio por la vida humana, sumando a ello su proclividad delictiva que muestra peligrosidad en su conducta, lo que quedó en claro con el conocimiento directo y de visu del sujeto y de la fotografía de la víctima fallecida glosada a fs. 35 (...).”

Apelación mediante de la defensoría oficial, el 09 de septiembre de 1998 la Sala IV de la CNCP nulificó el fallo, puesto que al momento de la elevación a juicio

¹² No hay un criterio unificado de cómo deben citarse los fallos dictados contra jóvenes, reservándose la identidad. Últimamente, se suele utilizar las iniciales. Consideramos inadecuado este método, ya que hace muy difícil la búsqueda e individualización de jurisprudencia. Antes de ello, en cambio, preferimos la utilización del apellido sin mención del nombre; siendo que en estos casos esto no es posible por no contar con dicha información. En otros casos, se ha utilizado el apellido del abogado firmante del recurso, como es el fallo Marsiglio de la SCBA. Entendemos que esta es la mejor de todas las alternativas.

se habían calificado los hechos como homicidio en ocasión de robo (art. 165 CP) y no como homicidio *criminis causae* (art. 80 inc. 7mo CP).

Sin perjuicio de ello, el voto minoritario que negaba la nulidad de la sentencia, respecto de la graduación de la pena, dijo que: ***“Esta Cámara ha decidido en reiterados fallos que “las valoraciones que realizan los magistrados acerca de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del C.P. para graduar la pena a imponer quedan, en general, fuera del control de casación”¹³ [...] toda vez que la ponderación a efectuarse depende de poderes discrecionales del Tribunal de juicio, lo que ocurre cuando el mérito debe hacerse respecto de las condiciones personales del autor, su educación, costumbres y demás circunstancias cuya apreciación es sólo posible durante el debate. (...)***

Es por ello que la regla primeramente citada reconoce como excepción el caso de arbitrariedad en la determinación e individualización de la pena, canalizada por la vía del art. 456, inc. 2º, del C.P.P.N., caso en que lo controlable por este Tribunal será la falta de motivación o su contradictoriedad, supuestos contemplados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como causales de tal doctrina de carácter excepcional. (...)

Por las razones expuestas, entiendo que existe una congruencia en la relación entre los fundamentos para individualizar la pena, la concretamente aplicada y la no aplicación del beneficio previsto en el art. 4º de la ley 22.278, motivos que además no aparecen como irrazonables, contradictorios o fundados en prueba legalmente idónea; por lo que no deben ser censurados en casación, porque pertenecen a los poderes discrecionales del juez la selección y valoración de la prueba que concurre a formar su decisión (cfr. D’Albora, Francisco J.: “Código Procesal Penal de la Nación”, pág. 416), por lo que propicio se rechace el recurso de casación interpuesto en este aspecto. (...)

Por último, resta analizar el recurso de inconstitucionalidad (...) interpuesto por la señora Defensora Oficial (...) contra el art. 80 inc 7º del C.P., en punto a la pena impuesta, por ser contradictorio con lo prescripto por el art. 37 inc. “a” de la Convención sobre los Derechos del Niño –de rango constitucional–. Contrariamente a lo alegado por la defensa, entiendo que la mentada norma de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a la no posibilidad por parte del condenado a la ulterior recuperación de la libertad, no siendo éste el caso.

Por el contrario, el régimen de libertad condicional establece expresamente esa posibilidad, en el art. 13 del C.P.: “el condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena [...], observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrá obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento...”.

Es que lo que la Convención busca prohibir son las condenas de niños a prisión perpetua “que no tienen fin sino con la muerte del condenado”, como la conceptualizó Rodolfo Moreno (h) (op. cit., t. 2, pág. 13).

En consecuencia, y teniendo en cuenta que S. podría en el futuro hacerse acreedor a la aplicación del precitado instituto, entiendo que no nos encontramos

¹³ Es necesario recordar que esta fue la postura de todos los Tribunales de Casación del país, hasta que la CSJN en el *leading case* “Casal” indicara que el recurso de casación debía ser amplio.

frente a la pena de por vida con imposibilidad de excarcelación que proscribe el art. 37, inc. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño; por ello estimo que la pena prevista en el art. 80, inc. 7º, del C.P. –aplicada en la presente– no es contraria a los altos principios que animan esa Convención y por ende a nuestra Constitución de la Nación (...)”

El voto mayoritario, que concedió la nulidad de la sentencia, no analizó el recurso de inconstitucionalidad por considerarlo abstracto. Sin perjuicio de ello, los fundamentos del voto minoritario serían utilizados posteriormente.

C.1.2.- Caso G.S.F.

El 04 de octubre de 1999, la Cámara Penal de Primera Nominación de la Provincia de Catamarca condenó a G.S.F. a la pena de Reclusión Perpetua más Accesorias de Ley, por considerarlo penalmente responsable del delito de Homicidio triplemente calificado (art. 80 inc. 2, 6 y 7 del CP) y Romo agravado por el uso de armas, en despoblado y en banda (art. 166 inc. 2 del CP), en concurso real.

A fin de no extendernos innecesariamente, resumimos que ese tribunal consideró que el art. 37.a de la CDN era aplicable exclusivamente a las personas de menos de 16 años de edad, y no a la franja que va de 16 a 18 años. De los argumentos expuestos en el fallo, no se comprende cómo llegaron a dicha conclusión.

Siendo, desde ya, una cuestión de honor y veracidad científica, celebramos el voto en disidencia del Dr. Carlos Alberto Rosello quien, con anterioridad a los fallos Maldonado y Mendoza, realizó un análisis más cercano a los postulados de la CDN, condenando a la pena de 15 años de prisión.

Recurso de casación mediante, llegó el asunto a la Corte Suprema de Justicia de Catamarca, la que resolvió casar la sentencia, indicando que dicho artículo es aplicable a toda persona que tenga menos de 18 años de edad al momento del hecho.

Indicó, tal como se observa en los fallos anteriores, que las cuestiones relativas a la graduación de la pena están exentas del recurso de casación, por lo que no las analizó.

Sin embargo, condenó a G.S.F. a la pena de 25 años. Para llegar a esta pena, solamente se dijo lo siguiente: “*En ese orden de ideas, si el Tribunal de Sentencia – en ejercicio de facultades discrecionales y apreciando circunstancias de hecho que la casación no puede revisar, conforme a lo expuesto “supra”– condenó a F. como coautor penalmente responsable de los delitos de Homicidio Triplemente Calificado (art. 80 incs. 2º, segundo supuesto, 6º y 7º del Código Penal) y Robo Agravado por el Uso de Arma, en Despoblado y en Banda (art. 166, inc. 2º, del Código Penal) a Concurso Real (arts. 55 y 45 del Código Penal), se impone aplicar al nombrado la pena de Veinticinco Años de Reclusión, más accesorias de ley.*”

Esta resolución, más allá de cualquier otra consideración, es una flagrante violación al art. 4 de la Ley 22278 en su único aspecto positivo. Es decir, de la lectura literal de dicho artículo, se desprende 3 posibilidades en caso de que el joven sea declarado penalmente responsable en los términos del art. 80 del CP (cualquiera de sus incisos): aplicarle la misma pena que a un adulto, es decir, prisión perpetua; aplicarle la pena prevista para el delito tentado, es decir, 15 años de prisión como máximo; o no aplicarle pena.

En ninguno de estos 3 supuestos está contemplada la posibilidad de aplicar más pena que la que prevé la reducción a la tentativa, y menos pena que la prevista para un adulto. Por ello entendemos que, aún en ese momento doctrinario, la interpretación realizada fue violatoria del principio de legalidad.

En ninguna de las dos instancias se pronunciaron sobre la constitucionalidad de la aplicación de penas de perpetuidad contra jóvenes, conforme el art. 37 de la CDN.

C.1.3.- Caso C.D.N y L.M.M.

El día 12 de abril de 1999, el Tribunal Oral de Menores N°1 de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, condenó a C.D.N. a la pena de Reclusión Perpetua, por ser considerado penalmente responsable del delito de homicidio “*criminis causae*” reiterado en cinco oportunidades, robo calificado por el uso de arma reiterado en ocho oportunidades, dos de ellas en grado de tentativa, tenencia ilegal de arma de guerra y asociación ilícita, en calidad de autor, todos en concurso real entre sí; y condenó a L.M.M. a la pena de Prisión Perpetua por ser considerado penalmente responsable del delito de homicidio “*criminis causae*” reiterado en dos oportunidades, robo calificado por el uso de arma reiterado en ocho oportunidades, uno de ellas en grado de tentativa, tenencia ilegal de arma de guerra y asociación ilícita, en calidad de autor, todos en concurso real entre sí.

A los fines de su correcta interpretación, indicamos que hay un tercer sujeto, D.N., mayor de edad al momento del hecho, quien fue condenado a la pena de Reclusión por Tiempo Indeterminado (art. 52 y 80 CP)¹⁴.

A continuación transcribimos la parte pertinente del fallo de primera instancia, respecto de la graduación de pena de los jóvenes.

“X. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

Al tiempo de cometer los delitos por los cuales L.M.M. y C.D.N. serán declarados coautores penalmente responsables, contaban con menos de dieciocho años de edad, razón por la cual fueron sometidos al correspondiente tratamiento tutelar en los términos de las leyes 22.278 y 10.903, el cual se halla en pleno desarrollo.

Cumplidos que han sido los requisitos exigidos por la ley –art. 4º de la ley 22.278–, dado que ha transcurrido con holgura el año de observación previsto por la norma en cuestión, y ambos imputados han cumplido los dieciocho años de edad, el Tribunal se halla en condiciones de resolver la situación de los nombrados en forma definitiva.

Habida cuenta la cantidad y gravedad de los hechos delictivos protagonizados por los inculos, que comprenden homicidios calificados, robos a mano armada en grado de reiteración, asociación ilícita y tenencia de armas de guerra, todos ellos acompañados de un despliegue de violencia y ferocidad inusitados, demostrativos de un desprecio por las vidas y los bienes ajenos que parece no haber tenido otro límite que no fuera el encierro que actualmente

¹⁴ La CSJN, en el fallo “Gramajo” (05/09/06) declaró la inconstitucionalidad de este artículo para los casos de “multireincidencia”, no expidiéndose respecto del art. 80 del CP. No obstante, existe una mayoría doctrinaria a favor de su inconstitucionalidad.

padecen, el Tribunal considera que la imposición de un pena se presenta como ineludible, sin que tampoco les quepa beneficio alguno contenido en la ley 22.278.

Es que, más allá de las constancias emergentes de los expedientes tutelares respectivos, que no muestran aristas destacables, ya sea de incidencia negativa, como sería un mal comportamiento “intramuros”, o bien positiva, a través de una conducta tendiente a revertir tan negro pasado, lo cierto y real es que desde su internación, y aún cuando el período de observación se prolongara hasta la mayoría de edad, no podrán ameritarse logros suficientes que lleven a justificar siquiera mínimamente que quienes en pocos meses causaron tanto daño, cometiendo asesinatos a mansalva, destruyendo familias y arrasando con los más elementales principios de convivencia y respeto por el prójimo que deben imperar en toda sociedad civilizada, no reciban el condigno castigo a semejante comportamiento, cumpliendo así la pena en dos de sus funciones, las cuales son la adecuada retribución al mal causado, por un lado, y, por otro, la resocialización de quienes eligieron apartarse del camino de la ley.

En razón de lo expuesto es que no se atenderá al pedido de prórroga de la observación tutelar formulado por la Señora Defensora Pública de Menores e Incapaces, Doctora M. Luz de Fazio, dado que la prolongación del mismo importaría posponer innecesariamente una decisión que, bajo ningún concepto, puede ser otra que la condena, conforme lo que se ha venido expresando en los párrafos precedentes.

Se tendrá sí en cuenta, y ello será materia de valoración en el capítulo respectivo de la graduación de la pena, la inmadurez propia de la minoría de edad, y las demás circunstancias emergentes de los expedientes tutelares respectivos. (...)

XI. GRADUACIÓN DE LAS PENAS E IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Para graduar la sanción a imponer a los culpables, se tendrá en cuenta la naturaleza modalidades y consecuencias de las numerosas acciones incriminadas. Especialmente la cantidad de hechos delictivos atribuidos, de los más graves previstos por la legislación penal. La inusual barbarie evidenciada por los causantes, que no satisfechos en algunos casos con haber saqueado una vivienda asesinando despiadadamente a sus ocupantes, intentaban a las pocas horas o minutos, un nuevo hecho, como que, luego de asesinar a G., tras el frustrado intento de robo, sometieron a A., a su novia y a la madre del primero, saqueando la casa. Después de robar a G.J., lo hicieron en el domicilio de L., a quien humillaron y golpearon, para luego “fusilar” al agente R., a quien le provocaron doce heridas de bala. Luego de robar a S., fueron a la casa de T., donde como en tantas otras ocasiones se enseñorearon del domicilio, haciéndose dueños de la vida de sus ocupantes. Por último, el 2 de enero de 1997, asesinaron a mansalva a C.G. –acusado D.N. – en la Provincia, de inmediato intentaron robar a P. y D. y de seguido “fusilaron” a C.G. y a B. –ambos N.–, propinándoles alrededor de 28 disparos. Si bien es cierto que no en todos los hechos resultó probada la intervención de los tres causantes –siempre estuvo presente uno de ellos, dos, o bien los tres– la reseña efectuada demuestra el “estilo” de esta banda, cuya ferocidad, desprecio por la vida ajena y carencia total de valores de sus componentes no tiene precedentes y debe computarse a los efectos de graduar la pena, más cuando ellos han sido encontrados culpables de conformar esta

asociación ilícita. Debe valorarse el enorme daño causado, material y especialmente moral y psicológico a sus víctimas, llegando a asesinar al Sr. G. delante de su hijo de siete años de edad. El terror sembrado en cada una de sus incursiones, con constantes amenazas de muerte y apoyando armas en la cabeza de sus víctimas, incluso de niños. En fin. Familias destrozadas, muertos, algunos masacrados. Pocas veces la máxima pena prevista en el Código Penal ha merecido mejor justificación que en este caso, no obstante lo cual, a partir de esta genérica evaluación se analizará por separado a cada uno de los causantes, en la medida que algún atenuante pueda morigerar el rigor punitivo.

(...)

B.1) A lo ya expresado en el comienzo de este considerando, debe computarse desfavorablemente para C.N., que supera a su hermano en la cantidad de homicidios agravados atribuidos, que son los cinco analizados en estas causas, además de la asociación ilícita, tenencia de arma de guerra y ocho robos a mano armada, dos de ellos tentados.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta en su favor, que al tiempo de cometer los sucesos era menor de edad; que según se ha comprobado en la audiencia, era llevado por su hermano a través de la senda delictiva; que no registra otros antecedentes, a excepción del hecho por el cual fuera internado, en calidad de inimputable, que fue el homicidio de su padre, en circunstancias que surgen del expediente fotocopiado que corre por cuerda, lo cual es una muestra del pésimo ambiente familiar donde se forjó su personalidad y que lo llevó a concretar tan trágico hecho; que ha tenido un buen comportamiento durante su internación en institutos de menores de edad y luego en las unidades penitenciarias en las que fura alojado tras cumplir dieciocho años de edad, mereciendo calificativo de “muy bueno” y “ejemplar”.

Tales parámetros de graduación punitiva conducen a estimar justa la imposición de la pena de RECLUSIÓN PERPETUA.

2) Fundamentalmente por la condición de menor de edad y las restantes pautas analizadas, no se aplicará en este caso la medida de seguridad prevista por el art. 80 del Código Penal.

C.1) Si bien L.M.M. no ha respondido al tratamiento tutelar de la misma manera que N., dado que tuvo un intento de evasión, y su comportamiento intramuros no ha sido el mejor como se desprende de los informes pertinentes –a excepción del último que exhibe un moderado repunte (fs. 262 del expediente de disposición)– y calificación de conducta, mereciendo una sanción disciplinaria, además de haber simulado un intento de suicidio para llamar la atención, registra en su haber dos homicidios calificados, ocho robos a mano armada, uno de ellos en grado de tentativa, asociación ilícita y tenencia de arma de guerra, lo cual sumado a su influenciabilidad, falta de carácter y demás circunstancias ambientales, a lo que se añade su condición de menor de edad al tiempo de delinquir, se le impondrá la pena de PRISIÓN PERPETUA.

2) Tampoco en esta hipótesis se impondrá la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, por las mismas razones expresadas respecto del encausado C.N.

D) La pena que se impondrá a los menores de edad N. y M. no se halla en

pugna con disposición constitucional alguna, habida cuenta de que la prohibición de imponer prisión perpetua a quienes delinquen antes de cumplir los dieciocho años de edad, contenida en el art. 37, párrafo a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Carta Magna por su art. 22, no es absoluta, en la medida que permita la posibilidad de excarcelación, o en otras palabras de acceder a la libertad condicional, lo cual es posible en nuestra legislación, conforme lo dispone el art. 13 del Código Penal”.

Habiéndose interpuesto recurso de casación, el 4 de abril del año 2000 la Sala II de la CNCP resolvió rechazarlos. Primeramente, indicó que “*la pena impuesta a C.D.N. –reclusión perpetua– guarda entera proporcionalidad con la magnitud y la gravedad de los delitos endilgados*”. Lo justifica mencionando los arts. 17.1a y 17.1c de las Reglas de Beijing. Indica que la resocialización del joven se puede cumplir con lo que prescribe la Ley 24660, que regula el sistema penitenciario federal. Indican, finalmente, que la palabra excarcelación utilizada por la CDN debe asimilarse al instituto de Libertad Condicional, del art. 13 del CP, ya que “*(...) En nuestro país, la “Libertad Condicional” posibilita al condenado “obtener la libertad por resolución judicial” antes del término de la condena cumpliendo determinados requisitos*”.

Este fallo es importante, porque es la primera vez que el Tribunal de Casación Nacional se expedía a favor de la reclusión o prisión perpetua por hechos cometidos por un joven.

Como puede observarse, el único argumento a favor de la constitucionalidad de estas penas, en relación al art. 37 de la CDN, fue (y siguió siendo) la posibilidad de la aplicación de la libertad condicional prevista en el art. 13 del CP. Como observación, nótese que se hace mención al inc. a) de dicho artículo, pero no al inc. b), donde se indica que la prisión debe ser último recurso y por el plazo más breve que proceda.

C.1.4.- Caso C.A.M.

El día 28 de octubre de 1999, el Tribunal Oral de Menores n°1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, condenó a C.A.M. a la pena de Prisión Perpetua, por ser considerado penalmente responsable de los delitos de Robo calificado por haber sido perpetrado con armas en cuatro oportunidades, una de ellas en grado de tentativa, Homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y, consecuentemente, lograr la impunidad y con alevosía, homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y, consecuentemente, lograr la impunidad y lesiones graves, todos los cuales concurren materialmente entre sí (arts. 42, 44, 45, 55, 80 incs. 2° y 7°, 90 y 166 inc. 2° del Código Penal de la Nación). También condenó a G.A.A., mayor de edad, y por los mismos hechos, a la pena de Reclusión perpetua por tiempo indeterminado (art. 52 y 80 del CP)

Al momento de fundar la pena respecto del joven, se dijo lo que a continuación se transcribe.

“8) Del imputado menor.

C.A.M. perpetró los injustos que se le reprochan en estos obrados siendo menor de dieciocho años de edad; se ha cumplimentado con holgura, con relación al nombrado, el lapso de observación y tratamiento previsto en la Ley N.º 22.278 y,

a la fecha, el encausado de mentas ha alcanzado la mayoría legal de edad. Así las cosas, el Tribunal debe decidir en definitiva con relación al aludido.

Habida cuenta la cantidad y gravedad de los hechos delictivos coprotagonizados por M., que comprenden homicidios calificados, lesiones graves y varios robos, acompañados de un gran despliegue de violencia en los mismos, demostrativos (al menos en el caso del “Bar Company”) de un desprecio por las vidas y los bienes ajenos que parece no haber tenido otro límite que no fuera el encierro que actualmente padece, el Tribunal considera que la imposición de una sanción corporal a M. se presenta como ineludible, sin que tampoco pueda caberle alguno de los beneficios contemplados en el art. 4° de la ley 22.278.

Es que, más allá de las constancias emergentes del expediente tutelar respectivo, que no muestra aristas destacables, ya sea de incidencia negativa como sería un mal comportamiento “intramuros”, o bien positiva a través de una conducta tendiente a revertir tan negro pasado, lo cierto y real es que desde su internación no pueden ameritarse logros suficientes que lleven a justificar, siquiera mínimamente que, quien (por cierto junto a otros sujetos) en tan poco lapso causó tanto daño, cometiendo asesinatos a mansalva, destruyendo familias y arrasando con los más elementales principios de convivencia y respeto por el prójimo que deben imperar en toda sociedad civilizada, no reciba el castigo correspondiente a semejante comportamiento, cumpliendo así la pena dos de sus funciones cuales son la adecuada retribución al mal causado por un lado y, por otro, la resocialización de quienes eligieron apartarse del camino de la ley

En razón de lo expuesto es que no se atenderá al pedido de reducción de la sanción a imponer a C.A.M. formulado por las Doctoras Nelly Amalia Allende y Claudia López Reta

Se tendrá sí en cuenta, y ello será materia de valoración en el capítulo respectivo, la inmadurez propia de M. al tiempo de acaecimiento de los gravísimos sucesos de autos en los que tomara activa participación, las demás circunstancias emergentes del expediente tutelar respectivo y de los arts. 40 y 41 del código de fondo.

9) Penas a imponer. Medida de seguridad.

Para graduar las sanciones a imponer a G.A.A. y C.A.M. se tienen en cuenta la naturaleza, modalidades y consecuencias de las numerosas acciones criminales probadas respecto de los nombrados; de las más graves previstas por la legislación penal; la inusual barbarie evidenciada por los causantes quienes, no satisfechos por el producido de los ilícitos perpetrados concretaban, a las pocas horas o minutos, un nuevo injusto de similar factura.

Deben valorarse, asimismo, los daños personales (irrecuperables en los caos de los homicidios concretados) materiales y especialmente morales y psicológicos a las víctimas y familiares de las mismas, todo lo cual quedó evidenciado en la audiencia de debate, no solo por las probanzas reunidas en la misma, sino por la angustia evidenciada en los familiares y víctima (R.) en el transcurso de ella, traducidas en llanto al hacerse alusión a la forma en que acaecieron los sucesos juzgados y en episodios de histeria, congoja y desesperación al darse lectura al veredicto.

En fin. Familias destrozadas, muertos. Las máximas penas previstas en el

Código Penal merecen en este caso justificación, no obstante lo cual, a partir de esta genérica evaluación se analizará por separado a cada uno de los causantes, en la medida que algún atenuante pueda morigerar el rigor punitivo.

