

“La determinación de la pena en el Derecho penal juvenil”

Por José Manuel Ibarzábal¹

Palabras claves: *derecho penal juvenil, proporcionalidad, determinación de la pena, necesidad de sanción, mínimos y máximos punitivos, jurisprudencia.*

Temario:

Introducción

Capítulo I: La sanción a jóvenes menores de 18 años: factores involucrados

- a) El régimen penal juvenil argentino
- b) Las normas internacionales en juego
- c) Las dificultades concretas para interpretar y observar las normas implicadas.-

Capítulo II: La determinación de la necesidad y *quantum* de pena

- a) El joven ingresa al proceso penal
- b) La especial condición existencial del sujeto infractor, el tratamiento tutelar y la modalidad del hecho.
- c) Análisis de distintas soluciones hermenéuticas

Conclusiones

Introducción:

El presente trabajo es el fruto combinado del estudio y la experiencia laboral. Lo elaboré en el tramo final del curso de posgrado sobre proporcionalidad de la pena, impartido por el Dr. Marco A. Terragni a través de la modalidad de aula virtual ofrecida por la Universidad Nacional del Litoral en el segundo semestre del ciclo lectivo 2015.

En su momento, opté por el tema de la determinación de la pena en el Derecho penal juvenil pues, quise acentuar que en este ámbito especial del

¹ Abogado, Especialista en Derecho Procesal penal y alumno de la Maestría en Derecho penal de la UNL. Secretario suplente, Jdo. Penal de Niños y Adolescentes, Paraná E.R.-

Derecho penal, el concepto de proporcionalidad, es clave para medir tanto la decisión de condenar a un adolescente -juicio de necesidad- como la mensura o intensidad de pena concreta a imponer –juicio de cuantificación del castigo-. Es clave, por cuanto el ideal de hallar la pena más justa posible deviene un capítulo esencial en Derecho penal juvenil, en razón de que la norma de fondo (Dec-Ley N°22.278 Cód. Penal) obliga a desdoblarse el veredicto inculpativo en dos instancias fundamentales, una en la que se discute solamente la materialidad del hecho y la autoría responsable del adolescente imputado, y otra posterior y decisiva donde sólo se discute la necesidad de sanción y en su caso, cuánto de sanción -cesura de juicio-. Son, pues, dos plenarios distintos y el último es el más importante porque decide la suerte del adolescente en nada menos que su libertad ambulatoria y, en esta instancia, la norma de fondo impone la valoración de un complejo de factores involucrados que hacen a la retrospectiva del hecho bajo examen como también la culpabilidad post-delictual del autor.-

En este contexto, emerge inexorablemente la necesidad de fundar racionalmente la sentencia y ello implica, sobre todo, efectuar un exhaustivo control de constitucionalidad y convencionalidad del caso porque, como se verá, la referida norma de fondo vigente (Régimen penal de la minoridad) es una norma vetusta y contraria, en muchos aspectos, al sistema de responsabilidad juvenil delineado por los Tratados internacionales de Derechos Humanos. Por tanto, desde esta perspectiva, se ofrece un capítulo destinado a describir la norma de fondo y las normas internacionales en juego y, luego, en un segundo capítulo se desarrollarán las múltiples opciones que cuenta un juez para construir la norma de sanción individual –la sentencia-, teniendo en cuenta la adecuación del régimen penal de la minoridad a los tratados internacionales.

Con todo ello, se pretende, en definitiva, poner de relieve que este sector del quehacer penal enerva una complejidad tanto teórica como práctica y sólo un juicio prudencial equilibrado puede ofrecer una respuesta lo más justa posible. Desde esta perspectiva, se comprenderá porqué este trabajo, en última instancia, está repleto de interrogantes más que de respuestas.

Capítulo I

La sanción a jóvenes menores de 18 años: factores involucrados.

La construcción de la norma de sanción individual en el Derecho penal juvenil es un tema tan arduo como apasionante porque reclama un esfuerzo hermenéutico complejo que involucra distintas piezas normativas y principios jurídicos, disimiles en jerarquía e ideología y que, por ello, deben ser armonizadas en el momento aplicativo. Además, el acto jurisdiccional de imponer una sanción a un adolescente infractor exige agudizar el juicio prudencial porque la pena va a privar o condicionar el bien máspreciado en occidente -la libertad-, a una persona que recién se está iniciando en la vida adulta. Si condenar a un adulto es un acto delicado, más aún lo es en el caso de un adolescente. Voy a ahondar estas ideas, para lo cual describiré sucintamente: *a) El régimen penal juvenil argentino, b) Las normas internacionales en juego, c) La dificultades concretas para interpretar y observar las normas implicadas.-*

a) El régimen penal juvenil argentino

En principio, el régimen penal juvenil argentino es autónomo, está reglado por el Decreto-Ley N°22.278 del año 1980 -25/08/80-², establece un esquema diferenciado de persecución penal para los adolescentes menores a 18 años, de los cuales considera punibles (pasibles de sanción penal) a los adolescentes entre 16 a 18 años que hayan cometido delitos cuyo máximo de pena exceda los dos (2) años de prisión (art.1° Dec-Ley cit.) Así pues, no pueden ser castigados los adolescentes menores a 16 años al momento del hecho y/o que hayan cometido un delito que no tenga una pena de prisión mayor a 2 años (Por ej.: el Hurto, art.162 C.P.).-

Este régimen se basa en el modelo “tutelar” para el abordaje de la infancia en situación irregular, que sostiene una política de intervención global de la niñez y adolescencia vulnerable o en riesgo, sean o no infractores a la ley penal. Fue concebido a comienzo del siglo XX como política de Estado para combatir el flagelo de los niños en situación de abandono. En concreto, esta ideología se manifiesta en que se autoriza al juez “disponer” (art.1°) provisionalmente al menor cuando es imputado y, definitivamente, incluso

² Resulta inevitable no asociar la sanción de la norma referida con el contexto socio-político de la última dictadura militar.

hasta la mayoría de edad si se constata “que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta” (ley cit., art. cit., in fine), lo cual, en la práctica significa que el juez puede privar al menor de sus contactos familiares y privarlo de la libertad en un instituto, con total independencia del real grado de vinculación del menor a un hecho delictivo y/o el resultado de la causa penal (art. 2° ley cit.). La norma, a los fines del abordaje tutelar, no distingue entre adolescentes culpables o inocentes, sometidos a proceso o sobreseídos, bastando solamente la constatación de la situación irregular de desamparo³.-

Estas disposiciones se complementaban con la ya derogada Ley del Patronato de la infancia N°10.903, conocida como “Ley Agote” que instrumentaba a nivel nacional el modelo tutelar. Sin embargo, la ley N°26061 sancionada en el año 2006 derogó la ley Agote y estableció la protección integral de los derechos de niños y adolescentes a escala nacional, modificando radicalmente la semántica del abordaje de la adolescencia en nuestro país, pues el adolescente y el niño ya no es un objeto pasivo de tutela sino un sujeto pleno de derecho.

En materia penal juvenil, los principios de la Ley N°26601 son afines a un modelo de responsabilidad penal juvenil⁴ que distingue muy bien entre

³ La C.S.J.N en el fallo “García Méndez”, declaró la inconstitucionalidad del art.1° de la Ley N°22.278. Se trató de un hábeas corpus colectivo interpuesto en el año 2006 por el presidente de Fundación Sur-Argentina, contra la Provincia de Buenos Aires a favor de los menores de 16 años privados de la libertad en el Instituto San Martín de dicha provincia, aunque no ordenó la liberación inmediata de los niños allí internados, exhortando, empero, a múltiples agentes institucionales a abordar la problemática en mesas de diálogo para ir disponiendo progresivamente la libertad. Sin perjuicio de ello, “el Supremo Tribunal advierte... que la ley 22.278 regula los casos de menores no punibles, alertando que, calificaciones tales como “dispuestos”, “internados”, “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares” han significado, en muchos casos, el encierro en condiciones de similar rigurosidad que la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos, pues interrumpe su normal evolución” (Tettamanti, Adriana, en Suplemento Constitucional LA LEY 2009-C, mayo. Comentario a fallo).-