A) Respecto de C.A.M. debe tenerse en cuenta en su favor que, al tiempo de cometer los sucesos, era menor de dieciocho años de edad; que, según se ha comprobado en la audiencia de debate, habría sido reclutado por G.A.A. para transitar la senda delictiva; que no registra otros antecedentes, a excepción de los hechos juzgados, por los cuales fue oportunamente privado de su libertad; el desfavorable entorno familiar donde se forjó su desviada personalidad, donde no pocos de sus integrantes fueron o se encuentran privados de su libertad por haber perpetrado delitos, y que ha tenido, en general, un buen comportamiento durante su internación en los establecimientos donde fue alojado.

Tales parámetros de graduación punitiva, conducen a estimar justa la imposición a C.A.M. de la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas que, bueno es repetirlo, no se halla en pugna con disposición constitucional alguna, como lo sostuvieran las Doctoras Allende y López Reta en la oportunidad prevista en el art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación, habida cuenta que la prohibición de imponer prisión perpetua a quienes delinquen antes de cumplir los dieciocho años de edad, contenida en el art. 37 párrafo a) de la Convención sobre los Derechos del Niño e incorporada a la Constitución de la Nación (art. 22) en la reforma acaecida en el año 1994 no es absoluta, en la medida que permita la posibilidad de excarcelación, o, en otras palabras de acceder a los menores condenados a la libertad condicional, lo cual es posible en nuestra legislación, conforme lo dispone el art. 13 del Código Penal. (...)

La Sala II de la CNCP, el 23 de junio del 2000, rechazó los recursos de casación, remitiéndose a los mismos fundamentos que en el caso C.D.N y L.M.M. anteriormente mencionado (D.1.3. de esta investigación.). **En otras palabras, la libertad condicional del art. 13 del CP satisface las exigencias del art. 37 de la CDN. También se expidió respecto de la condena a prisión perpetua como una pena cruel, inhumana o degradante, rechazando este supuesto ya que el art. 1 inc. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes indica que no se consideran tales a “los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.**

C.1.5.- Caso S.C.R.C.

El 06 de noviembre del 2000, el Tribunal en lo Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza condenó a S.C.R.C. a Prisión Perpetua, por el delito de Homicidio “criminis causae” y Robo agravado por el uso de arma (arts. 80 inc. 7 y 166 inc. 2 del CP), en concurso real.

El fiscal, al momento de solicitar aplicación de pena, solicitó la pena de 20 años (arts. 44 y 80 del CP) indicando que, a su criterio, la CDN veda la posibilidad de aplicar prisión perpetua a un joven. La defensa solicitó la no aplicación de pena, y en subsidio invocó el art. 37 de la CDN. La condena, prisión perpetua, no fue recurrida.

Para justificarlo, se indicó que la prueba sobre la conducta del joven hace

concluir a dicho tribunal que no es merecedor de la reducción a la tentativa que autoriza el art. 4 del Decreto-Ley 22278. Seguidamente indica que no se viola el mentado artículo de la CDN, toda vez que está prevista la posibilidad de la libertad condicional, citando al fallo de la Sala II de la CNCP antes mencionado.

No indica ningún fundamento por el cual se le permita apartarse *ultra petita* de lo solicitado por el fiscal, aunque debemos agregar que por ese entonces todavía no había sido dictado el fallo “Casal”, y todas las modificaciones a las costumbres judiciales de ese entonces que ese fallo produjo.

C.1.6.- Caso R.D.V.F.

El 28 de noviembre de 2002, el Tribunal en lo Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza condenó a R.D.V.F. a la pena de Prisión Perpetua, por los delitos de Homicidio “*criminis causae*” reiterado en dos oportunidades, Robo agravado por el uso de arma reiterado en seis oportunidades, una de ellas tentado, coacción agravada, tenencia de arma de guerra, y portación de arma de uso civil. Nuevamente, el fiscal solicitó la pena de 20 años, por considerar que a un joven no se le puede aplicar penas de perpetuidad.

Para resolver de esta manera, el Tribunal consideró que: *“En suma, nos encontramos frente a un suceso gravísimo, un sujeto con una personalidad psicopática, con una condena anterior por tentativa de homicidio, más otro delito, un tratamiento tutelar intrascendente que no ha revertido la situación personal del causante y que sólo en apariencia ha sido favorable, incluso actualmente –según dijo R.C. en la audiencia– no desarrolla ninguna actividad en el penal. Por último, la impresión directa del nombrado recogida por el Tribunal ha sido francamente negativa; todo lo cual conlleva a confirmar, por un lado, que resulta necesario aplicar una sanción al encausado R.C. y, por otro, que no es merecedor de la reducción penal prevista en el art. 4º, segundo párrafo, última parte, de la Ley Nº 22.278/22.803.”* Asimismo, reitero lo dicho en el fallo S.C.R.C. respecto de la libertad condicional como adecuación del art. 37 de la CDN.

No indica, al igual que su antecesor, ningún fundamento por el cual se le permita apartarse *ultra petita* de lo solicitado por el fiscal.

La defensa interpuso recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, siendo desestimado por cuestiones formales.

C.1.7.- Otros Casos

Hubo muchos casos más de penas de perpetuidad contra jóvenes. La obra mencionada indica varias sentencias más, y como se verá en el resto de la presente investigación, hubo muchos más.

Realizar una enumeración completa de cada una de ellas resulta innecesario a los fines de la presente investigación. Podemos resumir, sin embargo, que todas resuelven la cuestión constitucional de la misma manera que los fallos mencionados anteriormente, es decir, recurriendo a la figura de la libertad condicional.

En ellos se hace mención genérica a la peligrosidad como justificante de la pena máxima, conjuntamente con las particularidades de cada ellos. En ninguno de los observados se hizo análisis de la proporcionalidad, culpabilidad y/o reprochabilidad desde la perspectiva dada por la CDN y demás legislación aplicable.

Asimismo, en ninguno refiere claramente como fueron analizados los hechos y las agravantes para concluir en dicha pena, haciéndose mención genérica al la sana crítica e íntima convicción.

C.2.- El Fallo Maldonado

C.2.1.- Antecedentes

Del la situación fáctica descrita, se pudo concluir que el fallo de primera y segunda instancia, del caso que luego llegaría a la CSJN, resulta ser el mismo que el Caso 10 –D.E.M. publicado en UNICEF (2003a) antes citado, por lo que realizamos un análisis completo de todas las instancias.

El día 05 de mayo del año 2000, el Tribunal Oral de Menores nº2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró la responsabilidad penal del joven Maldonado por el delito de Homicidio “*criminis causae*” en concurso real con Robo agravado por el uso de arma.

El día 05 de noviembre de 2002, el mismo Tribunal, otorgándole el “beneficio” de la reducción a la tentativa, condenó a Maldonado a la pena de 14 años de prisión.

En la sentencia se indica que, previo a resolver la imposición y dosificación de pena, se le dio traslado a las partes.

Tal como surge de la sentencia, la defensora pública de menores e incapaces indicó que “*(...) luego de analizar detenidamente el expediente tuitivo correspondiente al joven M., se observa que su conducta a lo largo de todo el tratamiento tutelar, mientras el mismo permaneció privado de su libertad, ha sido la apropiada y la esperada por lo menos dentro de ese marco institucional, habiendo sido todo ello lo que motivó que con conformidad de ese Ministerio Pupilar, el menor comenzara a gozar de una serie de permisos de salidas, las que fueron respetadas estrictamente por el encausado y su grupo familiar. (...)*”

Lo relatado anteriormente se torna inconsistente y sin ningún valor desde el punto de vista tutelar, ante el hecho de que, una vez advertido severamente por el Tribunal, al responsabilizárselo penalmente por la comisión de un delito de extrema gravedad, M. vuelve a registrar una nueva causa por un hecho también de extrema gravedad y de similares características, poniendo en peligro no sólo su propia vida sino también la de terceros, con la lógica consecuencia que hoy le toca vivir: hallarse privado de su libertad en la Unidad N.º 2 del S.P.F. (...)

Ello resulta un reflejo de que su conducta dentro de un ámbito institucional difiere claramente cuando se encuentra ante la posibilidad de gozar de los beneficios de encontrarse en libertad ya que, volviendo a lo dicho con anterioridad, su perfil era el de una persona que había logrado obtener cambios significativos y valorables por todos los que intervenimos en este proceso, y que no se adecuan con los de una persona que resulta imputado de una acción delictiva de las mencionadas. Por lo expuesto y ante este sorpresivo fracaso en el que indudablemente se ha visto inmerso M., dando por tierra las oportunidades brindadas (...) durante tanto tiempo para lograr su reinserción social, entiendo que deviene inevitable sancionar al nombrado”.

Por último, expresó que en virtud de los logros alcanzados por el joven, del

buen comportamiento observado dentro del ámbito institucional, sumado a que la nueva causa que registra aun está en trámite, gozando así de la presunción de inocencia, consideró aplicable una reducción de la pena en los términos del art. 4º de la ley 22.278.

Habiéndose corrido traslado al Fiscal General, y tal como surge de la misma sentencia, el mismo sostuvo que el tratamiento tutelar implementado a Maldonado ha sido un perfecto fracaso, consideró que el mismo no se ha hecho merecedor de ninguno de los “beneficios” previstos por el art. 4º de la ley 22.278. En base a ello, y teniendo en cuenta la naturaleza, modalidades y consecuencias del hecho delictivo por el que se lo responsabilizara penalmente en autos, sus antecedentes personales y las demás pautas de mensuración punitivas contenidas en los arts. 40 y 41 del CP, es que en definitiva solicitó se condene al prenombrado a la pena de prisión perpetua, y accesorias legales.

Funda su dictamen en que el joven, actualmente, se encuentra detenido con Prisión Preventiva por una nueva causa, en la que se lo indaga por el delito de Homicidio “*criminis causae*” y otros.

Agrega que si bien es cierto que el expediente de disposición tutelar evidenciaría a primera vista que intramuros M. se comportaría conforme la ley, también lo es la circunstancia de que el joven no ha internalizado los beneficios que el tratamiento de referencia le brindaba, pues “al momento de recuperar su libertad se vio involucrado en un hecho delictivo de semejante envergadura”, lo que demuestra en su criterio que más de cuatro años de tratamiento tutelar no han servido para que superara su desaprensión respecto de los bienes jurídicos que el cuerpo legal punitivo protege.

Finalmente, se le dio traslado a la defensa oficial del joven. La misma sostuvo que objetiva y subjetivamente, debe hacerse abstracción del nuevo proceso penal que su asistido registra en trámite, dado que continúa gozando del estado de inocencia que resguardan los tratados internacionales incorporados a la Constitución de la Nación, por lo que, conforme sostuvo, en ese contexto, se hallaba en condiciones de solicitar que se aplique respecto del encausado la posibilidad de exención de pena prevista en la última parte de la ley juvenil.

Argumentó que en su opinión su pupilo ha cumplido con los objetivos propuestos a lo largo de la tutela, evolucionando favorablemente a lo largo de casi cuatro años, logros que no pueden ser soslayados al momento de decidir acerca de la imposición o no de pena y eventualmente el monto de la sanción que en definitiva se le imponga.

Por último, expresando los fundamentos de su desacuerdo con la aplicación de la pena de prisión perpetua respecto de hechos cometidos por jóvenes, requirió se absuelva a D.E.M. por aplicación del art. 4º “*in fine*” de la ley 22.278; y subsidiariamente, para el caso en que el Tribunal se decida por la aplicación de una sanción, que la misma sea de diez años de prisión y accesorias legales.

El voto del primer juez, al que adhiere el resto, hace una reseña histórica del joven. Finalmente, respecto del proceso que tiene en trámite indica que: “*Si bien resulta cierto que en la causa de mención el joven conserva la presunción de inocencia garantizada en nuestra Constitución de la Nación; empero, no por ello puede sostenerse, como pretende la defensa, que dichas actuaciones “no existen”.*”

Tal como expresaran la Dra. L.R. y el Sr. Fiscal Gral., los graves ilícitos que se le endilgan a M. en ese legajo, por cierto de idénticas características a aquellos por los que se acreditó su responsabilidad en la audiencia de juicio celebrada en autos, conforman un dato objetivo valorable a los fines meramente tutelares, siendo un claro reflejo de su proclividad a exponerse a serias situaciones de riesgo que ponen en peligro no sólo su propia vida, sino la de terceros, máxime que habiéndoselo declarado culpable de gravísimos ilícitos en esta causa, se esperaba un comportamiento ejemplar y alejado de todo tipo de conflicto.

En tales condiciones, resulta claro que su conducta dentro de un ámbito institucional, difiere cuando se encuentra ante la posibilidad de gozar de los beneficios de encontrarse en libertad, lo que me lleva a concluir que D.E.M. no ha internalizado y adecuado su obrar a las normas que rigen la convivencia social.

Por todo lo expuesto, ante el “no esperado” fracaso que ha implicado para el suscripto la exposición del joven a la situación de riesgo antes señalada; defraudando la confianza del Tribunal y dando por tierra las múltiples oportunidades que se le brindaron durante todo el período de observación, a través de todos los profesionales que intervinieron en su caso, aunando a todo lo expresado la gravedad de los hechos por los que fuera advertido y responsabilizado penalmente en autos, estimo que no resulta posible beneficiarlo con la absolucón de pena prevista en el art. 4º “in fine” de la ley 22.278. (...)

A fin de graduar la sanción a imponer a D.E.M., como la forma de su cumplimiento, valoro en su contra, la naturaleza, el carácter, las modalidades y consecuencias del quehacer delictivo coprotagonizado por el referido (...), y el fracaso del tratamiento tutelar que se le implementara, conforme las razones expresadas en los párrafos anteriores; en su favor, su minoridad al momento del hecho, el bajo medio social al que pertenece, sus circunstancias personales que surgen del expediente de disposición tutelar, y la favorable evolución que demostró hallándose en el Instituto “Dr. Luis Agote”. A todo ello se suma la “regular” impresión que me causara en la audiencia de debate, como los demás índices de mensuración punitiva previstos en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

En vista de todo lo expresado, considero como justa y adecuada al caso traído a estudio la sanción de catorce años de prisión y accesorias legales, lo que así voto.”

El mencionado Fiscal General interpuso recurso de casación, cuyo principal fundamento era la errónea aplicación del art. 4 del Decreto-Ley 22278, y por considerar que la resolución había sido arbitraria. El día 23 de abril de 2003 la Sala I de la Cámara Nacional de Penal resolvió casar la sentencia dictada, y condenar al joven Maldonado a la pena de Prisión Perpetua.

Para resolver de este modo, se realizaron los siguientes argumentos:

“Cual se ha dejado constancia más arriba (apartado b) el sustento de la aludida elección está constituido por: 1º) el haber cometido el hecho siendo menor de edad; 2º) su buen comportamiento en el Instituto ‘Dr. Luis Agote’ y las actividades positivas que realizó estando ahí privado de su libertad.

El primero de tales fundamentos carece de relevancia para discernir la disminución de pena pues no es sino uno de los requisitos para la reducción, beneficio que no está previsto para los mayores. No es por tanto una razón suficiente que apuntale lo decidido.

Y en cuanto al segundo, se muestra contradictorio con el sentido de lo resuelto. En efecto, esa buena conducta intra muros debió ser tomada en cuenta si es que el tratamiento tuitivo prodigado al menor hubiese demostrado un progreso en su resocialización o un propósito de enmienda que morigerara la evidente peligrosidad demostrada por M. al cometer el hecho por el que fue responsabilizado penalmente. Sin embargo –como el propio tribunal de la instancia anterior lo reconoció– ese tratamiento fracasó en lo que es su propósito primordial, pues no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquélla y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio.

Se advierte, por tanto, que, la solución jurídica consagrada –la reducción de la pena conforme con las disposiciones de la tentativa– no deriva racionalmente de las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo. Esta conclusión se torna tanto más evidente si se repara en que M., cuando delinque, exhibe un manifiesto desprecio por la vida propia y la ajena con tal de lograr su objetivo ilícito y, al propio tiempo, resguardar su libertad e impunidad. El hecho de autos es elocuente en ese sentido pues, perseguido por un pariente de la víctima de su despojo y aun sin riesgo para su propia vida, le disparó a quemarropa y así le dio muerte. No es muestra menos elocuente de su conducta extremadamente peligrosa para la vida ajena las imputaciones que actualmente sobre él pesan –ya en calidad de mayor para el derecho penal–, desde que de las constancias agregadas a fs. 70/90 resulta que intentó matar a tiros a los policías que procuraban su legítima aprehensión (...) Por lo demás, M. está siendo juzgado en este momento por tales hechos en la causa N.º 1360 del Tribunal oral en lo Criminal N.º 15 (véase certificación de fs. 202 vta.) y pese a que, por tanto, aún conserva el estado de inocencia, lo cierto es que la presunción de responsabilidad que dimana del progresivo avance de dicha causa es un dato objetivo que no puede ser desdeñado en el juicio de peligrosidad que este Tribunal está obligado a emitir de conformidad con el art. 41 del Código Penal (...)”

Respecto de la inconstitucionalidad de la pena de Prisión Perpetua contra jóvenes indicada por la defensa oficial ante dicho tribunal, se remiten a los antecedentes antes mencionados.

Por lo que, habiendo rechazado la reducción a la tentativa, y habiendo solicitado el Ministerio Fiscal la pena de Prisión Perpetua, la misma es concedida.

C.2.2.- El Dictamen del Procurador General

La defensa interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue denegado. Queja mediante, llega el caso a la CSJN.

El Procurador General de la Nación, emitió dictamen el 31 de marzo de 2005. En lo sustancial, entendió que el recurso era procedente ya que, “*aun considerando que el planteo se dirige en definitiva a revisar el quantum de la pena aplicada (...), al haberse fundado en la interpretación de aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos, frente a la decisión contraria dictada por el a quo, el caso suscita cuestión federal suficiente para habilitar la vía intentada (...)*”.

Respecto del agravio basado en que la pena de prisión perpetua un acto

cruel, inhumano y degradante lo desestima, como se observó en el caso C.A.M. (D.1.4. *in fine* de esta investigación), por considerar que la misma se encuentra excluida por el art. 1.1 de la mentada Convención.

Respecto del art. 37.b de la CDN, indica que se cumple el principio de encarcelamiento como medida de último recurso y por el plazo más breve que proceda, pues “*el Estado ha abdicado de perseguir penalmente a los menores de dieciséis años y lo hace de modo limitado entre esa edad y los dieciocho años*”.

Respecto del art. 37.a de la CDN; indica que se cumplen sus postulados (prohibición de “*prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación*”) con la posibilidad existente bajo la forma de libertad condicional.

Indica, finalmente, que: “*De la inteligencia hasta aquí desarrollada surge que, en definitiva, "la mayor brevedad posible" que se postula en el instrumento internacional de menores no impone per se la inconstitucionalidad de la aplicación a su respecto de la prisión perpetua pues, bajo cierta condición (posibilidad de excarcelación), se trata de una pena que la propia Convención autoriza para supuestos de gravedad y sin perjuicio de la vigencia del "interés superior del niño" que proclama su art. 3 (...)*

Por lo tanto, considero que la facultad judicial que autoriza el art. 4 ley 22278 no se opone a las pautas que se han reseñado, pues en virtud de ella el tribunal competente dispone de una herramienta legal que le permite, con mayor amplitud que para los adultos, adecuar la reacción estatal si es que se la juzga necesaria según los principios que rigen específicamente en materia de menores.”

Respecto de la utilización de la causa en trámite, indicó que su mención fue sobreabundante y ociosa, careciendo de efectos concretos al momento de la decisión, pues de todas maneras se hubiera llegado a la misma condena.

C.2.3.- La Sentencia

El día 07 de diciembre del año 2005 la Corte se expidió sobre la temática. Vale aclarar que, habiéndose ratificado la CDN y reformado la Constitución en el año 1994, era la primera vez que se expedía al respecto. Dicho fallo analiza una serie de cuestiones relativas al derecho penal juvenil. En el presente trabajo, nos limitamos a analizar lo relativo a nuestra hipótesis, sólo mencionando el resto de las cuestiones.

La Corte, en su voto mayoritario, indicó que la minoridad al momento del hecho no es solamente un requisito para la no aplicación de pena o la reducción a la escala de la tentativa, sino que ante esta circunstancia deben aportarse elementos para apartarse de dicha reducción. En otras palabras, que los institutos mencionados son la regla, y que sólo excepcionalmente el juzgador puede apartarse de los mismos.

Comprendió que la medida de la reprochabilidad del joven, sus posibilidades de autodeterminación, y demás cualidades, no pueden ser considerados evidentes ni derivados automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido.

Resolvió que el fracaso del tratamiento tutelar no puede atribuírsele exclusivamente al destinatario de la medida, omitiéndose de toda valoración fáctica concreta de las condiciones de contención social en la que se produce la liberación del joven.

Entendió que la expresión “peligrosidad” del art. 41 del CP no puede ser la puerta de ingreso para la valoraciones claramente contradictorias al principio de inocencia, derecho penal del hecho, y al *non bis in idem*, siendo que si no lo es para los adultos, tampoco para los jóvenes.

Indicó que en el caso de las penas absolutas dictadas contra jóvenes ya no es suficiente la mera comprobación de los hechos, sino que debe evaluarse el ilícito y la culpabilidad correspondiente.

Agregó que los jóvenes poseen una situación emocional, posibilidad real de dominar el curso de los acontecimientos, y actuación impulsiva o a instancia de sus compañeros diferente que a un adulto, siendo que no puede dejar de valorarse dichas circunstancias.

Consideró que una pena dictada sin escuchar al joven no puede considerarse bien determinada, en virtud del derecho a ser oído (art. 12.1 de la CDN).

Razonó que la necesidad de la pena se ve ligada al mandato legislativo de asegurar, preponderantemente, que la pena atiende a los fines de la resocialización, no siendo equiparable a la reducción a la tentativa, que atiende a otros fines. También razona que el juzgador no puede desentenderse de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial al momento de graduar la pena. Dicho mandato, en nuestro fuero, se traduce en la necesidad de fundamentar la necesidad de la privación de la libertad.

Consideró que los vocablos “dispuesto”, “internado”, “reeducados”, o “sujetos a medidas tutelares” significan materialmente lo mismo, es decir, la privación de la libertad del joven. Realiza una serie de consideraciones en contra el paradigma de la “situación irregular”, sentenciando que los jóvenes no pueden tener menos derechos que los adultos, siendo que se les debe reconocer los mismos derechos más los derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Enunció que en la actualidad, el Sistema Jurídico de la Justicia Penal Juvenil se encuentra configurado por la CN, la CDN, la CADH, el PIDCyP, y el PIDESyC, normas que resultan de ineludible consideración al momento de imposición de penas. Este sistema, entonces, debe estar orientado a que la aplicación de una pena privativa de la libertad no implique efectos negativos para la reintegración social del condenado.

Indicó que el principio de culpabilidad debe regir la cuantía de la pena, rechazándose cualquier concepción que implique la cosificación del ser humano. Así, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado, y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor. Lo contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros, y penar esa pretendida inferioridad de la persona, aunque con semejante consideración, en el fondo, cancelaría directamente el concepto

mismo de persona.