⁴ El modelo de responsabilidad penal juvenil consiste, básicamente, en que: *“en el ámbito jurídico penal, el joven es considerado un sujeto responsable por la comisión de infracciones de este carácter, debiendo asumir, por tanto, las consecuencias que de ella se deriven. De este modo, se rompe la tradicional consideración de niños, niñas y adolescentes como inimputables y se reconoce que los mismos ostentan capacidad para motivarse en las normas”*. (Crivelli Aníbal. E. “Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil”. Págs.125/126 Editorial B de f. Montevideo, Rca. Oriental del Uruguay. Año 2014).-

adolescentes en conflicto con la ley penal y adolescentes en situación de vulnerabilidad. Para los primeros, se propugna un sistema penal con las mismas garantías que los adultos y un plus de garantías específicas por la condición de menor, mientras que para los segundos, se promueven políticas positivas de restauración de derechos vulnerados, con total independencia de si han cometido o no delitos.-

A pesar de ello, el Dec-Ley N°22.278 no se modificó y convive todavía con la ley de protección integral, propugnando un modelo de enjuiciamiento penal atado en su letra al régimen de la ley “Agote”, en una flagrante inconsistencia y discordancia normativa. En efecto, el mentado Decreto-ley todavía confunde menores vulnerables con menores delincuentes, medidas de protección con medidas cautelares –procesales-, y somete al joven infractor a un “tratamiento tutelar” de dudosa constitucionalidad y cuasi imposible observancia en algunos casos.

En esta línea, el régimen penal de la minoridad, regula en el art.4° las condiciones sustanciales para imponer un castigo a un adolescente acusado de cometer un ilícito penal. Expresamente, supedita el debate en torno a la imposición de una pena a la observancia de tres requisitos:

“1°) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales, 2°) Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad, 3°) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad”.

Es decir, el juez estará habilitado, para sancionar o no, una vez que se den los tres requisitos de mención, siendo esta disposición de orden público. Ahora bien, cumplido esos requisitos, el juez debe merituar a los fines de imponer una sanción:

“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 reducirse en la forma prevista para la tentativa” (art.4° Dec-ley cit).-

González del Solar ha dicho que: "esta previsión legal que sanciona el desdoblamiento del veredicto en dos partes perfectamente diferenciadas, una declarativa de la culpabilidad del menor y otra complementaria posterior concerniente a la sanción a aplicar tiene

como ventaja la de agilizar la definición del resultado en lo que respecta a la existencia del hecho y a la autoría material y responsable del sujeto activo, reconociendo la íntima y casi exclusiva dependencia del comportamiento o respuesta del menor al tratamiento tutelar ensayado con la imposición o no de una pena"⁵.-

Este dispositivo y el consecuente desdoblamiento de veredictos, es el más complejo del régimen por las enormes dificultades interpretativas que generan sus términos y los desaciertos que conlleva a la luz de un modelo de responsabilidad penal juvenil. Enunciaré las principales dificultades:

-Los 18 años y el tratamiento tutelar no inferior a un (1) año: En primer lugar, es preciso advertir que los 18 años tenía sentido cuando la mayoría de edad civil se alcanzaba a los 21 años, pero se sabe que por la Ley N°26579 en Argentina se alcanza la mayoría de edad a los 18, de modo tal que se abre un abanico de posibilidades: que el joven infractor cometiera el hecho a escaso tiempo de alcanzar la mayoría de edad (Ej.: 17 años y 9 meses), pero debe asegurársele un año de "tratamiento tutelar" como previo a juzgar la necesidad de imponer una pena, de modo que se arriba al absurdo de "tutelar" una persona adulta.-

Al contrario, en muchos casos, se cometen delitos con 16 años recién cumplidos pero el juicio de necesidad de pena recién sobreviene una vez ejecutado el debate que declara al acusado autor responsable de un delito y cuando cumple los 18 años de edad o más, según la demora procesal. ¿Qué se hace entre los dos extremos?, ¿qué sucede con los jóvenes que reiteran las conductas delictivas y no cumplen aún los 18 años?, ¿qué respuesta social se brinda sin que ello implique el menoscabo de los derechos fundamentales del adolescente infractor?, ¿puede perpetuarse el abordaje tutelar de un ya adulto?

Por otro lado, el llamado "tratamiento tutelar" abre el interrogante por su definición: ¿qué ha de entenderse por "tratamiento tutelar"?, ¿cuál es su alcance?, ¿quién lo impone, controla o determina?, ¿cuándo inicia y cuándo cesa?, ¿cuáles han de ser los criterios para evaluar el "éxito" o el "fracaso"?, ¿cómo se concilia con el paradigma de la responsabilidad penal juvenil?

⁵ González del Solar, José H. Delincuencia y Derecho de Menores. Editorial Depalma, 1995. pág.171 y sgtes.-

-La “necesidad” de aplicar una pena: el término “necesidad” de pena no puede dissociarse de la teoría de los fines de la pena de la dogmática penal. Las llamadas teorías preventivas o utilitarias de la pena, legitiman la sanción en la finalidad social que ésta cumple y no tanto en el ideal de justicia; en muy escueta síntesis, inocuizar el reo (prevención-especial negativa), resocializar al delincuente (prevención-especial positiva), defender a la sociedad de los delincuentes (prevención-general negativa), afianzar la fidelidad social hacia las normas (prevención-general positiva), de modo tal que la discusión dogmática sobre la legitimación de la pena estatal se introduce de lleno en el texto normativo y, por tanto, a la hora de fundar en la sentencia de condena la imposición de la pena: ¿puede, una sanción impuesta a un adolescente, fundarse en necesidades de prevención general o solamente puede hacerle por razones de prevención especial?, y en este último caso, ¿prevención especial positiva o negativa?

La norma, es cierto, establece cuatro criterios para fundar ese juicio de necesidad: modalidad del hecho, antecedentes del menor, resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez. Sin embargo, cada criterio abre, por su cuenta, problemas de interpretación porque es preciso delinear el peso de cada uno e integrarlos con los demás criterios. Aun, la referencia a los “antecedentes del menor” riñe con el principio de derecho penal de acto.

- La reducción de la pena a la forma prevista para la tentativa: A diferencia del Derecho penal de adultos, el régimen penal juvenil autoriza al juez, en caso de haberse decidido a castigar al joven infractor, optar por diferentes escalas para fijar el monto punitivo. Puede partir de las escalas punitivas previstas para el delito consumado (obviamente, si el hecho se consumó), o bien, puede optar por la escala punitiva prevista para la tentativa que en nuestro derecho es más benigna, aún cuando el hecho se calificó como delito consumado.

Pero esta decisión no es para nada sencilla: ¿si el hecho ya se calificó jurídicamente como tentado, se aplica la tentativa sobre la tentativa?; ¿qué forma de la tentativa aplica la ley?, ¿la tentativa común del art.44 1er.,

párrafo?, ¿la tentativa de delito imposible o inidónea, prevista en el art.44 4to., párrafo? Aún más, el juez, ¿puede perforar el mínimo legal, aún aplicando el mínimo que corresponda para la escala de la tentativa?

-El castigo: Se dijo arriba que el régimen penal juvenil es autónomo, ahora bien, este rasgo se opaca ni bien se advierte que el Dec-Ley N°22.278 no contempla penas específicas para los destinatarios de la norma, sino que remite a las penas previstas en el Código Penal y leyes especiales, tratando a un adolescente igual que a un ciudadano adulto⁶.

Esta es la falencia más difícil de saltar, habida cuenta que, aún cuando se desmantele la ideología tutelar de fondo, mediante una interpretación armónica del texto legal con la Convención de los Derechos del Niño (C.D.N.), al momento de determinar la pena, el juez no tiene otra alternativa que acudir al Código Penal y determinar el monto punitivo partiendo de las escalas mínimas y máximas previstas en los tipos penales comunes. Esto conlleva serios reparos de constitucionalidad y justicia en el caso concreto cuando los mínimos ya son altos, en el caso de concurso real que exige la observancia de la suma aritmética del art.58 del Cód. Penal. El juez debe construir una norma de sanción que satisfaga la necesidad de reproche a la vez que no sea excesiva teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de resocialización del joven infractor y la proscripción del retribucionismo en este ámbito jurídico.-

Como corolario, es dable resumir que el régimen penal juvenil sujeta la intervención penal fuertemente a la intervención tutelar, al punto tal que el resultado de ésta última depende en gran medida –según la letra de la ley- no sólo el juicio sobre la necesidad de pena, sino también el *quantum* de la pena.

b) Las normas internacionales en juego

⁶ Por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre en Argentina, España adoptó un sistema de responsabilidad juvenil en la Ley Orgánica 5/2000 y en el art.7° dispone un frondoso catálogo de "medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas" (Internamiento en régimen cerrado, régimen semiabierto, régimen abierto, terapéutico en régimen cerrado, tratamiento ambulatorio, asistencia al centro de día, permanencia en fin de semana, libertad vigilada etc.), graduables, revisables y que se adecúan a cada caso particular, en función de la gravedad del ilícito, la edad del joven al momento del hecho y la situación personal del joven etc. (art. 10).-