Concluyó que, ónticamente, no tiene el mismo grado de madurez emocional un adulto y un joven. Toda la psicología evolutiva confirma esta situación elemental. Su grado de reprochabilidad penal es diferente. Por lo que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad, lo que está vedado por nuestra Constitución. En otras palabras, la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.

Por lo que se hizo lugar a la queja, se declaró procedente el recurso extraordinario, y se dejó sin efecto la sentencia apelada.

El voto mayoritario, tal como se observa, no declara la inconstitucionalidad de las penas de perpetuidad dictadas contra jóvenes. Tampoco indica si el art. 13 del CP satisface las exigencias del art. 37 inc. a y b de la CDN., ni si estas condenas son penas crueles, inhumanas, o degradantes.

Los votos concurrentes del Dr. Fayt y la Dra. Argibay, si bien sentencian de la misma manera, se diferencian en estos puntos.

El Dr. Fayt indica que la libertad condicional es equiparable a la posibilidad de excarcelación, por lo que *“el ámbito de la decisión no consiste en determinar si es posible aplicar a la luz de la Convención (...). Antes bien, se trata de examinar si al fijarse la pena aplicada en la especie respecto del joven Maldonado fueron respetados los demás principios constitucionales que aluden a la situación del niño y los directamente vinculados con la imposición de una pena adecuada a la culpabilidad. Más precisamente, si resultaba razonable y correspondía, aplicar por el delito cometido la pena más grave que nuestro sistema punitivo prevé”*.

La Dra. Argibay, por su parte, indicó que: *“20) En síntesis, si bien no puede atribuirse a la Convención sobre los Derechos del Niño una prohibición absoluta de aplicar la prisión perpetua a personas que, al momento de perpetrar el delito, eran menores de dieciocho años, sí se deriva de dicho instrumento internacional con rango constitucional una regla de máxima prudencia y cuidado en la imposición de penas de prisión y, con mayor razón, de la prisión perpetua, que obliga para ello a descartar fundadamente la suficiencia de las alternativas más leves. 21) Con ello queda dicho que, cuando se trata de la pena 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 (arts. 4° de la ley 22.278 y 44, tercer párrafo del Código Penal) como respuesta adecuada a la culpabilidad del autor, para así justificar la necesidad de aplicar la 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 (...)”*.

Asimismo, fue ella, más allá del Procurador General, la única que se expidió respecto del planteo de la crueldad de la pena, indicando que: *“Respecto de los agravios deducidos, señaló, en primer término, que debía descartarse la posibilidad de que la imposición de prisión perpetua pudiese ser considerada como un acto cruel, inhumano o degradante, en tanto la propia Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, en su artículo 1.1, última*

parte, indica que no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”; tal como se venía resolviendo en los fallos antes mencionados.

C.2.4.- Conclusiones

Tal como se indicó, se analiza el Fallo Maldonado solamente en lo que respecta a nuestra temática.

Así, concluimos que el mentado fallo no prohibió las penas perpetuas contra jóvenes sino, más bien, las restringió exigiendo debida fundamentación. Creemos que la Dra. Argibay habló por todos los jueces cuando indicó que debe ser el acuse y el Tribunal el que debe demostrar la insuficiencia de la reducción de la escala, y no en viceversa.

También se concluye que la reducción no es un “beneficio”, sino que es la regla, siendo su apartamiento la excepción.

No podemos dejar de señalar que este fallo versó más sobre prácticas judiciales inconstitucionales, y sobre erróneas interpretaciones que se realizaron sobre el Decreto-Ley 22278, que sobre cuestiones de fondo. Ello se justifica en el sinfín de irregularidades que venimos mencionando, no en una, sino en todos los casos analizados.

Estamos en condiciones de afirmar que no hemos podido observar ninguna pena perpetua que cumpla los parámetros legales que se establecieron con el fallo Maldonado. Sin perjuicio de ello, dicho fallo, reiteramos, no las prohibió.

En el voto mayoritario del fallo, se analizan los principios de culpabilidad y reprochabilidad, no imponiéndose un límite claro a la punibilidad, y permitiéndose las penas perpetuas por excepción. Sólo el voto de la Dra. Argibay se expidió respecto de la crueldad de la pena, desechándola. Ninguno de los votos analizó la constitucionalidad de la pena en relación al art. 37.b de la CDN. Respecto de estos aspectos, posponemos su análisis al fallo Mendoza, a fin de evitar reiterarnos.

Ambos votos concurrentes desechan, tal como se indicó, contradicción entre el art. 4 del Decreto-Ley 22278 y el art. 37.a de la CDN. Creemos conveniente, en estos momentos, realizar una crítica en este punto.

Tal como se indicó en el apartado B.7 de esta investigación, el art. 29 de la CADH consagra el Principio Pro Homine, declarándose que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) permitir a alguno (...) suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos (...)”. Este principio es la manera de interpretar los tratados internacionales: los mismos dan derechos a las personas y obligaciones al Estado, y no viceversa ni en contrario.

Damos ejemplos: si la CADH dijera que *todas las parejas heterosexuales tienen derecho a casarse*, no puede ser interpretado *a contrario sensu*, concluyendo que esta norma le prohíbe a las parejas homosexuales ese derecho.

De la misma manera, si el art. 8.2.h de la CADH dice que “*Toda persona inculpada de delito tiene (...) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”, ello no significa que dicho artículo imposibilita a aquellas personas que no están inculpadas de delito, el derecho a la doble instancia.

Igualmente, si el art. 6.5 del PIDCyP indica que “*No se impondrá la pena de*

muerte por delitos cometidos por personas de menos de dieciocho años de edad, ni se la aplicara a las mujeres en estado de gravidez”, ello no significa que dicho artículo permite la pena de muerte para los hombres mayores de 18 años, y las mujeres mayores de 18 años que no están en estado de gravidez.

Todas estas son interpretaciones contrarias al Principio *Pro Homine* y, especialmente, contrarias al espíritu del legislador internacional al momento de su sanción y ratificación del tratado.

En otras palabras, que el art. 37.a de la CDN diga que está prohibida la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, ello no significa que este artículo permita dicha pena si existe la posibilidad de excarcelación. Ello es una interpretación errada de la norma internacional; siendo que todas las instancias anteriores al Fallo Mendoza lo interpretaron de esta manera, incluyendo la mismísima Corte.

Reiteramos, tal como se viene expresando, que es válido, en principio, realizar una interpretación *a contrario sensu* de una norma o ley ordinaria, pero ello está prohibido en materia de tratados internacionales de derechos humanos, puesto que ellos tienen su propia manera de interpretarse.

Por ello entendemos que el fallo Maldonado, más allá de todo lo loable que ha sido, y lo beneficioso que fueron todas sus consideraciones a fin de salvaguardar un marco mínimo de derechos garantizados para jóvenes, **no se extendió todo lo necesario, perdiéndose así una oportunidad histórica de poner fin a este asunto.**

Desde ya adelantamos, tal como se desarrollará más adelante, que la modificación del máximo de pena implica, necesariamente, una readequación de las penas medias y mínimas, incidiendo en todo el sistema. En efecto, no es lo mismo que la pena máxima aplicable a un joven sea Perpetua, 15 años o 7 años, porque cada una de estas incidirá directamente en todas las demás penas posibles, como así también en un análisis correcto de las disposiciones que discutimos.

C.3.- El Fallo Mendoza

C.3.1.- Antecedentes

Entre el 9 de abril de 2002 y el 30 de diciembre de 2003, los jóvenes C.D.N., L.M.M., C.A.M., S.C.R.C., y R.D.V.F. (D.1.3, D.1.4, D.1.5 y D.1.6 de esta investigación) mediante su representación realizada por la Dra. Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación, y el Dr. Fernando Peñaloza, abogado particular, interpusieron denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dada la estrecha similitud entre las alegaciones de hecho y de derecho, la Comisión decidió acumular las referidas peticiones en un solo expediente.

El 14 de marzo de 2008, la Comisión Interamericana aprobó el Informe de admisibilidad No. 26/083, en el cual concluyó que era competente para examinar los reclamos presentados.

En los términos del artículo 50 de la Convención, el 2 de noviembre de 2010 la Comisión emitió el Informe de fondo No. 172/10, en el cual llegó a una serie de conclusiones y formuló varias recomendaciones al Estado. Entre ellas recomendó “*disponer las medidas legislativas y de otra índole para que el sistema de justicia penal aplicable a adolescentes por conductas cometidas siendo menores de 18 años,*

sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena, según los parámetros formulados” en el Informe de fondo.

Corridos los traslados correspondientes, y vencidos los plazos, el 17 de junio de 2011 la Comisión dispuso someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde allí, continuó su trámite hasta su sentencia, el 14 de mayo de 2014.

Agregamos que hubo diversas organizaciones que presentaron *amicus curiae* ante esta Corte, entre ellos: del Centro de Estudios de Ejecución Penal, el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, la Asociación por los Derechos Civiles, Amnistía Internacional, el Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia de Argentina, el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, Abogados por los Derechos Humanos y el Centro por los Derechos, y la Justicia Global de la Universidad de San Francisco.

C.3.2.- La Sentencia

En lo que refiere a nuestra temática, **la CIDH dispuso por unanimidad que el Estado Argentino deberá garantizar que nunca más se vuelva a imponer la pena de prisión o reclusión perpetua a una persona de menos de 18 años al momento del hecho, debiendo garantizar que aquellas personas que actualmente las estén padeciendo deberán obtener una revisión de las mismas que se ajusten a los estándares expuestos en la Sentencia.**

Primeramente, debemos destacar que los representantes del Estado Argentino **reconoció** que hubo un error de juzgamiento puesto que *“los tribunales intervinientes [...] les impusieron penas privativas de libertad perpetuas, las cuales estaban vedadas por imperio del principio de culpabilidad a tenor del criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia [de Argentina] en el fallo ‘Maldonado’.*

Los integrantes de esta investigación no podemos dejar de señalar nuestra incredulidad ante tales manifestaciones. En primer lugar, porque los criterios que adopta la CSJN no son obligatorios para los tribunales inferiores. En segundo lugar, porque el fallo Maldonado no prohibió las penas perpetuas. En tercer lugar porque se supone que los representantes del Estado, más allá de las aberraciones que se cometan, están para protegerlo, por lo que antes de reconocer hechos debía guardar silencio. En cuarto lugar, nos preguntamos quien tiene la autoridad como para poder dar tales directivas a la representación. En efecto, y más allá de que excede a la presente investigación, ponderamos justo decir que en el caso se veían involucrados los tres poderes del estado, el Ejecutivo que dirige las relaciones exteriores, el Legislativo que dictó las leyes y no las modificó, y el Judicial que avaló dichas normas y dictó sentencias.

Volviendo al nudo del asunto, para resolver de esta manera la CIDH tuvo en cuenta tres fundamentos. El primero de ellos fue la Arbitrariedad de las sanciones penales. El segundo de ellos fue la Finalidad de la pena privativa de la libertad. El tercero de ellos fue la Prisión o Reclusión Perpetua como trato cruel e inhumano.

C.3.2.1.- Consideraciones Generales

Antes que nada, dicha Corte realiza consideraciones generales entre los

párrafos 139 a 151. A continuación, transcribimos las partes que consideramos pertinentes.

“139. El Tribunal observa que las controversias planteadas en el presente acápite no están dirigidas a controvertir la responsabilidad penal de C. A. M., L. M. M., S.C.R.C., R.D.V.F. y C.D.N., sino la imposición de la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, sobre aquéllos. Al respecto, el Estado reconoció su responsabilidad por la violación del principio de culpabilidad penal pues, en su concepto, la prisión perpetua solamente está prevista para adultos.

140. En primer lugar, la Corte estima pertinente reiterar que se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que la ley interna aplicable disponga una edad distinta para estos efectos (supra párr. 67). Asimismo, que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y, además, tienen “derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”. Para los fines de la presente Sentencia, debido a que se probó que C. A. M., L. M. M., S.C.R.C., R.D.V.F. y C.D.N. tenían entre 16 y 18 años al momento de cometer los delitos que les fueron imputados, la Corte se referirá a ellos como los “niños”.

141. Los niños y las niñas son titulares de todos los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de ese instrumento, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquel pertenece.

142. Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...).

143. La Convención sobre los Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. Al respecto, a partir de la consideración del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de los derechos del niño, en contra partida, también debe servir para asegurar la mínima restricción de tales derechos. Además, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior

para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Por lo tanto, los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva y de participación tienen una relevancia particular en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

144. Tratándose del debido proceso y garantías, esta Corte ha señalado que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procesos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos.

145. Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a “su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas”, sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil.

146. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías²¹⁷. En tal sentido, el artículo 5.5. de la Convención Americana señala que, “[c]uando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. Por lo tanto, conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo.

147. Por otro lado, la regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas

para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establece que “[e]l sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”. Como ya se señaló (supra párr. 146), una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada, especializada y proporcional las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, en caso de que no sea posible evitar la intervención judicial, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad.

148. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos.

149. Las reglas del debido proceso se hallan establecidas, en primer lugar, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, como ya ha sostenido anteriormente esta Corte, otros instrumentos internacionales son relevantes al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). El debido proceso y las garantías judiciales deben respetarse no sólo en los procesos judiciales, sino en cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo. A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas se encuentran en los artículos 37 y 40 de aquel tratado.

150. Asimismo, la Corte resalta que, de conformidad con los artículos 19, 17, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado está obligado a garantizar, a través de la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias, la protección del niño por parte de la familia, de la sociedad y del mismo Estado. Al respecto, este Tribunal ha reconocido el papel fundamental de la familia para el

desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. De este modo, la Corte considera que, a fin de cumplir con dichas obligaciones, en materia de justicia penal juvenil, los Estados deben contar con un marco legal y políticas públicas adecuados que se ajusten a los estándares internacionales señalados anteriormente (supra párr. 149), y que implementen un conjunto de medidas destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, los Estados deberán, entre otros, difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como a sus familias.

*151. En relación con el tema específico planteado en el presente caso, directamente relacionado con la imposición de sanción penal a niños, la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que, **para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad.***

C.3.2.2.- Arbitrariedad de las Sentencias

El fundamento referido a la Arbitrariedad de las Sentencias fue tratado en los párrafos 161 a 164.

*“161. El artículo 7.3 de la Convención establece que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. La Corte ha establecido en otras oportunidades que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales – puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. Asimismo, el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados deben velar por que “[n]ingún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”. **Todo lo anterior implica que si los jueces deciden que es necesaria la aplicación de una sanción penal, y si ésta es privativa de la libertad, aun estando prevista por la ley, su aplicación puede ser arbitraria si no se consideran los principios básicos que rigen esta materia.***

*162. Por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, aplican especialmente los siguientes principios: 1) de ultima ratio y de máxima brevedad, que en los términos del artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que “[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”, 2) **de delimitación temporal desde el momento de su imposición, particularmente relacionado con los primeros, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve***

posible, ello implica que las penas privativas de libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños, y 3) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño, con base en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé la revisión periódica de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido que “la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico”.

163. Con base en lo anterior, y a la luz del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos (supra párr. 143), la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños.

164. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado violó el derecho reconocido en el artículo 7.3 de la Convención Americana en perjuicio de C. A. M., L. M. M., S.C.R.C., R.D.V.F. y C.D.N., en relación con los artículos 19 y 1.1 de dicho instrumento, al imponerles como sanciones penales la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, por la comisión de delitos siendo niños. En relación con lo anterior, el Tribunal observa que en las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza el 9 de marzo de 2012 a favor de S.C.R.C. y por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal el 21 de agosto de 2012 a favor de C.A.M., C.D.N. y L.M.M., entre otras consideraciones, se señaló que al imponer la prisión y reclusión perpetuas a las víctimas por la comisión de delitos siendo menores de 18 años, los jueces no consideraron la aplicación de los principios que se desprenden de la normativa internacional en materia de los derechos de los niños” (la negrita nos pertenece).

C.3.2.3.- La Finalidad de la pena privativa de libertad

El fundamento relativo a la Finalidad de la pena privativa de libertad fue tratado en los párrafos 165 a 167.

“165. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas. No obstante, el Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a “ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del

niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma.

166. Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, el Tribunal considera que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños.

167. Por todo lo anterior (supra párrs. 134 a 166), la Corte estima que el Estado violó en perjuicio de C. A. M., L. M. M., S.C.R.C., R.D.V.F. y C.D.N., el derecho reconocido en el artículo 5.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, al imponerles como penas la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente.”

C.3.2.4.- Las Penas Perpetuas como tratos Crueles e Inhumanos

El fundamento relativo a las penas perpetuas como tratos crueles e inhumanos fue tratado en los párrafos 172 a 183. A continuación transcribimos las partes pertinentes.

“172. Este Tribunal destaca que el artículo 5.2 de la Convención Americana dispone que “[n]adie debe 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”. En ese tenor, el artículo 37.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados velarán por que “[n]ingún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. La Corte destaca que, enseguida, este artículo contempla que “[n]o se impondrá la pena [...] de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”, con lo cual, ese instrumento internacional muestra una clara conexión entre ambas prohibiciones.

173. Este Tribunal ha establecido que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Además, la Corte ha señalado que las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e “implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita”.

174. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la mayoría de los tratados en la materia sólo establecen, mediante fórmulas más o menos similares, que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles,

*inhumanos o degradantes”. Sin embargo, el carácter dinámico de la interpretación y aplicación de esta rama del derecho internacional ha permitido desprender una exigencia de proporcionalidad de normas que no hacen ninguna mención expresa de dicho elemento. La preocupación inicial en esta materia, centrada en la prohibición de la tortura como forma de persecución y castigo, así como la de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ha ido extendiéndose a otros campos, entre ellos, los de las sanciones estatales frente a la comisión de delitos. Los castigos corporales, la pena de muerte y la prisión perpetua son las principales sanciones que son motivo de preocupación desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, este ámbito no sólo atiende a los modos de penar, sino también a la proporcionalidad de las penas, como ya se señaló en esta Sentencia (supra párrs. 147, 151, 161 y 165 a 166). Por ello, las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes²⁴¹. Al respecto, la Corte observa que, en la sentencia de los casos *Harkins y Edwards Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Tribunal Europeo”) estableció que la imposición de una pena que adolece de grave desproporcionalidad puede constituir un trato cruel y, por lo tanto, puede vulnerar el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que corresponde al artículo 5 de la Convención Americana²⁴².*

175. Anteriormente, en la presente Sentencia ya se indicó que el artículo 13 del Código Penal de la Nación aplicable al presente caso señala que las personas condenadas a prisión y reclusión perpetuas pueden obtener la libertad una vez que hubieren cumplido veinte años de condena, “por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones [...]” (supra párr. 154). La Corte ya determinó que este plazo fijo impide el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, le permita obtener la libertad anticipada en cualquier momento (supra párr. 163). En concreto, no permite una revisión periódica constante de la necesidad de mantener a la persona privada de la libertad. Además, en esta Sentencia también ya se estableció que la imposición de las penas de prisión y reclusión perpetuas por delitos cometidos siendo menores de 18 años no consideró los principios especiales aplicables tratándose de los derechos de los niños, entre ellos, los de la privación de la libertad como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. La Corte estableció, además, que la prisión perpetua a menores no cumple con el fin de la reintegración social previsto por el artículo 5.6 de la Convención (supra párrs. 165 a 167). En suma, este Tribunal estimó que la prisión y reclusión perpetuas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a menores.

176. Además, en este caso hay que tomar en cuenta que las revisiones de las condenas de C.A.M, C.D.N., L.M.M., y S.C.R.C. tuvieron lugar luego de aproximadamente de 12 años (supra párrs. 92 y 94). Por otro lado, del expediente ante este Tribunal se desprende que, luego de que fue condenado, R.D.V.F. estuvo privado de la libertad aproximadamente cuatro años hasta su muerte en la Penitenciaría de Mendoza (supra párr. 108). En consecuencia, para todos estos niños, las expectativas de libertad eran mínimas pues el artículo 13 del Código Penal

de la Nación exigía que cumplieran, por lo menos, con 20 años de condena para solicitar la libertad condicional. (...)

183. De lo anterior, para la Corte es evidente que la desproporcionalidad de las penas impuestas a C.A.M, C.D.N., L.M.M., y S.C.R.C. y R.D.V.F., y el alto impacto psicológico producido, por las consideraciones ya señaladas (supra párrs. 169 a 182), constituyeron tratos crueles e inhumanos. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la misma, en perjuicio de C.A.M, C.D.N., L.M.M., y S.C.R.C. y R.D.V.F.”

C.3.2.5.- Deber de Adoptar Disposiciones en el Derecho Interno

El fundamento relativo a la obligación contenida en el art. 2 de la CADH fue tratado en los párrafos 172 a 183. A continuación transcribimos las partes pertinentes.

“295. Al respecto, en esta Sentencia ya se mencionó que la Ley 22.278 aplicada en el presente caso, la cual data de la época de la dictadura argentina, regula algunos aspectos relativos a la imputación de responsabilidad penal a los niños y a las medidas que el juez puede adoptar antes y después de dicha imputación, incluyendo la posibilidad de la imposición de una sanción penal. Sin embargo, la determinación de las penas, su graduación y la tipificación de los delitos se encuentran reguladas en el Código Penal de la Nación, el cual es igualmente aplicable a los adultos infractores. El sistema previsto por el artículo 4 de la Ley 22.278 (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 (supra párrs. 147, 151, 161, 165 a 166, 174, 175 y 183).

296. La Corte destaca igualmente que al momento de los hechos el artículo 13 del Código Penal de la Nación contemplaba la libertad condicional para las personas sancionadas con prisión y reclusión perpetuas, luego de cumplidos 20 años de condena (supra párr. 154). Al respecto, como ya lo estableció el Tribunal en esta Sentencia, dichas sanciones son contrarias a la Convención, ya que este período fija luego del cual podría solicitarse la excarcelación no toma en cuenta las circunstancias de cada niño, las cuales se van actualizando con el transcurso del tiempo y, en cualquier momento, podrían demostrar un progreso que posibilitaría su reintegración en la sociedad. Adicionalmente, el período previsto por el artículo 13 mencionado no cumple con el estándar de revisión periódica de la pena privativa de libertad (supra párrs. 163 a 164). Todo lo contrario, es un plazo abiertamente

desproporcionado para que los niños puedan solicitar, por primera vez, la libertad, y puedan reintegrarse a la sociedad, pues los niños son obligados a permanecer más tiempo privados de la libertad, es decir 20 años, con el fin de poder solicitar su eventual libertad, que el tiempo vivido antes de la comisión de los delitos y de la imposición de la pena, tomando en cuenta que en Argentina las personas mayores de 16 años y menores de 18 años son imputables, conforme al artículo 2 de la Ley 22.278 (supra párr. 75, nota 46).

297. El Estado alegó que la situación de la incompatibilidad de la determinación, ejecución y revisión periódica de la sanción penal a niños quedó resuelta con la Ley No. 26.061, relativa a la Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. La Corte observa que dicha Ley, la cual fue adoptada en el año 2005, con posterioridad a imposición de las sanciones penales que son objeto de este caso, regula, en términos generales, el denominado “Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” y, en tal sentido, las “[p]olíticas, planes y programas de protección de derechos”, los “[o]rganismos administrativos y judiciales de protección de derechos”, los “[r]ecursos económicos”, los “[p]rocedimientos”, las “[m]edidas de protección de derechos”, y las “[m]edidas de protección excepcional de derechos”, conforme a su artículo 32. Si bien la Ley No. 26.061 se refiere, entre otros, a algunos aspectos relativos a los “derechos de las niñas, niños y adolescentes”, las “garantías mínimas de procedimiento” y las “garantías en los procedimientos judiciales o administrativos” (artículo 27), los aspectos relativos a la determinación de las sanciones penales a niños se rigen por la Ley 22.278 y por el Código Penal de la Nación, los cuales siguen vigentes en Argentina.

298. Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado incumplió con la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 7.3 y 19 de la misma, en perjuicio de C.A.M., C.D.N., L.M.M., R.D.V.F., y S.C.R.C.”

C.3.3.- Conclusiones

Llegado a este punto, reiteramos que en la presente solamente analizaremos lo referido a nuestro tópico, dejando de lado las demás circunstancias referidas en el fallo, como las torturas sufridas por los jóvenes mientras estuvieron detenidos, la misteriosa y repentina muerte de R.D.V.F., la pérdida de visión de L.M.M., entre otros.

En primer lugar, **llegamos a la conclusión de que la existencia de este fallo es lamentable.** Y lo es porque siempre que hay un fallo de la CIDH significa que hubo derechos violados, que fueron observados y denunciados, y que aún habiendo una innumerable cantidad de oportunidades para rever la situación y buscar una solución armoniosa con los derechos humanos, se eligió la desidia, la pereza, la negación y el olvido. Esto se agrava aún más porque todas estas personas eran jóvenes que, si bien fueron condenados por cometer actos horribles, fueron condenados a penas crueles e inhumanas, negándoles la posibilidad de insertarse socialmente, viviendo esos años de vida encerrados.

Hay otra apreciación personal que debemos realizar. Y es que las penas perpetuas son mucho más graves cuanto más joven es la persona. Partiendo del

supuesto de una expectativa de vida similar, estos jóvenes iban a estar muchos más años presos que las personas que en nuestro país (y en todo el mundo) cometieron crímenes contra la humanidad, ya que estos son encarcelados cuando son adultos mayores. Invitamos al lector pensar y elegir cuando preferiría ser condenado siquiera a 1 año de prisión, si pudiera elegir. La respuesta a esta pregunta evidencia que los años de la preadolescencia y la adolescencia son mucho más apreciados para el ser humano y, por lo tanto, más valiosos.

En segundo lugar, observamos que la improcedencia de las penas perpetuas no vino de la mano de un análisis del art. 37.a, sino del art. 37.b de la CDN.

En este sentido, con la única excepción del Dictamen del Procurador General en el fallo Maldonado (D.2.2. de esta investigación), **ninguno de los fallos analizados indicó si la prisión perpetua era una *medida de último recurso* o si era utilizada *durante el plazo más breve que procedía*. Claramente las penas perpetuas no son por el plazo más breve, sino exactamente lo contrario: son el plazo más amplio que procede. Claramente no son de último recurso, porque no se utilizaron otros recursos. Nos preguntamos si el resultado hubiera sido diferente si se hubiesen analizado estas cuestiones desde un principio.**

Resulta paradigmático que la CIDH, al analizar esta cuestión en los párrafos 161 a 164, ni siquiera se haya detenido a analizar el art. 37.a de la CDN, **siendo que este fue el caballo de batalla de los que afirmaban la posibilidad de perpetuidad**. En este punto, si bien este argumento no fue analizado en virtud del allanamiento realizado por el Estado Argentino, entendemos que la Corte interpretó este artículo de la misma manera que lo hicimos en esta investigación (D.2.4. *in fine*). **Reiterándonos: si bien se prohibía la prisión perpetua sin posibilidad de libertad, ello no significaba que sí se la permitía si hubiera posibilidad de libertad.**

Llegado a este punto, cabe concluir que la interpretación aquí realizada respecto del principio *Pro Homine* y el art. 37.a de la CDN es la única posible pues, si no lo fuera, caeríamos en una contradicción.

En tercer lugar, observamos que la CIDH hizo especial hincapié en el principio de culpabilidad y proporcionalidad, indicando que no es posible darle la misma entidad al reproche penal que le corresponde a un adulto y a un joven.

El punto neurálgico, a este respecto, está en el párrafo 295 cuando prohíbe que los niños sean sancionados con las mismas penas que las previstas para los adultos, por violar el principio de proporcionalidad.

En este sentido, es dable recalcar que es muy difícil volver pragmático estos principios en particular. En efecto, las sentencias antes analizadas mencionan, directa o indirectamente, estos principios, y consideraron ajustado a derecho las penas perpetuas. Para ello, hicieron especial firmeza en los actos realizados, siendo que alguno de los jueces los calificó como “barbarie”.

Podríamos decir que la Corte cumple con los postulados de las Reglas de Beijing, en el comentario a la Regla 17, ya que “(...) siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven (...)”. Sin embargo, esto nos deja una laguna o vacío, puesto que medir o mesurar esto resulta prácticamente imposible.

En cuarto lugar, las penas perpetuas fueron consideradas penas crueles e inhumanas. Ello, en virtud de ser desproporcionada la pena, y el impacto

psicológico producido.

En este punto, debemos realizar una discrepancia doctrinaria respecto del análisis realizado por Elhart (2014)¹⁵. En este sentido, el autor interpreta que el principal óbice de las penas perpetuas es que *“los plazos para acceder a la libertad para tal clase de pena (...) son incompatibles con tales finalidades del fuero de menores y con el principio de mínima intervención”*. Por este motivo concluye que si se permitiera el otorgamiento de la libertad en cualquier momento del proceso (analizando el art. 79 de la ley provincial 13634), se cumplirían los estándares obligatorios que emanan del fallo.

Entendemos que el principal óbice para la aplicación de las penas perpetuas contra jóvenes es la violación al principio de culpabilidad, reprochabilidad y proporcionalidad. **Es decir, que no ha habido relación fundada entre la acción realizada, las cualidades de la persona inculpada, y la sanción impuesta.** Tampoco se respetaron las garantías propias de los jóvenes, incluidas en el mentado art. 37.b de la CDN, y los fines de la pena. En este punto, reiteramos, resulta fundamental el párrafo 295 de la sentencia, cuando prohíbe dar igual trato a jóvenes y adultos.

Pero el hecho de tener que esperar un tiempo demasiado extenso para la libertad, amén de ser cierto, es simplemente una de las circunstancias más que se utilizan como justificantes para concluir en la crueldad e inhumanidad de la pena. Es decir, este fue uno de los fundamentos utilizados en las consideraciones de los párrafos 172 a 183, conjuntamente con el alto impacto psicológico, **pero existían estas otras razones expuestas que también hacen improcedente a la pena.**

Sin perjuicio de que ello excede el marco de la presente investigación, por los mismos fundamentos creemos que también sería desproporcional, y contraria a los principios propios del derecho penal juvenil, una pena temporal alta por más que se le otorgue la libertad tempranamente. Ello pues el joven debería continuar cumpliendo reglas de conducta por un tiempo demasiado extenso.

Asimismo, entendemos que esto, hipotéticamente, podría llegar a producir una confusión entre la dosificación de la pena y la ejecución de la pena que, si bien deben estar interconectadas, ya que no se puede dosificar una pena con prescindencia de su ejecución, **ello tampoco puede implicar una subordinación de la ejecución por sobre la pena misma.** Así, el fallo de la CIDH declaró que las penas perpetuas resulta violatoria a los derechos y garantías que se enuncian, siendo que no basa la violación en la denegación de la libertad.

Dicha negativa, por otro lado, podría ser considerada como una violación al deber de revisión periódica de las medidas privativas de la libertad. En palabras de la Corte, *“(...) si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto.”* (párr. 162).

Cabe destacar que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en su

¹⁵ Magistrado suplente de la Suprema Corte de la Pcia. de Bs. As. en lo penal y penal juvenil, Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). En virtud de la honestidad científica, no podemos dejar de señalar que, más allá de no compartir sus conclusiones, el trabajo realizado por este jurista fue uno de los puntapié y provocadores de la presente investigación. A eso debemos sumar que, a pesar de la exhaustiva búsqueda realizada, es el único artículo doctrinario que analiza seriamente la cuestión, por lo que reviste de un alto valor científico.

Observación General n°10 del año 2007, “*Los Derechos del niño en la justicia de menores*” (párr. 77), concluyó que la puesta en libertad debe ser realista y objeto de examen periódico. Asimismo, en el las Observaciones Finales respecto de Argentina del año 2010 (CRC/C/ARG/CO/3-4), recomendó que se derogue el Decreto-Ley 22278, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil (párr. 80).

Esta férrea oposición a esta interpretación no es inocente. Es que el análisis que realizamos seguidamente tiene uno de sus ejes fundamentales en la inequidad de la proporción de la pena, producto del citado Decreto-Ley no reformado.

En este sentido, entendemos que la conclusión más importante de este fallo es que debemos encontrar la manera de racionalizar la reacción punitiva contra jóvenes.

C.4.- Fallos posteriores

C.4.1.- Las Acciones de Revisión

Con posterioridad al Informe de fondo de la ComIDH, las defensas de los jóvenes C.A.M., C.D.N., L.M.M., y S.C.R.C. interpusieron recursos de revisión de las penas impuestas, solicitando se declare la inconstitucionalidad de la pena perpetua, aplicándose la reducción a la tentativa.

A mero título enunciativo, y sin avocarnos al tema por exceder a la presente, dejamos en claro que los motivos que justifican un recurso de revisión son particularmente escasos en todos los códigos procesales argentinos. En principio, la emisión del Informe de fondo de la comisión no era un supuesto que lo justificara.

Nuevamente excediéndonos, no podemos dejar de señalar que, de las conclusiones a que arribamos en esta investigación, consideramos que las mismas padecen de lo que se denomina como *cosa juzgada írrita*. En otras palabras, por más que hayan adquirido firmeza, las mismas eran nulas.

Respecto a S.C.R.C., el 9 de marzo de 2012, la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza hizo lugar a la acción de revisión, casó la sentencia, y resolvió imponerle la pena de 15 años de prisión. Para ello, tomo los fundamentos del Informe de fondo mencionado. No se pudo confirmar si esta resolución fue apelada por la fiscalía interviniente.

Respecto de los otros jóvenes, la Sala II de la CNCP en el tema de fondo, hizo lugar a la acción de revisión, declaró la nulidad de las penas perpetuas contra jóvenes, y ordenó que se dicte un nuevo pronunciamiento. Esta resolución fue apelada por el Fiscal General de la Nación, por lo que al momento en que la CIDH debía resolver la cuestión, esta resolución no estaba firme.

Para resolver de esta manera, uno de los miembros de la Sala II dijo que: “(...) *Convencionalmente surge del art. 37.b) CDN, que los niños sólo pueden ser privados de la libertad, sufrir encarcelamientos o detenciones, como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores -Reglas de Beijing- mantiene similares estándares; como las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad -reglas 1 y 2- y el principio III.1 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de*

Libertad en las Américas.

De un análisis racional de la Ley Nº 22.278 –artículo 4 inc. 3) que establece la potestad judicial de aplicar o no la escala de la tentativa- y el art. 80 inc. 7º del Código Penal, aplicados al caso, surge que son incompatibles con el sistema convencional, al habilitar al juzgador a imponer penas a los niños como si fueran adultos, no respetando las características de especialidad de los mismos ni resguardando el interés superior del niño.

No cumple con los estándares convencionales la perpetuidad de una pena privativa de libertad, con la exigencia que la detención de los niños debe ser utilizada como medida de último recurso y durante el período más breve posible – artículo 37 b) CDN-. Es muy angustiante para un niño infractor de la ley penal soportar la carga del encerramiento perpetuo, resulta desproporcionada y excesiva con relación a los niños, modalidad de sanción que tampoco cumple con el estándar de la reinserción social como objetivo de la pena privativa de libertad.

Conforme lo expresado precedentemente, en correlación con el Informe 172/10 de la Comisión IDH que en el caso se trae a análisis y del corpus iuris internacional aplicable, corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión o reclusión perpetua establecida en el art. 80 inc. 7º), impuesta a los recurrentes, niños al momento de la comisión de los hechos, efectuado por las defensas”

C.4.2.- El Fallo Marsiglio de la SCBA

Este fallo lleva el nombre del fiscal que realizó el recurso extraordinario. El nombre completo del fallo es “Marsiglio, María de los Ángeles -Agente Fiscal-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nº 28.541 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Azul, seguida a A., I. A. y A., M. E.”. Fue dictado por la SCBA el día 16 de octubre de 2013, pocos meses después del fallo Mendoza de la CIDH.

En concreto, la Corte indicó que: “(...) Al determinar la pena la Cámara expuso que “... [a]tento a que el monto establecido se encuentra por debajo del que correspondería regular aún en la escala de la tentativa, cabe aclarar que es postura de esta Cámara que ello es admisible pues si el art. 4 de la ley 22.278 expresamente permite llegar hasta la eximición de pena cuando así se advierta conveniente de acuerdo a las pautas allí contempladas y que fueran referidas en la sentencia, igualmente autoriza, de manera implícita, a fijar el monto que mejor se adecue a la justicia del caso aunque esté por debajo del que correspondería según el art. 44 del Código Penal...”

(...) El a quo no se consideró obligado por el texto expreso de la ley -sin haberlo declarado inconstitucional- al desconocer que el art. 4 de la ley 22.278 no brinda sino tres alternativas al juzgador al facultarlo a aplicar la sanción prevista para el delito en cuestión, fijar una pena reducida en la forma prevista para la tentativa o bien absolver. El margen de discrecionalidad así establecido por el legislador, para resolver sobre la consecuencia penal de la declaración de responsabilidad de un joven sujeto a tal régimen, no tiene el alcance que le atribuye la Cámara.

(...) En ese sentido, la sentencia dictada por la Corte Suprema in re

"Maldonado" (sent. Del 7/XII/2005, consid. 24) - invocada por el a quo en este punto- expresa que "La ley 22.278, que es la pieza jurídica fundamental nacional en la materia, prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el (sic) hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa (art. 4), e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él..". Como se advierte, el criterio de la Cámara no se encuentra comprendido en el catálogo de posibilidades contempladas en la interpretación del alto Tribunal.

(...) El pronunciamiento impugnado implica, por lo tanto, un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso sin argumentos valederos para su inaplicación (conf. Fallos 307:1979; 320:1492; 323:192 y 2322; entre otros) pues se prescindió sin razón valedera de la letra de la ley (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mannini", sent. Del 17/X/2007), incurriendo en arbitrariedad (v. Sagues, Néstor Pedro; Derecho Procesal Constitucional; t. 2; Astrea, Bs. As.; págs. 161 y sigs.)" (La negrita nos pertenece).

Más allá de lo resuelto respecto de la posibilidad de aplicar una pena entre el mínimo previsto para el delito tentado y la no aplicación de pena, que era el tema de fondo en este caso, **la esta Corte ratificó la vigencia del art. 4 del Decreto-Ley 22278.**

En virtud de lo expuesto hasta el momento, y lo que desarrollamos en los capítulos siguiente, **desde esta investigación entendemos que dicho fallo produjo gravedad institucional, por haberse puesto en abierta contradicción con el fallo Mendoza de la CIDH, cuando en su párrafo 295 expresamente indica que los jóvenes y los adultos no pueden ser condenados a la misma sanción penal.**

E.-EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

E.1.- La Insuficiencia de la Reducción a la Tentativa

Llegado al punto en análisis, desde esta investigación afirmamos que actualmente **nos encontramos legislativamente en un estado de incertidumbre**, puesto que no es posible afirmar cuanto es el máximo de pena que se le puede aplicar a un joven.

Analicemos esto. Habiendo descartado la posibilidad de penas perpetuas, y sabiendo que no es posible aplicarles la misma pena que a un adulto, debemos necesariamente decidir cuál es la pena temporal máxima que se le puede aplicar a un joven.

En la supuesta vigencia del mentado art. 4 del Decreto-Ley, descartamos la posibilidad de la negación de la reducción a la tentativa. Ello resulta de un análisis lógico, y por el método de demostración de la reducción al absurdo. Ejemplificamos: si un joven cometiera un Homicidio Agravado, cómo no puede ser condenado a prisión perpetua necesariamente debe aplicársele la reducción de la escala a la tentativa, por lo que el máximo sólo podría ser la pena de 15 años de prisión o 20 de reclusión (art. 44 y 80 del CP). Sin embargo, si a ese joven se le cambiara la calificación legal y fuera condenado a Homicidio Simple, podría ser condenado a la pena de 25 años de prisión (art. 79 del CP). **Esto es, obviamente, absurdo, puesto que se le impondría una pena más grave por un delito más leve.**

Más allá de ello, aplicarle la misma pena que a un adulto sería una abierta contradicción con los fundamentos dados por la CIDH (párr. 295 del fallo, apartado C.3.2.5 de la investigación), puesto que se indica con claridad que ello no es posible.

El fallo Mendoza, entonces, zanja la vieja discusión sobre si la reducción a la tentativa es facultativa u obligatoria, pero no resuelve la cuestión.

Es que cuando se comenzó a discutir sobre este último punto no existía todavía la Ley 25928 del año 2004 (una de las denominadas Leyes Blumberg) por la que elevaba el máximo de pena por concurso de delitos hasta 50 años de prisión (art. 55 del CP). Esta ley tiene una particular incidencia en el art. 4 del Decreto-Ley 22.278. **Es que por más que se aplique la reducción a la tentativa de manera obligatoria, se pueden sumar los máximos de pena hasta dicho monto.**

Nuevamente recurriendo al ejemplo, si un joven cometiera hoy 2 hechos de Robo agravado por el uso de arma de fuego y Portación de arma de fuego de uso civil (art. 166, 2do párr., y art. 189 bis, inc. 2, párr. 3, del CP), tendría una pena en expectativa que iría desde 3 años y 4 meses **hasta 32 años de prisión**. Esto implica una pena mayor a la que se le podría aplicar en caso de Homicidio Simple (art. 79 del CP), que se sanciona con una pena desde 4 años **hasta 16 años y 8 meses**; siempre aplicando la reducción a la tentativa del art. 4 del mencionado decreto-ley.

Podría decirse que si la Prisión Perpetua que la CIDH declaró contraria al control de convencionalidad suponía una libertad condicional a partir de los 20 años de prisión, entonces no podría aplicarse una pena que implique una cantidad igual o mayor para conseguir la liberación. En otras palabras, podríamos igualar la pena de 30 años de prisión con la prisión perpetua, ya que ambas implicar la posibilidad de dicha libertad a partir de los 20 años (art. 13 del CP)¹⁶. Asimismo, y

¹⁶ Cabe aclarar que actualmente los condenados a Prisión Perpetua debe esperar 35 años de condena

por las mismas consideraciones, sería una pena cruel e inhumana por ser evidentemente desproporcionada. **Sin embargo, esto no nos indica cuál es el máximo que sí es aplicable.**

Alguno podría decir que, si la pena máxima con la reducción a la tentativa que se puede aplicar por el delito singular más grave en el Código Penal es de 20 años de reclusión (art. 44 y 80 del CP), entonces esta es la pena máxima. Entendemos que este es un nuevo forzoso análisis por intentar adecuar abstractamente el régimen penal juvenil a los estándares internacionales, y que no satisface los postulados del fallo Mendoza ya que no se examina si dicha pena cumple los requisitos como para poder ser considerada *de último recurso, el plazo más breve que procede*, y adecuada a los principios de culpabilidad, reprochabilidad y proporcionalidad. **Asimismo, y si en el fallo Mendoza se dijo que tener que esperar 20 años para la libertad producía que la pena fuera considerada nada menos que cruel e inhumana por desproporcional, condenar a alguien a la pena de 20 años sería una evidente violación a este fallo.**

Tal como se observó en el ejemplo, el legislador argentino pretende que si el inculpado cometió dos o más delitos graves tenga una pena mucho mayor que si comete un solo delito gravísimo (en el caso, el doble¹⁷). Estas consideraciones son reprochables desde varios puntos de vista (ético, moral, lógico y legal, entre otros), y demuestran una pésima conducta legislativa. Sin embargo, ésta es la ley vigente, y la necesidad de una reforma penal integral excede a la presente investigación.

E.2.- Cerrando Caminos: la Ley anterior

En general, cuando en el derecho se declara la inconstitucionalidad de una ley se vuelve a poner en vigencia la ley anterior. Esta es una constante en el derecho argentino, más allá de la rama del derecho al que nos avoquemos.

Esta eventual solución, en este caso, no es posible.

Es que el Decreto-Ley 22278, tal como se explicó en el apartado B de esta investigación, repitió la misma fórmula que la Ley 14394, que a su vez repitió la misma fórmula de la Ley 11179. Entonces, deberíamos aplicar la ley anterior a esta última, es decir, la Ley 1920. Sin embargo, esta última también es descartable porque, en las circunstancias descriptas (apartado B.3) aplica la misma pena a un joven y a un adulto.

Entonces, descartada la Ley 1920, deberíamos aplicar el Código Penal de Carlos Tejedor, que aplica una pena máxima (*válida*) de 3 años de prisión (apartado B.2). Llegar a esta conclusión nos parece igual de absurdo, puesto que no podemos concluir que en la actualidad debiéramos aplicar la ley anterior a la constitución, vigente por los años 1878. Además, devendría en un sinfín de irregularidades que es, justamente, lo que pretendemos evitar.

para solicitar la libertad condicional y que la CIDH se expidió con la ley anterior aplicable al caso por el principio de retroactividad de la ley penal más benigna. Este máximo fue modificado por la ley 25892, otra más de las denominadas “Leyes Blumberg”.

¹⁷ En el mismo caso, y si fuera adulto, podría ser condenado con una pena de 8 a 25 años por el homicidio; y de 6 años y 8 meses hasta 50 años por los robos. Es decir, el doble de pena máxima.

E.3.- Trabajo de Campo

Siguiendo el método de razonamiento abductivo y dado que la hipótesis propuesta se trata de una del tipo factual o referencial de primer grado, esta investigación realiza comprobación empírica de sus postulados. Así, se realizaron entrevistas, bajo la modalidad semi-estructurada, con Magistrados del Poder Judicial. Mencionamos y agradecemos al Dr. Gabriel Peñoñori¹⁸, Dr. Raúl Elhart¹⁹, Dr. Pablo Luis Di Meglio²⁰, y Dra. Aldana María Zingg²¹. La participación de juristas internacionales la mencionamos en el capítulo siguiente.

De las entrevistas mencionadas, concluimos en tres posturas adoptadas, de acuerdo a la nueva realidad jurídica producto del fallo Mendoza.