En materia de justicia penal juvenil, rigen en Argentina un conjunto de instrumentos internacionales cuyas disposiciones contrastan fuertemente con la norma de derecho interno analizada precedentemente, surgiendo como problema imperioso, la necesidad de adecuar el derecho vigente a los principios y derechos consagrados en los instrumentos internacionales en lo que se denomina “control de convencionalidad”. A continuación, haré referencia a las normas más importantes.

Claro está, el Tratado internacional de mayor envergadura es la Convención de los Derechos del Niño⁷ que contiene dos normas fundamentales para el derecho penal juvenil, situándolo decididamente en el paradigma de la responsabilidad juvenil:

“Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación 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;**

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como **derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal** u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

⁷ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que **se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.**

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños

de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.-

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

Así pues, se colige de una atenta lectura de las normas transcritas que la C.D.N. consagra las mismas garantías procesales y sustanciales que en el proceso penal de adultos (derecho de defensa, a ser oído, a tener asistencia letrada, intérprete, conocer los cargos, ofrecer prueba, impugnar resoluciones judiciales, acceso a la justicia etc.), más un plus de garantías especiales por la condición de menor (interés superior del niño, privación de la libertad como *ultisima ratio*, recibir un trato acorde a la edad y valor).-

Asimismo delinea claramente, la privación de la libertad como último recurso y por el tiempo más breve posible y todo el proceso penal en sí, incluyendo la sanción como respuesta final ha de fundarse en vistas a la promoción de la reintegración del niño y la asunción de una función constructiva para la sociedad, esto es, la resocialización.-

Otro instrumento de gran relevancia son las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)⁸, que pone especial énfasis en los aspectos más relevantes de la justicia penal para adolescentes, reafirmando el carácter socio-educativo del proceso penal,

⁸ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. No ha sido suscripto por el país en el orden federal, pero su vigencia indudablemente se ancla el *ius cogens*. No obstante ello, Entre Ríos –ignoro otras provincias-, en su ley de protección integral de la infancia (Ley N°9861), introdujo en el art.2° a las Reglas de Beijing como fuente normativa.

la mínima intervención, la privación de la libertad (tanto la prisión preventiva como la pena privativa de la libertad) como último recursos y en establecimientos adecuados y diferenciados de los adultos; la observancia irrestricta de las garantías del debido proceso; abogando, a su vez, por el empleo de las salidas alternativas (Remisión de casos, Regla N°11), a la respuesta penal que evitan el carácter estigmatizante de la justicia penal y por la especialización de todos los funcionarios y operadores jurídicos de la justicia juvenil.

Por otro lado, en lo que respecta a la temática central del curso –la proporcionalidad de la pena-, este instrumento expresamente refiere:

“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 delinciente y del delito.**” –negritas a mi cargo-.-

No puedo soslayar, por último, que los principales tratados de Derechos Humanos, como ser, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, naturalmente, devienen aplicables en el ámbito penal de niños y adolescentes. Estos instrumentos, en materia penal, detallan exhaustivamente las garantías del debido proceso (art. 14 y art. 8 respectivamente).-

c) Las dificultades concretas para interpretar y observar las normas implicadas

Un breve contraste entre el régimen penal descrito en el apartado anterior y las disposiciones de los instrumentos internacionales, pone en evidencia inequívocamente la discordancia discursiva y las distintas concepciones ideológicas inherentes entre ambas piezas normativas. Por un lado se tiende a la privación de la libertad bajo el pretexto de “cuidar”, “proteger”; sin importar el fundamento (evitar el riesgo procesal, los fines del proceso) ni las garantías del debido proceso (por un plazo razonable, última ratio, fundada), mientras que, por otro, se privilegia la libertad, el respeto irrestricto de los derechos humanos de la niñez, la pedagogía de la

responsabilidad, sin descartar el castigo como última ratio y a los fines de la resocialización.-

Los tribunales se han hecho eco de esta problemática y han aparecido en los últimos años, fallos emblemáticos que ponen de manifiesto la grave tensión existente entre el derecho interno y los tratados internacionales de derechos humanos:

“Famoso” (17/03/2004) Cám. Nacional Crim. y Correc., Sala I:

“Son inconstitucionales los arts. 2° y 3° de la ley 22.278 –mod., por ley 22.803- “Régimen penal de la Minoridad” y del art. 412, segundo párrafo, del CPPN, en cuanto otorgan la facultad al juez de disponer provisionalmente de la persona menor de 18 años imputada de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad superior a dos años, toda vez que entra en colisión con disposiciones constitucionales y de los pactos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Carta Magna en virtud de su art.75 inc. 22 que consagran el derecho al debido proceso y el principio de inocencia, puesto que exigen que la imposición de una pena se encuentre precedida por una sentencia de condena”.-

“Maldonado” (07/12/2005) C.S.J.N:

...“24) Que ésta debe ser una de las primeras oportunidades en que este tribunal tiene oportunidad de expedirse sobre cuestiones trascendentes referentes a la justicia penal de menores.

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 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, para el supuesto de que considere que se encuentra en un estado de abandono, peligro material o moral (art. 2 in fine ley 22.278).

25) Que, una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación. Esto surge claramente no sólo del art. 2 de la ley mencionada sino también de la hermenéutica de la ley de Patronato de Menores n° 10.903, conocida como "Ley Agote" (art. 21).

26) Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su

libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares". Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la "libertad ambulatoria", aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias.

27) Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio."(...)

“García Méndez”, (12/02/2008), C.S.J.N:

“La doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278, resulta a todas luces anacrónica, por cuanto caracteriza al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición a la doctrina de la protección integral, sobre la que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo una de sus consecuencias más graves el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces, lo cual, en la práctica muchas veces se traduce en violaciones de derechos de los niños infractores de la ley penal”.- (Voto, Dr. Petrachi).-

Es pues que, en medio de esta marcada disociación entre normas internas y derecho internacional, el juez debe moverse y juzgar a los adolescentes infractores de la ley penal, mediante un delicado esfuerzo argumental e interpretativo y aplicativo de las normas en involucradas. En este aspecto, considero que el principio de proporcionalidad tiene un rol decisivo para la toma de decisiones en el marco del proceso penal, tanto para la decisión de enjuiciar o no un adolescente frente a la hipótesis delictiva, como la decisión de sancionar previo haberse emitido un juicio de declaración de autoría responsable.-

En el caso de la sanción, recuérdese que la norma indica dos juicios distintos y complementarios, esto es, fundar que existe “necesidad” de sancionar en el caso concreto y, luego, fundamentar qué monto de pena corresponde. Este juicio es el más complejo de todos en cuanto corresponde, en primer término, definir en qué clase de “necesidad” se va a sostener el

castigo: prevención especial o general, fracaso de tratamiento tutelar, gravedad del hecho etc. Luego, en la faena de determinar el monto punitivo, se debe elegir qué escala punitiva en abstracto se va a adoptar para moverse dentro de los mínimos y los máximos, esto es, si la escala prevista para el delito consumado o la escala prevista para la tentativa. Esta decisión no puede ser arbitraria, el juez ha de exponer los motivos por los cuales elige la escala más gravosa o la más benigna.

Adelantaré una opinión a modo de hipótesis: estas decisiones deben guiarse, fundamentalmente, por el principio de proporcionalidad no sólo en el ámbito de medición del injusto culpable concreto cometido por un adolescente y la pena, sino también, en función de la conducta post-delictual del adolescente como capacidad de respuesta personal al injusto cometido (“resultado del tratamiento tutelar”). En el siguiente capítulo trataré de fundar esta hipótesis.-

Capítulo II

La determinación de la necesidad y *quantum* de pena

a) El joven ingresa al proceso penal

Conforme lo desarrollado en el capítulo precedente, cuando el adolescente ingresa en el aparato de justicia penal, acusado de cometer un delito para el cual resulta punible en los términos del art.1° del Dec-Ley N°22.278, es sometido a proceso, siendo aplicable supletoriamente las normas procesales de los adultos. Ello implica el deber de observar las garantías del debido proceso: conocer la imputación, defenderse (contar con letrado de confianza, ofrecer y producir prueba, ser oído etc.), prohibición de declarar contra sí mismo, ser juzgado en plazo razonable y por un Tribunal imparcial; no padecer medidas de coerción prolongadas en el tiempo ni arbitrarias, estrictamente fundadas en las nociones de peligro procesal; ejercer facultades recursivas contras todas las resoluciones judiciales.