La primera, postula la vigencia del Decreto-Ley 22278 con la única exclusión de las penas perpetuas. Realizan la salvedad que, si bien es posible aplicar la misma escala penal, no sería adecuado aplicar la misma pena a un joven y a un adulto.

No compartimos esta postura por los motivos expuestos precedentemente. En concreto, el art. 4 del decreto-ley postula tres opciones: no aplicación de pena, reducción de la escala a la tentativa, y la misma pena que a un adulto. Si al delito más grave no se le puede aplicar prisión perpetua y, obligatoriamente, debe reducir la escala a la tentativa por no existir otra opción, no puede concluirse que a un delito más leve puede aplicarse la misma pena que a un adulto por evidenciarse un absurdo. En el ejemplo dado, un Homicidio Simple tendría más pena que un Homicidio Agravado (apartado E.1). Asimismo, la CIDH indicó claramente que no le es aplicable la misma escala penal por lo que, aunque se le aplique una pena más leve, se estaría violando los fundamentos de dicho fallo.

La segunda, afirma la reducción a la tentativa como obligatoria, como consecuencia lógica del fallo Mendoza. Sin perjuicio de ello, no llega a afirmar un monto de pena máximo. Se indica que para poder determinarlo habría que estar a las circunstancias de cada caso, y que no es posible de que un joven y un adulto reciban la misma pena, entre otras cosas. Se expresa en contra del fallo Marsiglio de la SCBA (apartado C.4.2.), y a favor de la interpretación amplia de la libertad asistida del art. 79 de la ley 13634, como formas de adecuar la normativa internacional.

Sin perjuicio de compartir los fundamentos brindados por esta postura, reiteramos que la reducción a la tentativa, a nuestro criterio, es insuficiente por no poner un límite claro al poder punitivo del estado, a lo que nos remitimos.

La tercera, afirma la literalidad del art. 37.a de la CDN. Así, la pena máxima por el *plazo más breve que procede* es el mínimo de pena aplicable con la reducción a la tentativa. La escala, entonces, oscila entre la no aplicación de pena y la pena mínima con la reducción de la escala a la tentativa.

Ejemplificando, en caso de un homicidio simple, la escala penal se establece desde la no aplicación hasta una pena máxima de 4 años de prisión. En caso de un

¹⁸ Juez titular del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil n°1 de San Martín.

¹⁹ Magistrado suplente de la Suprema Corte de la Pcia. de Bs. As. en lo penal y penal juvenil, Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Sus trabajos ya fueron citados en esta investigación, en el apartado C.3.3.

²⁰ Defensor Oficial de la Defensoría Penal Juvenil n°3 de Morón.

²¹ Agente Fiscal de la Fiscalía Penal Juvenil n°2 de Morón.

homicidio agravado, desde la no aplicación hasta 10 años de prisión.

Compartimos que la visión de que la escala penal en el derecho penal juvenil debe comenzar desde la no aplicación de pena en adelante. Sin embargo, también creemos que esta es una nueva interpretación forzada del Decreto-Ley, con la única diferencia que en este caso se realiza con miras a la no punición. Es que, creemos, este tampoco es el espíritu o el sentido que se pretendía en el mentado artículo de la convención.

Además, tal como se observa en el ejemplo, las leyes argentinas no están adaptadas para este postulado, sin perjuicio de la necesidad perentoria de una reforma penal integral, tal como hemos mencionado anteriormente.

Fuera de ello, y más allá de nuestra discrepancia, no podemos negar que esta ha sido la única postura observada que cumple cabalmente con los parámetros establecidos por la CDN y, en especial, con los fallos Maldonado y Mendoza.

E.4.- El Derecho Comparado: un camino hacia una solución

Tal como es objetivo de esta investigación, nos proponemos desentrañar el plexo legal vinculado para verificar en nuestra realidad jurídica actual cual es la pena máxima aplicable, o aproximar un método para determinarla. Pretendemos cumplir este objetivo, a su vez, con el fin de evitar o al menos reducir la arbitrariedad en la imposición de penas, puesto que ante un parámetro legislativo que brinda múltiples interpretaciones a una temática especialmente sensible, las resoluciones adoptadas pueden ser (y son) increíblemente variadas al mero criterio judicial.

Volviendo en nuestros pasos, hemos afirmado lo que no sabemos. **Sin embargo podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, ciertos principios que deben guiarnos a la solución.** Estos son el principio del **encarcelamiento como último recurso y por el plazo más breve que proceda, el principio de proporcionalidad y culpabilidad** (art. 37.b de la CDN, principio 6.1 de las Reglas de Tokio, art. 1, 2 y 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, principio 10.2, 13.1, 17.1, y 19.1 de las Reglas de Beijing, y art. 46 de las Directrices del Riad). También, **el principio *Pro Homine***, tal como se afirmó anteriormente en esta investigación (apartado B.7.1 y C.2.4).

Ahora bien, llegado a este punto del análisis, proponemos observar el tópico desde una perspectiva diferente. **En primer lugar, el máximo de pena debe cumplir con los principios enunciados.**

En segundo lugar, que no es objetivo de esta investigación sugerir un máximo para la modificación de ley vigente, sino brindar respuesta en el aquí y ahora a las preguntas formuladas, a fin de poder dar solución a la problemática que se da día a día. En otras palabras, pretendemos dar una interpretación correcta a la legislación nacional y supranacional vigente, y no proponerla, lo que quedará pendiente para futuras investigaciones, por exceder su ámbito.

En tercer lugar, cualquier número que se sugiera como máximo tiene un margen de arbitrariedad ineludible. Ello pues no contamos con los medios necesarios para poder canalizar los principios enunciados en un número concreto fijo y certero, por lo que no podemos hablar de un número máximo. **Más bien,**

debemos hablar de un margen o aproximación, dentro del cual podría oscilar el eventual máximo de pena.

En cuarto lugar, y aquí es donde agregamos un elemento nuevo a la temática, estos principios enunciados se encuentran vigentes en todos los países del mundo que han firmado y ratificado la CDN, lo que implica a literalmente a todo el mundo²², con las únicas excepciones de Somalia²³, Sudan del Sur²⁴ y Estados Unidos (ver apartado F.4.2). En virtud de ello, si nuestro país no ofrece una respuesta adecuada, entonces resulta pertinente saber qué respuesta han dado el resto de los países del mundo, dada la paridad normativa que se da a nivel supranacional.

²² Hemos considerados solamente aquellos países que han sido reconocidos por ONU.

²³ Somalia aún no ha ratificado la Convención debido a su inestabilidad política, y por ende, a la ausencia de estructuras administrativas y políticas sólidas capaces de llevar a cabo tal compromiso de forma representativa para toda la nación. Aún así, firmó la convención el 9 de mayo del 2002.

²⁴ Este país se constituyó el 09 de julio de 2011, por lo que a la fecha no ha firmado o ratificado la convención.

F.- DERECHO COMPARADO

F.1.- La Selección de Países

Para que la realización de análisis de comparación legislativa sea posible, fue absolutamente necesario realizar una selección de países a investigar. Es que, por más buenas intenciones que tengamos, nos es imposible realizarlo a nivel global por falta de los recursos necesarios.

En ese sentido, y teniendo en cuenta las similitudes culturales, sociales, históricas, económicas, legales y políticas, **hemos enmarcado el estudio comparativo a todos los países de América, con exclusión de Estados Unidos (por no haber ratificado la CDN), y aquellas zonas geográficas que no son repúblicas por ser dependencias de otros países, no poseyendo legislación propia al carecer de soberanía²⁵.**

Latinoamérica no es solamente un conjunto de países sino, más bien, una región cultural. Todos los países que la forman poseen una historia en común, ya que habiendo sido gobernados por los reinos españoles o portugueses, la mayoría de ellos conquistaron su libertad ya sea por las acciones de José de San Martín o Simón Bolívar. Con el paso del tiempo se observa una conjunción en los hechos históricos, siendo que casi todos los países de esta región, incluso, sufrieron gobiernos *de facto*, generalmente de la mano del poder militar.

Más aún, en nuestros días, se habla de “Unidad Latinoamericana”, y se busca realizar acciones de integración con la finalidad consolidar la integración de los países, como fue la consolidación de la Unidad de Naciones Sudamericanas (UNASUR).

Legislativamente, las Constituciones de estos países, en su mayoría, fueron reproducciones de la Constitución de los Estados Unidos. Puede observarse que todos han tomado el modelo de gobierno democrático y representativo, y que muchos de los derechos de primera generación que se observaron en las constituciones originales fueron similares en todos los países latinoamericanos. En lo que respecta al Derecho Penal, aún más, ha habido conocidos autores que han realizado propuestas legislativas no en uno, sino en varios países de esta región.

Tampoco podemos dejar de señalar que, más allá de la CDN, existen numerosos tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por todos los países de la región, conformando un verdadero bloque latinoamericano de derechos humanos, encabezado por los numerosos fallos de la CIDH.

Así las cosas, entendemos que se encuentra más que justificada la selección de los países que hemos realizado. Única excepción es, quizá, el caso de Canadá, país con características muy diferentes al del resto de los países de la región. Si bien no negamos las diferencias culturales, sociales e históricas, señalamos que este país se encuentra en paridad legislativa con el resto de los países de la región, por haber

²⁵ Estos últimos son: Anguila, Aruba, Bermudas, Bonaire, Isla Clipperton, Curazao, Groenlandia, Guadalupe, Guayana Francesa, Islas Caimán, Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur, Islas Malvinas, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Martinica, Montserrat, Isla de Navaza, Puerto Rico, Isla de Saba, San Bartolomé, San Martín, San Pedro y Miquelón, San Eustaquio, y Sint Maarten.

ratificado los tratados enunciados.

F.2.- La Exclusión de Países

Luego de entrada en el análisis de la legislación de cada uno de los países restantes, hemos excluido también del análisis a los que se encuentran en una situación legal similar a la Argentina.

Así, tenemos un primer grupo de países que permiten la aplicación de la Prisión Perpetua a jóvenes, siendo estos: Antigua y Barbuda, Belice, Jamaica, Mancomunidad de Dominica, República de Trinidad y Tobago, y Santa Lucía.

Tenemos un segundo grupo que trata a jóvenes de entre 16 y 18 años de edad como si fueran adultos, es decir, la edad de plena punibilidad comienza antes de los 18 años, siendo estos: Bolivia, Haití, Barbados, Mancomunidad de las Bahamas, República Cooperativa de Guyana, República de Surinam, y San Vicente y las Granadinas.

Finalmente, hemos excluido del análisis a Cuba, Federación de San Cristóbal y Nieves, y Granada, ya que no fue posible encontrar la legislación aplicable a la temática²⁶.

No podemos dejar de destacar que, si bien los países mencionados permiten prisión perpetua contra jóvenes, no se ha realizado un estudio a fin de determinar si estas penas son efectivamente aplicadas, sino que el trabajo realizado se ha limitado a la comparación legislativa. En este sentido, han sido varios los autores que afirman que no se han observado las penas de prisión perpetua contra jóvenes en otro país latinoamericano que no sea Argentina (UNICEF 2003a:11-14).

F.2.1.- Antigua y Barbuda

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, del informe CRC/C/15/Add.247 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, se desprende que en este país está permitida la prisión perpetua para jóvenes.

F.2.2.- Bahamas

El art. 263.3 del Código Penal de la Mancomunidad de las Bahamas permite que un joven sea condenado con la misma pena que se le impone a un adulto.

F.2.3.- Barbados

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, del informe CRC/C/15/Add.103 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, se desprende que en este país las personas mayores de 16 años son tratadas como adultos.

F.2.4.- Belice

²⁶ Como puede apreciarse de la exposición que sigue a continuación, en algunos casos no fue posible encontrar la legislación vigente en los países mencionados. Sin embargo, fue posible concluir esto a partir de información oficial; principalmente, los informes que publica la Comisión de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, los que se encuentran publicados en el siguiente sitio web: <http://www.ohchr.org/SP/Countries/Pages/HumanRightsintheWorld.aspx>

Del informe CRC/C/15/Add.252 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU se desprende que existe la posibilidad de aplicar prisión perpetua a partir de los 9 años de edad.

F.2.5.- Bolivia

La Ley 2026 (Código del Niño, Niña y Adolescente), en su art. 225 y 251, indica que a los jóvenes de 16 años en adelante le es aplicable la legislación ordinaria. Es decir, la misma escala penal que a un adulto.

F.2.6.- Cuba

A pesar de las exhaustivas búsquedas realizadas, no ha sido posible encontrar la ley o decreto cubano que regula el asunto.

F.2.7.- Dominica

Del informe CRC/C/15/Add.238 realizado por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU se desprende que en este país los niños pueden ser condenados, a "*discreción del Presidente*", a cadena perpetua y a recibir azotes en privado. Exhorta a que la decisión de la pena este a cargo de un juez.

F.2.8.- Granada

A pesar de las exhaustivas búsquedas realizadas, no ha sido posible encontrar la ley o decreto que regula el asunto.

F.2.9.- Guyana

Del informe parcial CRC/C/GUY/CO/2-4 realizado por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU se desprende que a partir de los 17 años de edad un joven puede ser tratado como adulto. No se pudo determinar cuál sería el máximo de pena para las personas de 16 años.

F.2.10.- Haití

La denominada "Ley sobre el Menor frente a la Ley Penal y los Tribunales Especiales para Niños" de Haití, que data del 7 de septiembre de 1961, trata a las personas mayores de 16 años como adultos, imponiéndoles las mismas penas.

F.2.11.- Jamaica

Del informe CRC/C/15/Add.210 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, se desprende que en este país los jóvenes pueden ser condenados a prisión perpetua.

F.2.12.- San Cristóbal y Nieves

A pesar de las exhaustivas búsquedas realizadas, no ha sido posible encontrar la ley o decreto que regula el asunto.

F.2.13.- San Vicente y las Granadinas

Del informe CRC/C/15/Add.184 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, se desprende que en este país las personas mayores de 16 años pueden ser

tratadas como adultos.

F.2.14.- Santa Lucia

Del informe parcial CRC/C/LCA/CO/2-4 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, se desprende que en este los jóvenes pueden ser penados a prisión perpetua, y hasta pena de muerte.

F.2.15.- Suriname

Del informe CRC/C/SUR/CO/2 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, se desprende que en este país las personas mayores de 16 años pueden ser tratadas como adultos.

F.2.16.- Trinidad y Tobago

Del informe CRC/C/TTO/CO/2 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, se desprende que en este país los jóvenes pueden ser condenados a prisión perpetua.

F.3.- Los Países Nominados

El análisis realizado nos da como resultado 17 países americanos que no aplican prisión perpetua, ni tratan a los jóvenes como si fueran adultos, y cuya legislación puede ser encontrada y analizada. Ellos son Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y Venezuela; siendo que a continuación analizaremos a cada uno de ellos²⁷.

Destacamos que, en cada uno de los países que mencionamos a continuación, se buscaron las exposiciones de motivos de las leyes que se mencionan y, en sus casos, se analizan cada una de ellas.

F.3.1.- Brasil

En Brasil, según su Ley 8069 (Estatuto del Niño, Niña y Adolescente), art. 121, la pena máxima que se le puede aplicar a un joven es de **3 años** de prisión.

Se mantuvo comunicación virtual con Valéria Sperandio Rangel (2014, trabajo de campo) asistente del Departamento de Divulgación y Promoción de los Derechos Humanos (*“Departamento de Divulgação e Promoção da Temática em Direitos Humanos”*) de la Secretaría de Derechos Humanos de Brasil, quien nos indicó que esta ley carecía de exposición de motivos.

F.3.2.- Canadá

En Canadá, la Ley de justicia criminal juvenil²⁸ - *Youth Criminal Justice Act* (S.C. 2002, c. 1), Parte IV, art. 42.15, impone una pena máxima de **10 años** de prisión **si hubiere concurso de delitos**. En el caso de que hubiese sido un único

²⁷ Algunos países poseen máximos diferentes según diversos rangos etarios. Nosotros analizamos solamente aquellos dirigidos a jóvenes de 16 y 17 años de edad, en virtud de la legislación local. El estudio separado del resto de los rangos quedan pendientes para futuras investigaciones.

²⁸ Traducción propia.

delito por el cual fuese condenado, en el mismo apartado, art. 42.2.q.i.a, impone una pena máxima de 6 años.

Sin embargo, si el fiscal lo solicita y el juez lo acepta (arts. 64 y 67), un joven de 14 a 18 años de edad puede ser tratado como si fuera un adulto, y recibir una sentencia de adulto (“*Adult Sentence*”). En este caso, puede ser condenado hasta la pena de prisión perpetua sin posibilidad de liberad condicional por un máximo de años a determinarse (“*Life Prison*”).

Para que ello sea posible es necesario, no solamente que se haya cometido un crimen grave, sino que ciertas particularidades del caso demuestren su conveniencia. Destacamos que estas leyes han sido cuestionadas por las cortes canadienses.

Cabe destacar que Canadá ha tomado el denominado “Sistema Dualista” respecto del Derecho Internacional. Esta teoría afirma que no existe un único sistema jurídico sino que existen dos completamente separados e independientes: el derecho internacional y el derecho interno. Tanto uno como el otro rigen distintos ámbitos y distintos sujetos, mientras que el derecho internacional rige las relaciones Estado-Estado; el derecho interno rige las relaciones Estado-Individuos. En otras palabras, el sistema opuesto al tomado por nuestro país (art. 75, inc. 22, CN).

En este sentido, en caso de controversia entre un tratado internacional y una ley interna, es la ley interna la que prevalece por sobre el tratado.

Toda esta información fue brindada por la Dra. Verónica Piñero²⁹ (2007; 2010; 2013; 2014, trabajo de campo), sin la cual no hubiera sido posible recopilarla.

Dada las particularidades de Canadá, cabían dos opciones: excluirla del análisis por las mismas razones expuestas anteriormente, o bien no tomar en cuenta la posibilidad de penarlos como adultos. Hemos optado por esta última opción, diferenciando a este país del resto de los excluidos por dos motivos. El primero, y más importante, es porque hemos obtenido información lo suficientemente fidedigna como para incluirla en el análisis. En segundo, porque su legislación permite dos supuestos claramente diferenciados, pudiéndose obviar lo que para nosotros es incompatible en completa congruencia con el resto. Esto último no se observó en las demás legislaciones mencionadas.

Asimismo, destacamos que, aún sin la posibilidad de imponer una sentencia de adultos, esta sigue siendo una de las legislaciones más severas del continente latinoamericano, sin llegar a la prisión perpetua.

No fue posible encontrar la exposición de motivos de la ley mencionada.

F.3.3.- Chile

En Chile, la Ley 20084 (Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal), art. 18 impone una pena máxima de **10 años**. En esta ley resulta novedosa la diversa gama de penas no privativas de la libertad que se observan, como la amonestación, cursos educativos, y trabajos comunitarios, entre

²⁹ Doctora en Derecho Penal Juvenil, y en Recursos Naturales, Magister en Historia del Derecho Penal Canadiense, y en Criminología, especialista en Derecho Civil, todos por la Universidad de Ottawa, Canadá, autora de numerosos artículos y publicaciones. Actualmente, Oficial de Aduana del Gobierno de Canadá. Sus trabajos fueron parte de los puntapiés iniciales de esta investigación, y su colaboración ha sido de extraordinaria ayuda.

otros. Estas penas se repiten en la casi todos los países que se mencionan.

Por parte de este país, hemos recibido colaboración del Dr. Gonzalo Berrios³⁰. El mismo nos ha indicado que los máximos indicados son correctos, **que en caso de concurso de delito no es posible aplicar una pena más grave que la antes indicada**, y que bajo ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena.

Esta ley tuvo innumerables idas y vueltas, y fue intensamente debatida en su parlamento. Tal fue así que empezó su trámite en la Cámara de Diputados y luego a la de Senadores, volviendo a la Cámara de Diputados por las reformas realizadas, y siendo revisada luego en tres ocasiones por la Comisión Mixta, y finalmente puesta a disposición del Tribunal Constitucional chileno, el que la aprobó a pesar de las oposiciones realizadas a su constitucionalidad. Todo este trámite es posible visualizarlo y analizarlo con claridad puesto que la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile ha publicado la “Historia de la Ley”, donde se encuentra toda esta información y los debates en cada estamento³¹.

Durante todo este trayecto, la ley sufrió diversas modificaciones. Particularmente, en lo que respecta al máximo de pena, el proyecto de ley inicial proponía 5 años de pena máxima, siendo que finalmente se decidió por un máximo mucho más alto.

Así, en su Exposición de Motivos original, se indico que: *“Las respuestas penales contenidas en esta Ley tienen por finalidad, precisamente, “sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social”. En consecuencia, se considera que tienen una función responsabilizadora, preventiva y orientadora.*

Se contempla una amplia gama de sanciones, las que se clasifican en privativas y no privativas de libertad. La privación de libertad, como se dijo, es una medida de último recurso y sólo se podrá aplicar a las infracciones graves taxativamente establecidas en la Ley.

El Proyecto ha optado por establecer un sistema equilibrado para el establecimiento de la sanción aplicable en cada caso. Por una parte, señala límites legales estrictos respecto de la procedencia de la aplicación de sanciones privativas de libertad en razón de la gravedad del delito y determina legalmente la duración y cuantía máxima de las sanciones.

Paralelamente, deja al Juez un razonable grado de libertad para imponer la sanción más adecuada para el caso concreto, no encontrándose obligado a aplicar la privación de libertad y pudiendo fijar su duración o cuantía dentro de los límites legales. El Juez siempre deberá determinar la sanción, su duración o cuantía, eliminándose así toda posibilidad de sanciones indeterminadas.

La Ley, además de estos límites, establece como criterios que el Juez considerará para determinar la sanción a imponer su duración y cuantía, el número

³⁰ Magister y experto en la temática penal juvenil, y miembro de la Defensoría Penal Pública chilena.

³¹ Este es el único sitio en toda América Latina que expone la “Historia de la Ley”, con todos sus trámites. Destacamos que esto resulta de muchísima ayuda a cualquier investigación, y que garantiza realmente la publicidad de los actos de gobierno.

de infracciones, la gravedad de ellas y la edad del imputado, así como la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. (...)

En cuanto a la duración o cuantía de las medidas, ellas deberán adecuarse a los fines de este Proyecto de Ley, debiendo el Tribunal reservar los rangos superiores de duración y cuantía para aquellas infracciones graves que han causado mayores daños o para los casos en que se imponen sanciones por la responsabilidad en más de una infracción grave. Este criterio es particularmente aplicable para el límite de cinco años de internación.

La incorporación de un amplio marco de sanciones no privativas de libertad permitirá que el Tribunal disponga de medios efectivos para la responsabilización, control y orientación del adolescente infractor. Para favorecer su cumplimiento efectivo se establecen normas especiales de quebrantamiento que permiten sustituir excepcionalmente una sanción por otra de mayor gravedad.”

En la Cámara de Diputados no fue objetado el máximo de pena, pero se modificó su artículo original, imponiendo un mínimo de pena.

En la Cámara de Senadores, por su parte, se comenzó a cuestionar este máximo, puesto que se entendía que la sociedad no estaba preparada para un máximo tan bajo. Así, sin más fundamentación, se propuso modificar el máximo por el de 15 años para aquellos delitos que en un adulto son condenados con prisión perpetua, siendo que en la redacción final ese máximo quedó en 10 años. Para fundamentar esta reforma al proyecto de ley, se indicó, literalmente que la sociedad chilena no está preparada para este tipo de penas, por ser demasiado bajas.

Los que se opusieron a este cambio lo fundamentaron en que más años de encarcelamiento, lejos de significar mayor reinserción social, produce lo contrario, y más aún en el caso de jóvenes. En cualquier caso, destacaron que la imposición de estas penas debe ser excepcionalísima.

Ninguno de los máximos propuestos se indica una razón concreta por la cual debe imponerse ése máximo, y no otro.

Destacamos el artículo de Cortes Morales (2008). En el mismo, se indica que lo que está en la base de la discusión es la regulación o la redefinición de la regulación de la relación entre infancia y castigo en general, y entre violencia punitiva estatal y adolescencia en particular. Estudia esta relación desde múltiples aspectos. Indica que la disminución de la edad de no punibilidad pudo ser observada desde una perspectiva de “derecha” y de “izquierda”. La lectura neoliberal o neoconservadora, que posee capacidad hegemónica, encuentra inaceptable esta impunidad, y ha clamado hace años ponerle fin mediante una “rebaja de edad” para que se sancione a los niños “como corresponde”. Desde la perspectiva de izquierda, se indica que en realidad se busca un elevamiento en el encarcelamiento, en sentido cualitativo y cuantitativo (más sujetos y por más tiempo). El adolescente, en este sentido, es utilizado como causante de diversos problemas sociales, que el autor define como “chivo expiatorio favorito”. Esta postura, si bien cierta, no suele ser lo suficientemente profunda. Realiza un análisis profundo de muchos otros de sus aspectos, algunos que los considera muy positivos por desvincular el sistema de la situación irregular, y otros negativos por contraponerse a los postulados de las convenciones internacionales, destacando que a la fecha del artículo se está a la espera de su forma de aplicación para visualizar sus efectos.

F.3.4.- Colombia

En Colombia, la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), en su art. 187 (modificado por la Ley 1453 de 2011) se impuso un máximo de **8 años**.

En la parte pertinente de la Exposición de Motivos de la Ley 1453, se justificó dicho cambio de la siguiente manera: *“En Colombia se consagra un régimen penal de semi imputabilidad para los menores entre los 14 y los 18 años que no ha sido efectivo, pues sufre de defectos estructurales que favorecen la impunidad y no consagran mecanismos específicos que le permitan al menor infractor tener una reintegración adecuada, lo cual implica además que el menor no tiene la oportunidad de educarse a través del sistema, sino que simplemente se le priva de la libertad y luego sale a la sociedad con un grado aún menor de reintegración y en muchos casos con mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores, tal como señala la teoría de la asociación diferencial.*

El objetivo de estas medidas no es de ningún modo restringir los derechos de los menores, sino por el contrario, mejorar el procedimiento de determinación de las consecuencias jurídicas, evitar la impunidad y dotar a los menores de la oportunidad de reintegrarse a la sociedad luego de 5 años de cursar un proceso de educación contando con la aprobación del juez penal de menores y bajo concepto favorable del defensor de familia”.

F.3.5.- Costa Rica

En Costa Rica, la Ley 7576 (Ley de Justicia Penal Juvenil), art. 131, impone un máximo de pena de **15 años**.

Esta ley consta de 144 artículos con más disposiciones transitorias (la que se extiende aproximadamente 25 hojas), y regula todo lo atinente a Justicia Penal Juvenil. Su exposición de motivos, en cambio, se sintetiza en 1 hoja. La misma no da razones para su monto de pena máximo de 15 años.

En lo más relevante, indica que: *“Existe gran alarma social por la delincuencia juvenil que azota a nuestra sociedad, tanto por su creciente volumen, como por su alto nivel de agresividad. La legislación actual no ofrece soluciones eficientes a los conflictos generados por esta clase de delincuencia. Ante las autoridades se muestran esta situación, impotentes para actuar y la ciudadanía, en consecuencia, percibe una total impunidad de los delitos cometidos por menores de edad”.*

F.3.6.- Ecuador

En Ecuador, la Ley 100 (Código de la Niñez y Adolescencia), art. 370.3 c), impuso como máximo de pena **4 años**.

Dicha ley no posee exposición de motivos. Esta información fue brindada por la Dra. María Gabriela Rodríguez³², siendo ratificada por la Coordinación General de Comunicación de la Asamblea Nacional del Ecuador vía correo

³² Abogada de Pontificia Universidad Católica, y docente de la Universidad de los Hemisferios, Ecuador

electrónico institucional (2014, trabajo de campo).

F.3.7.- El Salvador

En El Salvador, el Decreto Legislativo 863 (Ley del Menor Infractor), art. 15, permite un máximo de pena de **15 años**. Este máximo fue modificado por el Decreto Legislativo 309 de marzo de 2010, pasándose de un máximo de pena de 7 años al de 15 años.

Para justificar la modificación, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 309, se indicó que: *“Que la participación de menores en hechos delictivos hace necesaria la revisión del régimen de internamiento correspondiente a la justicia penal juvenil, bajo el marco de los principios de legalidad, proporcionalidad, protección integral e interés superior del menor, en armonía con los Tratados Internacionales suscritos y la legislación interna atinente”*.

Sin perjuicio de ello, se agregó que: *“Que esta especialidad en materia de menores infractores implica que bajo ninguna circunstancia un menor puede estar en situación de paridad con un adulto; de tal manera que un menor debe estar siempre en una situación de ventaja o en situación menos desfavorable, respecto de un adulto”*.

Según la mirada catedrática de MELENDEZ REYES (2014), la modificación del máximo vino asociada a la percepción de la falta de retribución con las respuestas penales aplicadas a los adolescentes, vistas respecto de la penas para adultos.

F.3.8.- Guatemala

En Guatemala, el Decreto 27/2003 (Ley de Protección integral de la niñez y adolescencia), art. 252.b, impone un máximo de **6 años**.

La exposición de motivos de dicha ley es escasa. No se puede sustraer de estas razones que justifican dicho máximo, más allá de meros principios.

F.3.9.- Honduras

En Honduras, el Decreto 73/96 (Código de la Niñez y la Adolescencia), art. 198 (modificado por Decreto 35/2013), permite un máximo de **8 años**.

La ley que modificó el máximo de pena a 8 años, es muy similar al caso guatemalteco. La exposición de motivos es escasa, y no se puede sustraer las razones de la modificación, más allá de principios genéricos.

F.3.10.- México

En México, la Ley Federal de Justicia para Adolescente (sin número, del mes de diciembre de 2012), art. 121, permite hasta **7 años**³³.

La exposición de motivos de la Ley Federal de Justicia para Adolescente, en su texto original, imponía una pena máxima de 5 años de prisión para jóvenes entre

³³ En México, por su sistema federal, los estados (o provincias) pueden dictar leyes de fondo. Por ello, el máximo a nivel federal podría ser modificado en cada una de las jurisdicciones. En el informe CRC/C/MEX/CO/3 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU se desprende que en alguna de estas jurisdicciones podrían ser juzgados como adultos.

16 y 18 años de edad, siendo que al momento de ser debatida se aumentó dicho máximo a 7 años. La misma, después de explicar los motivos que justifican la sanción de esta ley en virtud del contexto social e histórico, realiza una enunciación de los principios que rigen el fuero, sin dar motivo concreto alguno por el monto de pena en cuestión.

F.3.11.- Nicaragua

En Nicaragua, la Ley 287 (Código de la Niñez y la Adolescencia), art. 206, admite hasta **6 años**.

Habiendo buscado exhaustivamente, no se pudo dar con la Exposición de Motivos de dicha ley. Sin embargo, fue posible obtener el Debate realizado en el parlamento nicaragüense respecto a esta ley, siendo que dicho artículo fue aprobado por unanimidad, sin discusión de su contenido.

Por parte de este país, hemos recibido colaboración del Dr. Juan Pablo Sánchez³⁴. El mismo nos ha indicado que los máximos indicados son correctos, **que en caso de concurso de delito no es posible aplicar una pena más grave que la antes indicada**, y que bajo ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena.

F.3.12.- Panamá

En **Panamá**, la Ley 40 de 1999 (Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia), art. 141 (modificado por Ley 6 de 2010), accede hasta **12 años**.

El máximo de pena fue modificado en varias oportunidades. En un principio, la Ley 40 de 1999, en su art. 141, imponía un máximo de pena de 5 años. Asimismo, se indicaba que sólo se podría aplicar la Prisión en régimen cerrado si el delito fuera “*homicidio doloso, violación, secuestro, robo, tráfico de drogas y terrorismo*”, o bien cuando “*el adolescente o la adolescente haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión, que le fueran impuestas*”. Para este último caso, la pena máxima era de 4 meses.

Este máximo fue aumentado por la Ley 46 de 2003 a 7 años para los delitos de “*homicidio doloso, violación sexual y tráfico ilícito de drogas*”, manteniéndose igual en el resto de los casos.

Finalmente, la Ley 6 de 2010 modificó sustancialmente este artículo, permitiendo una pena máxima de 12 años en caso de homicidio agravado. Incluyó un catálogo de penas máximas según el delito que se le atribuyese. Para el caso de incumplimiento injustificado de sanciones socioeducativas, impuso una pena máxima de 8 meses.

Lamentablemente, solamente hemos podido dar con la Exposición de Motivos de la Ley 40 de 1990, mas no con sus posteriores reformas.

Entre sus fundamentos destacamos como interesante la mención al fin de la pena juvenil que establece dicha ley: “*De este modo también quedaría claro que el*

³⁴ Asesor Jurídico Experto en Justicia Juvenil Restaurativa en la Fundación Internacional Suiza *Terre des hommes - Lausanne* (Delegación Nicaragua, Centroamérica y El Caribe), ex-Juez Penal de Distrito de Adolescentes en Managua, Experto en Derechos Humanos de Niñez y Adolescencia por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

activismo judicial no va encaminado a perseguir ni a castigar a delincuentes juveniles, lo cual es propio de las anacrónicas y superadas teorías acerca del sujeto peligroso, sino que de lo que se trata es de perseguir, sancionar y prevenir el acto infractor”.

También se indica que se prevén “*una amplia gama de sanciones, concebidas con la finalidad de lograr la resocialización de los infractores y prevenir la reincidencia de conductas potables, con la participación de la familia y la comunidad, en las que la privación de libertad es una medida excepcional aplicable a casos taxativamente especificados*”.

Sin embargo, esta exposición de motivos tampoco hace mención a un parámetro específico que justifique ese monto de pena.

F.3.13.- Paraguay

En **Paraguay**, la Ley 1680 (Código de la Niñez y la Adolescencia), art. 207, impone un máximo de **8 años**.

Por parte de este país, hemos recibido colaboración del Dr. Mario Camilo Torres Leguizamón³⁵. El mismo nos ha indicado que los máximos indicados son correctos, **que el concurso de delitos está prohibido para adolescentes en Paraguay**, por lo que se le puede aplicar hasta la pena mayor del delito más grave, y que bajo ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena.

Se realizó una búsqueda exhaustiva de la exposición de motivos de dicha ley, sin poder dar con la misma.

F.3.14.- Perú

En **Perú**, la Ley 27337 (Código de los Niños y Adolescentes), art. 235, pena con un máximo de **6 años**.

Por parte de este país, hemos recibido colaboración de la Dra. María Consuelo Barletta³⁶. La misma nos ha indicado que los máximos indicados son correctos, **que en caso de concurso de delito no es posible aplicar una pena más grave que la antes indicada**, y que bajo ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena, aunque pueden darse casos de penas similares en infracciones leves.

Se realizó una búsqueda exhaustiva de la exposición de motivos de dicha ley, sin poder dar con la misma.

F.3.15.- República Dominicana

En **República Dominicana**, la Ley 136 del 2003 (Código para la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes), art. 340, impone un máximo de **5 años**³⁷. No se pudo dar con su exposición de motivos.

³⁵ Juez del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de la Adolescencia de Lambaré, y especialista en la temática penal juvenil paraguaya.

³⁶ Abogada experta en la temática penal juvenil (Catedrática Universitaria de dicha especialidad en la Pontificia Universidad Católica del Perú), consultora para el Poder Judicial, UNICEF, y muchos otros organismos internacionales, coordinadora del Programa Internacional “Niñez sin Rejas”.

³⁷ Al momento de la realización de esta investigación, se encuentra en curso una propuesta de

F.3.16.- Uruguay

En Uruguay, la Ley 17823 (Código de la Niñez y la Adolescencia), art. 91, permite hasta **5 años**³⁸.

Por parte de este país, hemos recibido colaboración del Dr. Javier Palummo³⁹. El mismo nos ha indicado que los máximos indicados son correctos, **que en caso de concurso de delito no es posible aplicar una pena más grave que la antes indicada**, y que bajo ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena.

Respecto la exposición de motivos, el caso uruguayo resulta ingratamente sorprendente. Siendo que la ley que regula el asunto es el “Código de la Niñez y la Adolescencia” no se comprende cómo la exposición de motivos que justifica no sólo asuntos penales, sino civiles y de toda índole, es fundamentado en una hoja. No se pueden extraer las razones que justifican dicho máximo.

F.3.17.- Venezuela

En Venezuela, la Ley 5266 (Ley Orgánica para la protección del Niño y Adolescente o LOPNNA), art. 628, admite hasta **5 años**⁴⁰.

La Exposición de Motivos de la Ley 5859 (Ley Orgánica para la protección del Niño y Adolescente) llega a justificar someramente la imposición de penas privativas de la libertad, pero no da razones objetivas que justifiquen los máximos dispuestos.

Así, en su parte pertinente, dice: *“La privación de libertad se admite como sanción únicamente cuando el adolescente haya resultado culpable de uno o varios de los hechos punibles taxativamente dispuestos que son, por regla general, los de mayor significación social, por sus resultados, por la violencia que les es intrínseca o por la generalización del fenómeno y su vinculación con el crimen organizado; o cuando fuere reincidente y el hecho punible objeto de la nueva sanción, se prevea en la legislación ordinaria pena privativa de libertad, que en su límite máximo sea igual o mayor a cinco años; o cuando incumpliere injustificadamente otra sanción que le haya sido impuesta, caso en el cual se considera su intemamento como un presupuesto necesario para un programa socio-educativo eficaz.*

Se regula además con la mayor precisión el lapso mínimo y máximo que puede durar la privación de libertad según la edad del adolescente, los distintos supuestos de procedencia de esta sanción y se agrega que en ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo

modificación.

³⁸ Al momento de la realización de esta investigación, se encuentra en curso una propuesta de modificación.

³⁹ Abogado doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, Derecho Humanos, Derechos de la Infancia y Adolescencia, Genero y Generaciones, Justicia y Seguridad Ciudadana (Universidad de la República) siendo una eminencia en la temática pena juvenil, desempeñándose como consultor en diversos organismos internacionales (ComIDH, PNUD, OIT, BID, entre otros), y miembro de la Fundación Justicia y Derecho

⁴⁰ Al momento de la realización de esta investigación, se encuentra en curso una propuesta de modificación.

de pena establecido en la Ley penal para el hecho punible correspondiente. Esto, sumado a que el lapso máximo por el que puede privarse su libertad a un adolescente mayor de catorce años es de cinco años, y de dos en caso de que tengan menos edad, da cuenta del absoluto respeto a la concepción de que se trata de una responsabilidad penal especialmente atenuada y que la privación de libertad como medida sancionatoria excepcional, sólo es procedente en casos muy graves y como sustrato para la aplicación de un programa acorde con el objetivo pedagógico de la sanción”.

F.4.- Otros Países

Desde esta investigación se tomó contacto con la legislación de Francia y de Estados Unidos. Si bien serán apartados del análisis por los motivos expuestos, resulta interesante saber cómo se zanjó la cuestión.

F.4.1.- Francia

Se pudo contactar con la Dra. Zunilda Carvajal Del Mar⁴¹, quien nos indicó que allí los jóvenes pueden ser condenados hasta la mitad de pena que la que le corresponde a un adulto.

Así, y siendo que en Francia la pena máxima para un adulto es de 30 años de prisión, para un joven lo es de **15 años**.

Se revelaron muchísimos otros datos de interés, que exceden a la presente investigación, y que fueron tomados por la investigación madre acoplada, a la que nos remitimos.

F.4.2.- Estados Unidos

Estudiar a Estados Unidos, analizar su legislación y jurisprudencia, y compararla con la local, resulta particularmente complejo. Así, solamente tomamos unos pocos datos que nos resultaron pertinentes.

Este país indica que no ratifica la CDN por la misma razón que no ratifica los demás tratados internacionales. Sucintamente, sustentan una cuestión federal: para que ratificarla necesitan previamente la conformidad de cada una de las jurisdicciones que lo conforman.

Sin perjuicio de que no haberla ratificado, hubo casos resonantes que llegaron antes su Suprema Corte Federal. Así, “Roper v. Simmons” del año 2005, en la que prohibió la pena de muerte contra personas de menos de 18 años de edad. Se indicó que son vulnerables con las influencias y susceptibles a los comportamientos inmaduros e irresponsables. Por la culpabilidad disminuida de éstos, ni la retribución ni la disuasión provee una justificación adecuada para imponer la pena de muerte. El Juez Kennedy dijo que la retribución no es proporcional si la pena más severa de la ley está impuesta en una persona cuya culpabilidad es disminuida, en grado substancial, por la razón de juventud e inmadurez.

Como detalle interesante, cabe destacar el Informe de Fondo 62 del año 2002, “Michael Domínguez vs. Estados Unidos”, en donde la ComIDH declara que

⁴¹ Doctorada en la “Université Paris X Nanterre”, y asistente de justicia de la Sala Penal de la Cámara de Casación Francesa.

la prohibición de la pena de muerte contra niños, niñas o adolescentes forma parte del *ius cogens*; es decir, una norma imperativa del derecho internacional, cuya oposición acarrea la nulidad. Estas normas trascienden las soberanías, y superan las vallas de los tratados internacionales, para incluirse en los países aún en el caso que se hayan negado a aceptarlas.

En el año 2010, en el fallo “Graham v. Florida”, dicha Corte decidió que no era posible aplicar la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación contra personas con menos de 18 años por delitos que no sean homicidios, ya que ello implicaría una pena cruel y desproporcionada. En sus términos, por ser violatoria de la 8va enmienda a la constitución estadounidense. Realizó una comparación entre la pena de muerte y la pena de prisión perpetua dictada contra un niño o adolescente, concluyendo que habría equivalencia en ambas.

Finamente, en el año 2012, en el fallo “Miller v. Alabama”, **la misma Corte consideró que no es posible aplicar la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación aún en el caso de homicidio**, indicando que esto también implicaría una pena cruel y desproporcionada. Entienden que, de no ser así, se desconocería la diferencia entre niños y adultos.

Existe muchísimo más material y mucho más para decir respecto de los fallos mencionados y la legislación de este país. **Sin embargo, a los fines de esta investigación lo que se pretendía demostrar es que, a pesar de no haberse ratificado la CDN, y siendo usualmente señalado por sus altas penas, aquí tampoco se permite que un joven sea condenado a prisión perpetua, exigiendo que se respeten los principios de culpabilidad, reprochabilidad y proporcionalidad en las penas, por lo que en Argentina se estaba siendo aún más represivo que en el país considerado como el más severo de todo el continente.** Lo demás quedará pendiente para futuras investigaciones.

E.- OTRAS CONSIDERACIONES

E.1.- Cuestiones Médico-Jurídicas

La presente investigación observa y analiza asuntos legales, y no asuntos relacionados con las ciencias de la salud. Sin embargo, negarse a tomar aportes interdisciplinarios, sin un motivo que lo justifique, no es científico.

En este apartado buscamos encontrar razones provenientes de otras áreas del conocimiento para justificar una legislación que trate de manera diferente a jóvenes y a adultos. Para ello, hemos acudido principalmente a Mercurio (2011).

Las diferencias entre el comportamiento de los adolescentes y los adultos, indica, ya fueron abordados hace tiempo desde la psicología y la psiquiatría evolutiva. Sin embargo, con los avances tecnológicos desde el campo de la neurociencia, se han podido objetivizar diferencias concretas entre el cerebro adolescente y adulto, desde el punto de vista anatómico y funcional.

Estas nuevas técnicas, especialmente lo relativo a las técnicas de neuroimagen estructural y funcional, y la neurociencia en general, han podido evidenciar diversos cambios madurativos de los cerebros, y sobre todo la evolución del cerebro adolescente a lo largo del tiempo. Anteriormente no era posible observarlos, o bien, las técnicas solamente eran aplicables mediante estudios post mortem. Todo ello ha permitido confirmar algunas hipótesis sobre el funcionamiento cerebral.

Así, se ha detectado que el lóbulo frontal y parte de la corteza prefrontal no se encuentran completamente desarrollados hasta el final de la adolescencia, más precisamente, hasta el final de la segunda década de vida.

Estas regiones aún no desarrolladas son las encargadas en el control de los impulsos, la regulación de las emociones, en la ponderación de los riesgos y en el razonamiento moral. Las evidencias científicas son determinantes al afirmar que el control de los impulsos, la habilidad para medir los riesgos de sus acciones, y el control de sus impulsos son diferentes que la de los adultos, producto de la inmadurez anatómico-fisiológica de sus cerebros.

En la misma línea, los adolescentes son considerados como propensos a exponerse a situaciones de riesgo, buscadores de nuevas sensaciones, lo que los lleva a exponerse a situaciones tales como conducir un automóvil alcoholizados, mantener relaciones sexuales sin protección, experimentar con drogas, alcohol, y además conductas relacionadas con el delito. Hay también certeza científica al afirmar que los adolescentes son más vulnerables a la presión de sus pares que los adultos, siendo que en general pasan más tiempo con ellos que con sus padres.

En igual sentido, también se ha afirmado que los adolescentes dependen para ciertas tareas de la amígdala cerebral (área relacionada con los impulsos primitivos de agresión, miedo, ira), mientras que los adultos tienden a procesar información similar a través de la corteza cerebral (área encargada del control de los impulsos y del razonamiento).

Sin perjuicio de ello, se destaca que la diferencia entre adolescentes y adultos no se fundamenta en la imposibilidad de los jóvenes de distinguir entre lo bueno y lo malo, denominado discernimiento, y tampoco en que no puedan realizar ningún tipo de razonamiento de costo-beneficio. La diferencia se basa en la forma en que

este último razonamiento es llevado a cabo, siendo que focalizan más en las ganancias y menosprecian las pérdidas en su accionar, como también presentan dificultades para realizar un análisis a largo plazo, ponerse en el lugar del otro, y dificultad para controlar impulsos agresivos.

En otras palabras, esta inclinación en la balanza de las decisiones propia de su edad, los lleva a tomar malas decisiones, fallando en predecir las posibles consecuencias de sus actos por su inmadurez cognitiva. Su capacidad de tomar decisiones se encuentra disminuida.

También se destaca que la interrelación entre el estrés, las emociones y la cognición es particularmente compleja y diferente en los adultos que en los jóvenes, siendo que estos últimos suelen actuar de forma rápida e impulsiva. Esta situación, combinada con las fluctuaciones hormonales que se presentan durante la adolescencia hace que sean más inestables emocionalmente.

Finalmente, se destaca que los estudios han sido realizados sobre una población normal, voluntarios sin problemas de salud.

En ese sentido, enfatizamos que en los casos de jóvenes en conflicto con la ley penal (atravesados en su mayoría por una situación económico-social de peor calidad y con diversos derechos elementales vulnerados), esta situación podría acrecentarse con la presencia de algún trastorno o disfunción que acrecienta la vulnerabilidad propia de cualquier persona. Ejemplificándolo, un joven que ha padecido de problemas en su crecimiento, provocados por la alimentación insuficiente, posee una estructura cerebral todavía menos desarrollada que una misma persona de su edad, lo que podría acentuar aún más las cualidades antes mencionadas.

Debemos mencionar, a su vez, que ciertos problemas de alimentación, falta de estímulo, y muchos otros, característicos de niños en situación de pobreza, pueden causar fallas permanentes en su organismo.

En la obra de Covelli (2009), por su parte, marca varias diferencias entre la culpabilidad disminuida derivada de enfermedades mentales y la derivada de la edad de la persona. Así indica que la enfermedad mental puede ser definida como un trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter es ignorado o mal comprendido por el enfermo y que le impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo y la sociedad. Destaca como elementos fundamentales la perturbación en las funciones psíquicas, el desconocimiento por el propio paciente, la inadaptabilidad y la carencia de libertad.

Entiende que la enajenación debe ser entendida como perder la propiedad de algo, y en que en la persona ello significa que el “yo” y sus actos divergentes se emancipan del pertenecer legítimamente al “yo”, de la conciencia, del conocimiento o de inteligencia y de la voluntad. Entonces, en el contexto de la culpabilidad penal, el sujeto debe reunir una serie de condiciones que constituyen la capacidad de culpabilidad o imputabilidad o, en otras palabras, la posibilidad de atribuir la conducta cometida a la integridad misma de la persona que es responsable.

Imputar es atribuir, implicando como resultado sufrir las consecuencias de los actos. Siendo así, quien padece una enfermedad mental tal y como fue definida no posee las cualidades o condiciones necesarias para ser atribuido de su accionar.

Así las cosas, se diferencia la enfermedad mental, y las posibles consecuencias de su declaración, con la punibilidad diferenciada producida por la condición etaria de las personas.

Se afirma que el paso de la niñez a la adultez es una etapa de la vida muy difícil para el ser humano, ya que está en constante tensión, tanto interna como externa. La interna se produce porque dentro del propio individuo se genera una situación en la que está descubriendo su propia personalidad. Asimismo, experimenta cambios físicos, como la entrada a la pubertad, maduración sexual. La presión exterior se da por la necesidad de acomodamiento social que necesita generarse para ocupar su nuevo rol a desempeñar como adulto. Estos pasos en la adolescencia producen desequilibrios, en especial porque el rápido crecimiento biológico no se condice con el desarrollo intelectual del individuo, que se produce más lentamente. En este último aspecto se destaca que los adolescentes tienen impulsos propios sin haber desarrollado mecanismos de control e inhibición del adulto.

Respecto a la pena que merece la conducta transgresora dentro de un sistema penal juvenil, se discute en doctrina si la misma reviste el carácter de medida socioeducativa o de sanción punitiva.

El conflicto entre los términos medida y sanción esta especialmente evidenciado en algunas leyes en la que se confunden ambas palabras, ya sea aplicando medidas educativas por infracciones o cuando el niño o adolescente está en situación de riesgo, como también se prevén medidas de protección en el marco del proceso penal.

Mientras que una sanción punitiva se refiere, esencialmente, a una privación de la libertad por el hecho cometido, con carácter retribucionista con mayor o menor medida, las medidas de protección aplicables al joven son diferente carácter. Entre ellas, la más destacada es la que le impone la obligación de concurrir al colegio, que en definitiva no es más que garantizar su derecho a la enseñanza. La medida, entonces, tiene un carácter fundamentalmente educativo. En este sentido, el reproche frente al ilícito cometido en forma concomitante otorga un beneficio para el adolescente, siendo este el fin perseguido.

Las sanciones o medidas dentro del sistema penal juvenil deben ser diversificadas. En este sentido no es apropiado hablar de alternativas a la privación de la libertad, sino que la privación a la libertad debe ser la alternativa en caso de que otras modalidades no sean posibles. La centralidad en la pena debe estar en las llamadas medidas, y no en las sanciones.

La principal diferencia entre los adultos y los jóvenes, entonces, radica en la educación y la reinserción social del infractor, lo que obliga a establecer procesos rápidos y ágiles, y a disponer de un amplio abanico de medidas socioeducativas que permitan cumplir con esa finalidad.

Al momento de dosificar la pena, es necesario tomar especialmente en cuenta la infracción cometida, los factores psicológicos, familiares y sociales que lo llevaron a delinquir, las notas que demuestran peligrosidad en el autor teniendo en mira su educación, evitando causarle la menor aflicción y restricción de derechos. Y sobre todo, se debe tener en miras la comprensión del joven sobre las consecuencias de sus actos, ya que sólo la asunción de responsabilidades puede promocionar

correctamente los cambios de conducta.

No pretendemos extendernos más en este análisis, y no porque no lo merezca. Estas situaciones descritas anteriormente son las que se debieron tener en cuenta para sancionar las leyes que regulan el Derecho Penal Juvenil. Es decir, sólo pretendíamos demostrar esta afirmación: los niños y adolescentes no son iguales a los adultos. Realizarla desde una perspectiva interdisciplinaria, tal como se observará, resulta relevante.

E.2.- Cuestiones Psicológicas

En las cuestiones psicológicas, hemos recibido la ayuda de la Lic. Andrea Homene⁴², quien nos ha indicado varias cuestiones a tener en cuenta respecto del encierro.

En primer lugar, diferenció el concepto de culpa. Para el derecho, indica, la culpabilidad es la capacidad que un sujeto tiene para soportar la imputación jurídico-penal, es decir que se trata de una categoría normativa que sirve para decidir si alguien puede o no responder por el acto que ha cometido. En cambio, para el psicoanálisis, la culpabilidad es el registro de la falta en la subjetividad, es decir, el registro de que existe algo que es una ley que opera como un límite, y por cuya transgresión el sujeto debe responder no sólo ante lo social, sino ante sí mismo, y señala la capacidad de reprochabilidad de un sujeto. Entonces, culpa, producto de la capacidad de un sujeto de enfrentarse con la transgresión a la ley que ha cometido, y de reprocharse a sí mismo.

Explica que esto en nada se relaciona con el proceso de “adaptación” a la internación carcelaria, dado que el sujeto, para el psicoanálisis, no es un sujeto “a adaptar” a la norma colectiva, sino que se trata de que un sujeto reconozca su deseo (deseo por otra parte sujeto a la ley) y actúen en conformidad a él. La “adaptación” es una meta normativizante, es un objetivo al que se dirigen las medidas que se le aplican a un transgresor, pero que en nada se vinculan a su deseo.

En este sentido, concluye que la adaptación al encierro no se relaciona con la capacidad de responsabilizarse con sus actos, sino más bien un aprendizaje de una nueva forma de convivencia, en la que prevalecen los premios y castigos, y en la que habitualmente el sujeto debe extremar sus recaudos para sobrevivir a lo que se presenta como un medio extremadamente hostil. También concluye, por los mismos motivos, que no es posible establecer una correspondencia entre la capacidad de adaptación al encierro y la capacidad de reinserción social.

De su experiencia, indica que ha observado, como efecto psicológico del encarcelamiento, cuadros vinculados con estados depresivos; en algunos casos, desencadenamientos psicóticos en sujetos cuya condición psíquica previa lo permite. También resultan frecuentes las adicciones.

Revela que los adolescentes, que se encuentran en plena etapa exogámica, vivencian el encierro de manera muy negativa, y a menudo se observan conductas

⁴² Perito Psicóloga Oficial de los Juzgado de Paz Letrado de Ituzaingó y Hurlingham. Autora de numerosos artículos académicos y periodísticos (destacamos “Sin paraguas”, Página/12, sección psicología, 06/10/11). Autora de la obra “Psicoanálisis en las trincheras: práctica analítica y derecho penal”, Buenos Aires: Letra Viva, 157 p., 2011 (ISBN: 978-950-649-325-7).

regresivas, en las que demandan una mayor presencia de sus familiares. Es infrecuente que un joven esté bien dispuesto a aceptar el encierro, y en los casos aislados en los que son ellos quienes piden el régimen cerrado, responde a su imposibilidad de regular sus impulsos por sí solos. Es decir, toman el encierro como una forma de protección para sí mismos y frente a sí mismos.

Observa que la magnitud de la pena incide directamente sobre el estado psíquico del condenado. Una pena extensa, especialmente en poblaciones adolescentes o adultos jóvenes, tiene un efecto arrasador sobre el sujeto, observándose a menudo la pérdida de la posibilidad de ilusionarse, de proyectarse en el futuro, de planificar una vida. Para un adolescente, en el que la dimensión del tiempo es diferente a la que pueda manejar un adulto, la pena en años es casi un sinónimo de la muerte, es decir que les resulta sumamente dificultoso sostenerse frente a la posibilidad de pasar años en prisión.

Por su parte, la pérdida de la libertad, en sí misma, resulta anormalizante para el sujeto. Ello sumado al atroz contexto carcelario produce que a la pérdida de libertad se le sumen otro tipo de padecimientos que genera el vivir en esos ámbitos hostiles, desde donde se los aprecie. El encierro suele acentuar la normal rivalidad entre los humanos, y la tensión entre los sujetos se exagera también, como consecuencia de los que los analistas llamamos las defusiones pasionales. El amor, el deseo, por caso, suelen funcionar como diques a la expresión cruda de la pulsión. En un medio en que tanto el amor como el deseo se hallan exiliados, la pulsión gana terreno rápidamente.

Recuerda que, para el psicoanálisis, no existe la “personalidad del delincuente”. La transgresión de la ley puede ser llevada a cabo tanto por un neurótico, como por un psicótico o un perverso. Lo que ha de analizarse es la relación que el sujeto establece con su acto, más allá de la estructura de la personalidad en juego, la cual tendrá su importancia a la hora de determinar el alcance de su responsabilidad.

En la práctica, una gran cantidad de jóvenes en conflicto con la ley (quizá la mayoría) no han superado el estadio que Piaget denomina preoperatorio; es decir, que su desarrollo cognitivo se corresponde con el esperable para niños de siete años de edad. Sus acciones mentales aún no son caracterizables como operaciones, por su vaguedad, inadecuación y falta de reversibilidad. Los procesos característicos de esta etapa son, en términos piagetianos, la centración, la intuición, el animismo, el egocentrismo y la no reversibilidad.

Por consiguiente, la requerida capacidad para comprender la criminalidad de un acto, y en función de ello para dirigir libremente la acción, se halla obstaculizada por la falta de desarrollo cognitivo. Esta última podrá estar vinculada a diversos factores: desnutrición infantil o nutrición deficitaria –que produce un impacto neurológico irreversible–, falta de estimulación cultural –muchos de ellos han abandonado tempranamente la escolaridad–, déficit del capital simbólico.

Enfatiza en que, los jóvenes provenientes de familias en los que ha faltado todo, (alimentación, vivienda, acceso a la educación, acceso a la salud, etc.) están a su vez inmersos en una época histórica cultural en la que se propicia permanentemente la satisfacción inmediata de los deseos. El capitalismo, como modelo económico que exige de la existencia de los excluidos a fin de sostener la

inclusión y plusvalía de otros, genera el mismo fenómeno que condena: la violencia de quienes privados del acceso a aquello que “se ordena” poseer, se vean sujetos al impulso de alcanzar el preciado objeto del modo que sea.

Indica que la psicoanalista Colette Soler, en su texto “Los afectos lacanianos”, sostiene que *“El capitalismo no es tanto el régimen de la explotación del proletario por el capitalista explotador, como el régimen de la producción de lo que llamo el proletario generalizado, al que el capitalismo no propone otros lazos que los que mantendrá, cualquiera será su lugar social, con los objetos de la producción/consumo a los que Lacan llama plus-de-gozar. Ahora bien, no hay lazo social sin las producciones de lo simbólico (...) el capitalismo en cuanto tal, los ha reemplazado por los objetos de su producción. Se habla mucho del aumento de la depresión en nuestra época, pero la verdadera enfermedad del humor del capitalismo es la angustia (...); es lógico porque la angustia es el afecto de la “destitución subjetiva”, afecto que surge cuando el sujeto se percibe como objeto (...) hoy en día la angustia es rebautizada estrés, presión, ataque de pánico, pero eso no cambia nada. Este afecto no prevalece solamente porque el universo del capitalista sea duro (...) sino porque destruye lo que Pierre Bourdieu llamaba el capital simbólico. Este no se reduce al stock de saberes transmitidos (...) incluye los valores estéticos, morales, religiosos, que permiten dar un sentido a las tribulaciones y que, por ende, permiten soportarlas”*.

Por su parte Freud, en “El Malestar en la cultura”, señala que las pulsiones encuentran regulación en el sujeto humano por la necesidad de la convivencia social. La renuncia a la satisfacción no es sin consecuencias, y la neurosis es la prueba de ello. Ahora bien, sin capital simbólico, los padecimientos procedentes de las renunciaciones pulsionales se tornan insoportables. Sin capital simbólico, frente a la imposición sistemática del empuje al consumo de objetos, el acto no encuentra mediatización. “Llame ya y tenga...”, “Consiga su tarjeta y disfrute de...”, son mensajes que instalan la inmediatez de la satisfacción como el modo de alcanzar la felicidad, esto es, de disimular la imposibilidad del encuentro con el objeto causa de deseo. En el caso de los jóvenes en conflicto con la ley, la pretendida satisfacción inmediata con objetos que procuren obturar la falta les es inaccesible.

En consecuencia, entiende que resulta imprescindible revisar la definición de inimputabilidad y hacerlo desde el punto de vista del sujeto: porque es evidente que la comprensión de la criminalidad del acto y la capacidad para dirigir libremente las acciones escapa largamente a muchos de los jóvenes en conflicto con la ley que asistimos en la defensa pública; y porque castigar el acto de quien en estas condiciones transgrede la ley es cortar el hilo por lo más delgado, ya que de este modo el sistema condena aquello mismo que genera.

F.- Conclusiones

Escribiendo estas últimas palabras, nos vemos en la necesidad de volver al principio. Es que, sin bien las comparaciones que se realizan entre diferentes momentos de la historia humana siempre resultan injustos, **observamos que con el paso de los años la legislación aplicable contra jóvenes ha sido cada vez más y más dura, utilizándolos cada vez más, y hoy más que nunca, como chivo expiatorio de los problemas del sistema en sí mismo.**

Nos quedamos con la sensación de que el mismísimo Alfonso el Sabio, quien gobernó España alrededor del siglo XI, en las leyes que regularon lo que fue la aterradora Santa Inquisición, **era menos cruel con los jóvenes**, comparado con la legislación de hoy en día. **La pena máxima era, por ese entonces, la muerte, y estaba prohibida; la pena máxima es, hoy, la prisión perpetua, y fue aplicada.**

Pareciera que la CDN nunca fue ratificada. Pareciera que la Constitución Nacional nunca fue reformada. **Más aún, pareciera que el derecho penal nunca hubiera evolucionado para los niños, niñas y adolescentes, y se hubiera quedado estanco en la época anterior a las garantías constitucionales.** Pareciera que todos ahora viven en la edad contemporánea, pero a éstos se les aplican **penas más duras que en los momentos más oscuros de la historia humana.**

Creemos que resulta, y resultó siempre, una negación de principios constitucionales propios de nuestro país. Nunca fue permitido tratar igual a diferentes, y un joven y un adulto no son los mismos. Y si todos los fundamentos legales no hubieran sido suficientes, los fundamentos científicos brindados en el capítulo anterior culminan cualquier duda al respecto.

Las siguientes palabras de Ziffer (1999:29), como un desenlace trágico pero previsible, guían estas conclusiones: *“(...) queda sin respuesta la pregunta acerca de cómo se relacionan los factores entre sí, cómo deben ser ponderados y a cuáles debe darse mayor o menor peso en la decisión final. Subsiste también sin resolución la temática de la expresión en cifras de la pena. A este respecto, se ha dicho que la principal barrera la constituye la imposibilidad de transformar en cantidades numéricas los juicios de valor”.*

Tal como se fue desarrollando, y como consecuencia lógica del fallo Mendoza, el art. 4 del Decreto-Ley 22278 es inconstitucional, ya sea en sí mismo, por facultar al juez para imponer a un joven la misma pena que a un adulto, ya sea por la conjunción que se produce con la pena reducida en la tentativa y el art. 55 del CP, por prever un máximo de pena de 50 años en concurso de delito, ya sea por la reducción en sí misma, por permitir penas tan altas que se demuestran contrarias a los derechos y garantías especiales que tienen los niños, niñas y adolescentes.

Buscamos de encontrar una reinterpretación a la norma, sin poder encontrar una que satisfaga los postulados internacionales. Descartada la legislación vigente, observamos que no es posible aplicar la ley anterior, ya que la misma no resuelve la cuestión.

Llegado a este punto, entendemos que la respuesta reside en el derecho comparado. Tal como se ha observado, en los países nominados se observa un máximo de pena que oscila entre los 3 años de prisión (Brasil) y los 15 años de

prisión (Costa Rica y El Salvador), siendo que el promedio oscila entre los 7 y 8 años de prisión (ver Gráfico en Anexo). **Concluimos, entonces, que la pena máxima que se le debe aplicar a una persona de 16 o 17 años al momento del hecho no puede superar esta oscilación.**

Entendemos que es posible llegar a esta conclusión porque en todos los países mencionados existe una misma ley superior aplicable, nada menos que el art. 37.b de la CDN. Todas las legislaciones comparadas citadas no son más que interpretaciones realizadas por los legisladores de cada país para dar forma a una norma supranacional, que los engloba a todos.

Entonces, si la norma internacional resulta la misma para todos los estados, si la vigencia espacial de la CDN es tan amplia que podría decirse que es un tratado vigente a nivel mundial, si todos los países del mundo se han puesto de acuerdo en que la prisión para un joven debe ser una medida de último recurso y por el plazo más breve que proceda, en consonancia con los principios de culpabilidad, reprochabilidad y proporcionalidad; y si nuestra ley no toma en cuenta estos principios siendo que fuimos condenados por la CIDH, **resulta adecuado tomar la interpretación que han realizado los otros países americanos respecto del máximo de pena aplicable, y utilizarlo hoy en día, y hasta que el legislador argentino tome cartas en el asunto, y decida promulgar una ley que garantice los postulados internacionales.**

Las principales objeciones que encontramos a esta conclusión son cuatro. La primera es que no es admisible la analogía. La segunda, que se pretende la aplicación del derecho extranjero renegando del derecho argentino. La tercera, que el poder judicial no puede inmiscuirse en temas legislativos. La cuarta, que un promedio de arbitrariedades es, en definitiva, una arbitrariedad.

Respecto a la primera, negamos que esto sea una analogía, ya que no son aplicables los mismos principios cuando lo que estamos tratando es la interpretación de tratados internacionales. Más aún, la prohibición de analogía se refiere exclusivamente al tipo penal. Y aunque lo fuera, sólo podría ser tachada de ilegal si la usáramos en contra de imputado o condenado, lo que, como es evidente, no ocurre.

La segunda es desconocer todo lo expuesto en este trabajo. **El Decreto-Ley 22278 es inconstitucional, y quien quiera sostener lo contrario, más que un llamado a un incierto nacionalismo, deberá dar fundamentos para sostenerlo.** También es desconocer la eminente vigencia de los tratados internacionales en el derecho argentino, y sobre todo lo que implica un tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. También es desconocer nuestra historia, ya que hubo derecho argentino que se ajustaba mucho mejor a los parámetros internacionales que el actual.

A falta de legislación nacional que se adecue a los tratados internacionales, es necesario encontrar una manera de hacerlos cumplir. En ese sentido, la respuesta brindada, entendemos, es la mejor posible de todas las encontradas. No negamos que cabría la posibilidad de crear algún parámetro novedoso, reinterpretando el derecho interno, a fin de brindar una solución. Sin embargo, este parámetro no existe, por lo menos hasta ahora, y de los datos recabados no encontramos otro medio más idóneo.

La tercera es una dilación burocrática, o incluso un mero exceso de rigorismo formal. Es que, con esa base, no existiría la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma. En este sentido, es lamentable destacar que en el derecho argentino la inconstitucionalidad ha dejado de ser la excepción para transformarse en la norma. Pero esta situación, que excede a la presente investigación, no se ha producido porque los jueces se hayan extralimitado en su ejercicio del poder sino, todo lo contrario, que **el poder legislativo se ha negado una y otra vez, en reiteradas oportunidades y en diversas ramas del derecho, a atenerse a los postulados de las convenciones internacionales, o siquiera a los parámetros que ha fijado la propia CSJN⁴³.**

En este sentido, en nuestra historia son muchas las veces en que se ha modificado el derecho vigente producto del dictado de inconstitucionalidades realizado por el Poder Judicial.

La cuarta objeción es verdadera.

Corresponde indicar que, en virtud de la disparidad de máximos a nivel regional, desde esta investigación se estuvo analizando las exposiciones de motivos de cada una de las leyes mencionadas, **siendo que a la fecha ninguna de las analizadas ha podido materializar un criterio objetivo que justifique la imposición de dicho máximo.** Es decir, cada una de las analizadas demuestra una simple interpretación legislativa al reiterado art. 37.b de la CDN. Más aún, cabe mencionar que muchas de las mencionadas legislaciones (tal como puede verse de sus títulos) son Códigos, sorprendiendo ingratamente observar que las exposiciones de motivos de alguno de ellos son increíblemente cortas (uno de ellos, una hoja), e infundadas⁴⁴. **En otras palabras, no ha sido posible rescatar de los mismos un criterio objetivo que resuelva la cuestión.**

Así las cosas, afirmamos esta objeción: **el promedio de arbitrariedades es una arbitrariedad; las operaciones lógicas sobre enunciados falsos dan como resultado otro enunciado falso, siendo que nada verdadero se puede obtener de una falsedad.** Es decir, todas las penas que se exponen provienen de arbitrariedades, siendo tan arbitrarias las que imponen 3 años como las que imponen 15 años. **No desconocemos esto.**

Sin embargo, **la realidad supera la ficción.** Aún corriendo los riesgos enunciados, entendemos que resolver la cuestión no admite mayor demora. Y no la admite porque hoy en día siguen habiendo sentencias condenatorias, que sin llegar a ser de prisión o reclusión perpetua, imponen penas altísimas y desproporcionadas a jóvenes que, de cumplirlas, muy probablemente pierdan todo tipo de posibilidad de socialización

C.A.M., una de las víctimas del fallo de la CIDH, fue detenido en diciembre del año 1996, siendo que fue liberado con posterioridad al Informe de Fondo 172/10

⁴³ Lamentable ejemplo de esto en la actualidad es el proyecto del Código Procesal Penal de la Nación, el que pretende incorporar a la “conmoción social” como un elemento para justificar el dictado de la prisión preventiva. Esto ha sido desechado por la CIDH en fallos contra otros países. Su aprobación resultaría, lisa y llanamente, escandaloso.

⁴⁴ Solamente para dar cuenta de lo que se quiere decir, ponemos de ejemplo que en el Proyecto de Código Penal actualmente en trámite, cuyo director resulta ser el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, cuya exposición de motivos es mucho más extensa que el mismo código.

(realizado por la Comisión Interamericana previo al fallo) en septiembre de 2012, habiendo estado 17 años detenido aproximadamente. Ello teniendo en cuenta que el fallo de la CIDH se dio habiéndose realizado la denuncia en abril de 2002 y diciembre de 2003, declarándose su admisibilidad en marzo de 2008. Si se aplicara la solución propuesta, habría estado en condiciones de adquirir la libertad condicional tan sólo a los aproximadamente 5 años. **Se pregunta este investigador cuánto tiempo más se seguirán imponiendo penas crueles e inhumanas a jóvenes, y cuánto más deberemos esperar para realizarse algo al respecto.**

Siendo así y debiéndose buscar en lo inmediato una solución, siquiera temporal, transitoria, y pasajera, entendemos que esta es la mejor respuesta en el aquí y ahora.

Tal como hemos dicho anteriormente, no pretendemos utilizar este parámetro para fundamentar una reforma legislativa, siendo que este asunto quedará pendiente para futuras investigaciones, sino que lo que se pretende es dar una respuesta en el presente, con las herramientas que tenemos y con la legislación aplicable.

Aunando en el asunto, nos es pertinente enunciar algunos hechos que tampoco podemos cuantificar. Es que estar privado de la libertad durante la preadolescencia y la adolescencia es mucho más agravante que estarlo en la adultez. Los motivos de estos son innumerables, y a modo de ejemplo decimos que estos años de vida suelen ser los que forman nuestra personalidad, y que durante nuestra adultez pretendemos recordar con alegría y añoranza. En Argentina, de hecho, es un insulto decir “*no tuviste infancia*”.

Esto se empeora aún más con las penas altas, o la prisión perpetua. Es que no es lo mismo ser condenado a prisión perpetua si la persona tiene 60 o 70 años de edad, o más, que si tiene 16 años de edad, puesto que una prisión perpetua efectiva, suponiendo que ambos vivan la misma cantidad de años, implica muchísimos años más de prisión para el joven que para el adulto, aumentando la desproporcionalidad. Como ejemplo, señalamos que aquellas personas que en nuestro país (y, en general, a nivel mundial) fueron condenados por cometer crímenes de lesa humanidad, fueron encarceladas cuando ya eran adultos mayores, por lo que su pena en expectativa producto de su esperanza de vida es mucho menor que la de un joven. Más aún, nos preguntamos cuánto vale estar preso de los 16 a los 17 años, y si eso vale lo mismo que cualquier otra edad.

Si bien escapa a los límites de esta investigación, entendemos que los fines de la pena en el fuero de adultos y en el fuero de responsabilidad penal juvenil no son los mismos. La diferencia, según nuestro criterio, puede ser sutil, pero su envergadura es colosal. El fin de la pena en el fuero de adultos es la denominada **resocialización**, definida sintéticamente como la reintegración de un individuo de la sociedad, luego de que estuviera marginado por algún motivo, para que al momento de otorgársele la libertad pueda desarrollarse de tal manera que no sea un componente delictuoso, es decir, no reincida. En el caso de los jóvenes, entendemos, el fin de la pena es, en realidad, la **socialización** del joven. La diferencia es, pues, que mientras que en el primero hubo (o se supone que debió haber) una socialización previa que fue incorrecta o insuficiente y debe modificarse, en el segundo no hubo socialización puesto que el joven está en plena etapa de crecimiento.

Esto, desde nuestra óptica, implica que no puede observarse al Derecho Penal Juvenil desde una mirada retributiva, penándolo exclusivamente por lo que cometió, sino que debe observárselo con una mirada socializadora y educativa, a fin de evitar desde la temprana edad que comience o continúe en el camino del delito

Por ello, y desde esta óptica, sin perjuicio de que su análisis excede a la presente y requiera de una investigación posterior, **creemos que debe incluirse en Argentina no sólo una legislación que reduzca contundentemente los máximos de pena a jóvenes, sino que también posibilite la imposición de penas no privativas de la libertad como se observan en el derecho comparado** (amonestación, concurrir a centros educativos, trabajos comunitarios, etc.).

Finalmente, para que una rama del derecho pueda ser considerada autónoma, debe comprobarse cuatro características. La primera de ellas, la más importante, y la que define a las demás, es la Autonomía Científica. Esto es, que la rama del derecho a la que se haga referencia tenga institutos que le son propios y exclusivos. En este sentido, la no aplicación de pena y la remisión en el derecho penal juvenil son y demuestran claramente la existencia de normas jurídicas particulares de este derecho. A ello se le suma el principio de mínima intervención, con las características particulares del encarcelamiento como último recurso y por el plazo más breve que proceda.

En este mismo sentido, la legislación compara muestra la existencia de aún más institutos propios del derecho penal juvenil, como la realización de tareas comunitarias y cursos educativos, no como reglas de conducta, sino como pena.

La segunda, es la Autonomía Legislativa. Esto es, leyes propias. Tal como se enunció, y más allá de la legislación interna (de fondo y forma) y la CDN, tenemos todas las Reglas de las Naciones Unidas. En el derecho comparado, aún más, se observa la culminación de la autonomía legislativa en la creación de Códigos dedicados al efecto.

La tercera es la Autonomía Didáctica. Esto es, que sea estudiado como una asignatura en las universidades. Lamentablemente, esto no es así en ninguna de las universidades de nuestro país, salvo las carreras de posgrado. Igualmente, en otros países es dada como una asignatura de la carrera de grado de Abogacía.

La cuarta, íntimamente relacionada con la primera, es la Autonomía Jurídica o Doctrinaria. Esto es, que sea reconocida como una rama autónoma del derecho por catedráticos. Otras características también tomadas en cuenta. La Autonomía Histórica, entendida como la importancia que se le da a la juventud como problemática de la historia de la humanidad. La Autonomía Sociológica, ya que el sujeto al que está destinado posee características únicas que lo diferencian del resto de los sujetos de la sociedad.

Tal como se observa el Derecho Penal Juvenil cumple con las características básicas de una rama autónoma del derecho. Pareciera que sólo necesitase que aquellas personas que nos dedicamos a su estudio reivindicáramos su autonomía.

Esta última afirmación que, al igual que toda esta investigación carece de inocencia, nos hace pensar que, quizás, hayamos podido realizar un aporte en este sentido.

G.- Bibliografía

Para su correcta ubicación, se ha dividido la bibliografía en tres grupos: derecho, metodología, y trabajo de campo. Tal como se dijo en el apartado A.6, se ha utilizado el método autor-fecha.

Derecho:

BALERIO, Diego Silva; COHEN Jorge; TERRA, Francisco; BRUNET, Nicolás
2008 *Límite al poder punitivo: Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil montevideano*
Montevideo: UNICEF Uruguay, 1ra. ed., 270p.
ISBN: 978-92-806-4239-1

BELOFF, Mary
1998 *Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina*
En GARCIA MENDEZ, Emilio; BELOFF, Mary, “Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, Bogotá: Temis/Depalma, 1998.

2005 *Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual*

Buenos Aires: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, N° 1.

ISSN 0328-5642

(http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica05.pdf)

2008 *Los derechos del niño en el sistema interamericano*

Buenos Aires: Del Puerto, 1ra. de. (2da. Reimp.), 224p.

ISBN: 978-987-9120-65-1

BELOFF, Mary; KIERSZENBAUM, Mariano; TERRAGNI, Martiniano

2012 *La Pena Adecuada a la Culpabilidad del Imputado Menor de Edad*

Buenos Aires: La Ley, Año LXXXVI, n°43, 05 de marzo de 2012

ISSN: 0024-1636

BURGUÉS, Marisol; SALITURI, Martina

2014 “Caminando hacia un acceso real de la niñez a la justicia”

Buenos Aires: Revista informática *elDial.com*, Suplemento Mensual *Derecho Penal y Procesal Penal*, 25 de marzo de 2014, bajo el n° DC1C62.

CASTILLO, Federico Carlos

2013 “El interés superior del niño en la OG 14”

Buenos Aires: Revista informática *elDial.com*, Suplemento Mensual *Derecho Penal y Procesal Penal*, 23 de diciembre de 2013, bajo el n° DC1C16.

CESARONI, Claudia

2010 *La Vida como Castigo*
Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 1ra. ed., 400p.
ISBN: 978-987-545-245-9

ComIDH (Relatoría sobre los Derechos de la Niñez)
2011 *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*
Washington: OEA documentos oficiales, 1ra. ed., 192p.
ISBN 978-0-8270-5677-0

CORDÓN, María Antonieta; QUISPAL, Mario Ávalos; RAMÍREZ, Luis;
HERNÁNDEZ, Jorge Joaquín
2011 *Observatorio de Justicia Penal Juvenil en Guatemala*
Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala,
1ra ed., 190p.

CORTÉS MORALES, Julio
2008 “La infancia y el sistema penal chileno. La ley de Responsabilidad Penal
de Adolescentes en el marco de las transformaciones del control social y el castigo”
Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Fascículo 9, Septiembre 2008, p. 1584
hasta 1598.
ISSN: 1851-0353

CSJN
2012 *Interés superior del Niño*
Buenos Aires: Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN, 1ra de., 336p.
ISBN: 978-987-1625-24-6

D'ANTONIO, Daniel H.
1978 *El menor ante el delito. Régimen jurídico, Prevención y Tratamiento.*
Buenos Aires: Astrea, s.d. (2da ed., 1992, 232 p).
ISBN: 978-950-508-843-0

ELHART, Raúl
2013 “Sobre la perforación de los mínimos de las escalas penales en el fuero
penal juvenil y la doctrina del máximo tribunal de justicia bonaerense y su enlace
con el fallo “Maldonado” de la Corte Suprema”
Buenos Aires: Revista *El Derecho Penal*, El Derecho, UCA, Nro. 121, Diciembre
2013, 5-9p.
ISSN: 1667-1805
2014 “Sobre la imposibilidad de imponer pena de prisión perpetua a los
menores punibles y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el
caso Mendoza y otros vs. Argentina de fecha 14 de mayo de 2013”
Buenos Aires: *Revista Pensamiento Penal*, Edición 165, marzo 2014
ISSN: 1853- 4554
(<http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/sobre-imposibilidad-imponer-pena-prision-perpetua-menores-punibles-fallo-corte>)

FELLINI, Zulita

1996 *Derecho Penal de Menores*

Buenos Aires: Ad-Hoc, 1ra ed. (2da reimpr., 2007, 232 p).

ISBN: 978-950-894-028-5

Fundación Justicia y Derecho; UNICEF Uruguay

2010 *Justicia penal juvenil. Realidad, perspectivas y cambios en el marco de la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto*

Montevideo: UNICEF Uruguay, 1ra. ed., 96p.

GUGLIELMONE, Agustín

2014 “Capacidad de culpabilidad de los jóvenes adultos. Cuestionamientos a partir de los avances en el campo de las neurociencias”

Buenos Aires: Revista informática *eDial.com*, Suplemento Mensual *Derecho Penal y Procesal Penal*, 21 de febrero de 2014, bajo el n° DC1C35.

GUEMUREMAN, Silvia; DAROQUI, Alcira

2001 *La Niñez Ajusticiada*

Buenos Aires: Editores del Puerto, 1ra ed., 326 p.

ISBN: 987-9120-42-6

HOMENE, Andrea

2011 *Psicoanálisis en las trincheras: práctica analítica y derecho penal*

Buenos Aires: Letra Viva, 1ed., 157p.

ISBN: 978-950-649-325-7

INFOJUS (Sistema argentino de Información jurídica)

2012 “Alternativas a la Prisión”, *Revista Derecho Penal*, año 1, n°1, mayo 2012.

Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, 456p.

ISSN: 2250-7558

MANZI, Alberto

2013 “La doctrina de la situación irregular y la protección integral. Algunos ejes comparativos”

Buenos Aires: *Revista del Instituto de Estudios Penales*, Agosto 2013, bajo el n° IJ-LXX-462 (IJ Editores)

ISSN 1853-9076

(<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=67462&print=2>)

MARTINEZ, Stella Maris; LAINO, Nicolás; MARIEZCURRENA, Javier

2013 *Justicia Penal Juvenil y Derecho al Recurso*

Buenos Aires: INFOJUS, *Revista Derechos Humanos*, Año II, N° 4, pág. 217, bajo el

n° DACF140110

MERCURIO, Ezequiel

2011 *Cerebro y adolescencia. Implicancias jurídico penales*

Buenos Aires: Ad-Hoc, 1ra ed., 110 p.

ISBN: 978-950-894-879-3

MELENDEZ REYES, Víctor Manuel

2014 *La imparcialidad objetiva en el proceso penal contra adolescentes aspectos sustantivos y procesales especial referencia a la sentencia de competencia 27-comp-2011*

Tesis de Maestría. Universidad de El Salvador, Escuela de Ciencias Jurídicas. Asesor: Dr. Reinaldo González. Ciudad Universitaria, San Salvador, Marzo de 2014

(<http://ri.ues.edu.sv/5730/1/La%20imparcialidad%20objetiva%20en%20el%20proceso%20penal%20contra%20adolescentes%20aspectos%20sustantivos%20y%20procesales%20especiales.Referencia%20a%20la%20sentencia%20de%20competencia%2027-%20Comp.-%202011.pdf>)

PIÑERO, Verónica B.

2007 *Protección del Menor vs. Protección de la Sociedad. La racionalidad penal moderna en la justicia de menores*

Buenos Aires: Ad-Hoc, 1ra ed., 142 p. (Traducido por la autora)

ISBN: 978-950-894-627-0

(Primera publicación: *Revue Générale de Droit (189)*, University of Ottawa, “The semantic of repression: Linking, opposing and linking again rehabilitation and protection of society, 2006, 36:2)

2010 “Canadian International Human Rights Obligations in the Context of Assisted Human Reproduction”: 193-240 *in re AA.VV., The Canadian Yearbook of International Law (Annuaire canadien de Droit international)*, Vancouver-Toronto: UBCPress, vol. XLVI, 2008.

ISBN: 978-077-481-780-6

2013 *Transformations in the Canadian Youth Justice System. Creation of Statutes and the Judicial Waiver in Quebec*

Tesis doctoral. Universidad de Ottawa, Facultad de Derecho, Doctorado en Leyes.

(<http://oatd.org/oatd/record?record=handle%5C:10393%5C%2F24065>)

PITLEVNIK, Leonardo G.

2007 *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sumario y análisis de fallos*

Buenos Aires: Hammurabi, Tomo 2, 1ra ed. (1ra reimpr., 2011), 344 p.

ISBN: 978-950-741-304-9

PROCAJLO, Fabio Hernán

2006 *La imposición de Penas a los Menores según el precedente “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires: Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, 28 de febrero de 2006, 44-

52p.

SCHNEIDER, Romina

2013 “Prevenir, reinsertar... ¿es posible?”

Buenos Aires: *Revista del Instituto de Estudios Penales*, Agosto 2013, bajo el n° IJ-LXX-460 (IJ Editores)

ISSN 1853-9076

(<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=67460&print=2>)

UNICEF; y AAVV

2003a *Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)* (coautoría CPACF)

Buenos Aires: UNICEF Argentina, 292p.

ISBN: 987-9286-35-2

(http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PESentencias.pdf)

2003b *Situación de niños, niñas y adolescentes privados de libertad en la Provincia de Buenos Aires* (coautoría CELS)

Buenos Aires: UNICEF Argentina, 194p.

ISBN: 987-9286-42-5

(http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PESituacionninosprivadoslibertad.pdf)

2005 *Derechos del Niño. Seguimiento de la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Estándares mínimos de derechos humanos para una nueva ley de Justicia Penal Juvenil* (coautoría SENAF)

Buenos Aires: UNICEF Argentina, 27p.

(<http://www.unicef.org/argentina/spanish/estandaresminimos.pdf>)

2006 *Privados de Libertad. Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en la Argentina* (coautoría SENAF)

Buenos Aires: UNICEF Argentina, 116p.

ISBN-13: 978-92-806-4038-0

(<http://www.unicef.org/argentina/spanish/UNI-DDHHcompleto.pdf>)

2007a *Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Estándares de derechos humanos para la implementación de un Sistema de Justicia Penal Juvenil* (coautoría SENAF)

Buenos Aires: UNICEF Argentina, 169p.

(http://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_de_ninos.pdf)

2007b *Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Conceptos, Debates y Experiencias en la Justicia Penal Juvenil.*

Buenos Aires, UNICEF Argentina, 136p.

(http://www.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Justicia_Penal_Juvenil.pdf)

2008 *Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación* (coautoría SENAF)

Buenos Aires: UNICEF Argentina, 108p.

ISBN-13: 978-92-806-4043-0

(http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf)

2009 *Avances y Desafíos de un Sistema Penal Juvenil en Construcción*
Buenos Aires: UNICEF Argentina, 251p.
(http://www.unicef.org/argentina/spanish/SISTEMA_PENAL_JUVENIL_baja.pdf)
2012 *Procedimientos Penales Juveniles a Nivel Provincial. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial* (coautoría SENAF)
Buenos Aires: UNICEF Argentina, 72p.
ISBN: 978-92-806-4589-4
(http://www.unicef.org/argentina/spanish/Procedim_Penals_02-12.pdf)

VIALE DE GIL, Paula Andrea
2013 “Hablemos claro sobre mediación penal juvenil”
Buenos Aires: Revista informática *eIDial.com*, Suplemento Mensual *Derecho Penal y Procesal Penal*, 23 de diciembre de 2013, bajo el n° DC1C16

VASILE, Virginia; REYES, Fabián; PERRIELLO, Alejandra; OLAETA, Hernán
2012 *Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal*
Buenos Aires: INFOJUS (Libro Niños, Niñas y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal), 1ra. ed., 152p., bajo el n° DACF130118
ISBN: 978-987-28449-3-6

VELASCO PEREZ, Ignacio
(1843) *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso*
Madrid, Imprenta de los Señores Viuda de Jordán é Hijos Editores, s.d.

YUBA, Gabriela
2010 “El Comité de los Derechos del Niño y las observaciones finales respecto a Argentina”
Buenos Aires: *IJ Editores*, Septiembre 2013, bajo el n° IJ-XL-49

ZIFFER, Patricia
1999 *Lineamiento de la determinación judicial de la pena*
Buenos Aires: Ad hoc, 1ra ed., s.d.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; ARNEDO, Miguel Alfredo
1996 *Digesto de Codificación Penal Argentina*
Buenos Aires: AZ editora, 1ra ed., Vol. 1, 382p.
ISBN: 950-534-373-6

Metodología:

ANDER-EGG, Ezequiel
1966 *Técnicas de investigación social*
Buenos Aires: Hvmantas, 1ra ed. (20ma ed., 1985, 508p).
ISBN: 978-950-582-127-3

DIETERICH, Heinz

1999 *Nueva guía para la investigación científica*

Buenos Aires: Editorial 21, 1ra ed., 229p.

ISBN: 978-987-9368-03-9

ECO, Humberto

1977 *Come si fa una tesi de laurea*

Milano: Bompiani (tr. BARANDA, Lucía; IBAÑEZ, Alberto C.; *Cómo se hace una tesis*, Barcelona: Gedisa, s.d., 6ta ed., 1ra reimpr. (2001), 240p., ISBN: 978-84-7432-896-7)

MANCUSO, Hugo R.

1999 *Metodología de la investigación en las ciencias sociales. Lineamientos Teóricos y prácticos de la semioepistemología*

Buenos Aires: Paidós, 1ra ed. (4ta reimpr., 2008, 288p).

ISBN: 978-950-12-2139-8

MARRANDI, Alberto; ARCHENTI, Nélica; PIOVANI, Juan Ignacio

2011 *Metodología de las Ciencias Sociales*

Buenos Aires: Cengage Learning Argentina, 1ra ed., 320p.

PEIRCE, Charles S.

1929 *Guessing*

Cambridge (U.S.A.): The Hound & Horn, II/3, 267-82p. (tr. MORILLA Ana María, "Conjeturar (Guessing)", Revista de Semiótica AdVersuS, Año X, N°24, junio 2013, ISSN 1669-7588)

SANDLER, Héctor Raúl

2003 *Cómo hacer una monografía en derecho*

Buenos Aires: Facultad de Derecho U.B.A., 1ra ed., 130p.

ISBN: 978-03-0030-8

ZAFFORE, Jorge

2012 *El derecho como conocimiento*

Buenos Aires: Astrea, 1ra ed., 432p.

ISBN: 978-950-508-988-8

Trabajo de Campo:

Asamblea Nacional del Ecuador, Coordinación General de Comunicación

2014 "E-mail al autor", 22 septiembre (archivo personal)

BARLETTA, María Consuelo

2014 "Entrevista virtual con el autor", 01 octubre (archivo personal)

BERRIOS, Gonzalo

2014 “Entrevista virtual con el autor”, 17 junio (archivo personal)

CARBAJAL DEL MAR, Zunilda

2014 “Entrevista personal con el autor”, 15 julio (archivo personal)

2014 “E-mail al autor”, 16 octubre (archivo personal)

DI MEGLIO, Pablo Luis

2014 “Entrevista personal grabada por el autor”, 16 octubre (archivo personal)

ELHART, Raúl

2014 “Entrevista personal grabada por el autor”, 28 marzo (archivo personal)

2014 “E-mail al autor”, 26 marzo (archivo personal)

HOMENE, Andrea

2014 “Entrevista virtual con el autor”, 29 abril (archivo personal)

PALUMMO, Javier

2014 “Entrevista virtual con el autor”, 21 abril (archivo personal)

PEÑOÑORI, Gabriel

2014 “Entrevista personal grabada por el autor”, 25 abril (archivo personal)

PIÑERO, Verónica B.

2014 “Entrevista virtual con el autor”, 03 noviembre (archivo personal)

SANCHEZ, Juan Pablo

2014 “Entrevista virtual con el autor”, 07 octubre (archivo personal)

SPERANDIO RANGEL, Valéria

2014 “E-mail al autor”, 20 octubre (archivo personal)

TORRES LEGUIZAMON, Mario Camilo

2014 “Entrevista virtual con el autor”, 22 junio (archivo personal)

ZINGG, Aldana María

2014 “Entrevista personal grabada por el autor”, 21 octubre (archivo personal)

H.- Anexo