Además, cuenta con un cúmulo de garantías especiales que el orden jurídico le reconoce a modo de plus de garantías por su condición de ciudadano en formación, por eso, goza del principio “*a favor minoris*” que indica

propiciar la aplicación de la ley en la forma más benigna y favorable para el adolescente; debe ser juzgado por tribunales especializados en materia de niñez y en caso de ser privado de la libertad no puede ser alojado en cárceles comunes sino en institutos adecuados; ha de recibir protección integral de sus derechos vulnerados, con independencia del resultado del proceso penal, derivado de la ineludible obligación del Estado de proteger la infancia mediante medidas positivas.

Ahora bien, comprobada la autoría responsable del adolescente por un hecho punible, mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, se abre la instancia de la cesura de juicio, en virtud de la cual, se debe juzgar en *otro* contradictorio oral, la necesidad de imponer una pena (todo ello, de acuerdo a la previsión legal del art.4° del Dec-Ley N°22.278, descripto ampliamente en el capítulo anterior) y en este punto se abre un abanico de múltiples opciones que se les presentan al juez y las partes.-

b) La especial condición existencial del sujeto infractor, el tratamiento tutelar y la modalidad del hecho

b.1) Recordemos con Silva Sánchez que “el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena”⁹. Valga también precisar que la determinación de la pena fija las consecuencias del delito y, como dice Ziffer, no se reduce solamente a “la elección de la clase y monto de pena”, sino también, “al modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa”¹⁰. Esta constelación de factores deben ser tenidas en cuenta en el juicio sentencial y, a su vez, en la específica materia penal juvenil, se adicionan dos factores condicionantes de esencial gravitación: *la peculiar situación existencial del infractor y el resultado del tratamiento tutelar*.

⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en Revista Indret 2/2007. Barcelona, abril 2007, pág.6.-

¹⁰ ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ed. Ad-Hoc. 2da. Edic. Bs. As. 1999. Pág 23.-

A diferencia del Derecho penal de adultos la condición existencial del adolescente infractor es determinante, en la medida de que el derecho ha de tener especial consideración en que el adolescente es un sujeto en formación, inserto en un proceso de desarrollo madurativo y pedagógico, al punto tal que no tiene, *a-priori*, idéntica capacidad de aquiescencia normativa como se postula para un adulto. Se parte ya de un principio de culpabilidad disminuida, en la medida de que las posibilidades de autodeterminación son directamente proporcionales al grado de maduración del individuo y, claro está, el adolescente está en proceso de maduración.

La precedente consideración antropológica explica exhaustivamente las razones por las cuales los jóvenes menores de 18 años cuentan con un régimen penal diferenciado, un plus de garantías sustanciales, la posibilidad de un reproche punitivo más benigno, incluso pudiendo arribarse a la absolución a pesar de haberse transgredido la norma penal. Explica, también, porqué el régimen penal de la minoridad establece como requisito para la discusión sobre la necesidad de sanción, la valoración del “resultado del tratamiento tutelar”, el que, a su vez, no puede ser inferior a un año; precisamente, mediante este tratamiento se evalúa la evolución del joven a partir del hecho delictivo, su capacidad de respuesta positiva hacia su quebranto normativo, es decir, si pudo madurar y tomar conciencia de su acto infractor, del daño causado, la importancia capital de respetar las normas sociales de convivencia, en un proceso simbólico y pedagógico de construcción de ciudadanía. Entiendo, pues, que esto debe meritarse como “resultado del tratamiento tutelar”¹¹, es decir, si el joven, tras su traspié penal, asumió “una función constructiva en la sociedad” (art.40 C.D.N.).-

La C.S.J.N. recoge estas ideas en el precedente “Maldonado” donde se dijo:

“En el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y respecto de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, no

¹¹ Es preciso señalar que el tratamiento tutelar es dispensado por el organismo del Estado encargado de promover las políticas de protección de la infancia, mediante el acompañamiento del joven durante el tránsito del proceso penal, fijando metas, propuestas resocializadores y trabajando los aspectos que hacen a la adquisición de una responsabilidad por el hecho.

resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.-¹²

Allí se reconoce expresamente la culpabilidad disminuida de los jóvenes infractores y la necesidad de imponer una pena acorde (proporcional) a esa culpabilidad. Pero, además, se reconoce que la finalidad de la pena no puede dissociarse del futuro del joven y su posibilidad concreta de resocialización en cuanto objetivo principal del Derecho penal juvenil.

b.2) Ahora bien, la valoración del tratamiento tutelar debe integrarse con una correcta apreciación judicial de la **“modalidad del hecho”** tal como exige la norma. En este aspecto, considero que ingresan de lleno todas aquellas valoraciones de los aspectos que hacen al injusto culpable, sobre todo, el hecho-objeto de la imputación, y se enlazan íntimamente con el juicio de necesidad de sanción.

Con esto, pretendo poner de relieve que si el Derecho penal juvenil es derecho penal en sentido enfático, se parte ineludiblemente del principio de responsabilidad, el cual exige que en ciertos casos el joven deba responder aun con una pena privativa de la libertad. Se podrá discutir la escala punitiva, el monto de la pena, la forma de ejecución –prisión efectiva o ejecución condicional-; el modo del cómputo de la pena etc., pero no se discutirá que el sistema tiene la obligación de contestar el acto infractor con respuesta punitiva. Estoy pensando en los hechos punibles más graves conforme el grado de valoración dispuesto por el legislador en el Código Penal, en orden a los bienes jurídicos involucrados (V.gr., “Delitos contra la vida, la integridad física, integridad sexual, libertad), en la medida que generan profundos daños sociales y en las víctimas, por tanto, la necesidad de sanción se deriva ya no de la buena o mala respuesta al tratamiento tutelar, sino del hecho mismo que ha sido imputado.-

c) Análisis de distintas soluciones hermenéuticas

¹² Maldonado, Daniel Enrique y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - causa N° 1174 - 07/12/2005 – Fallos: 328:4343.- Son conceptos de la psicología evolutiva.-

c.1) Perforar el mínimo legal: A modo de ilustración, en un fallo del Tribunal Oral N°3 de la Capital Federal¹³, se impuso la pena de 3 años de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional con reglas de conducta a un joven que, previamente, había sido declarado autor responsable de graves crímenes (Robos con armas, Homicidio *criminis causae* y Homicidio *criminis causae* en grado de tentativa). Se aprecia que el sentenciante claramente perforó el mínimo legal, para ello se tuvo en cuenta, entre otros argumentos, que el joven demostró “un cambio sustancial en donde el esfuerzo realizado por el joven infractor cobra un papel preponderante, pues ello es la mejor medida de su intención de reinserción, al tiempo que permite abrigar razonablemente la expectativa de que los episodios en los que se vio involucrado no habrán de repetirse. Esta posición frente al denominado “tratamiento, es la que más se ajusta a los términos de la Convención Internacional, desde que se coloca el problema del delito cometido por los jóvenes en el ámbito del compromiso frente a los derechos de los otros y no como lo hacía la visión propia de la ley 22.278”.-

Se colige, pues, que el Tribunal tuvo en cuenta el cambio demostrado por el joven luego de cometer los varios delitos, acogiendo como favorable la conducta “post-delictual”¹⁴ reflejada en el resultado del tratamiento tutelar dispensado al joven durante la prosecución del proceso en su contra. Ahora bien, pese a que el tratamiento tutelar fue valorado altamente positivo, el sentenciante, empero, decide imponer una pena, aún cuando sea muy beneficiosa para el joven. Dos reflexiones en el fallo permiten entender el temperamento adoptado:

“...es el objetivo primordial de la labor jurisdiccional determinar si la pena resulta o no necesaria; y tal finalidad no puede ser cumplida mediante el análisis aislado de alguno de los cuatros rubros¹⁵ allí consignados, sino que debe ser producto de una prudente y armónica valoración de todos y cada uno de ellos, sin poder otorgársele preeminencia a ninguno sobre

¹³ Causa N°4377, E.E.F S/robos con armas, homicidio *criminis causae* y homicidio *criminis causae* en grado de tentativa (20/08/10).-

¹⁴ En el fallo se detalla pormenorizadamente la evolución del joven, quien permaneció internado en un instituto, retomó la escuela, concluyó el secundario, inició talleres, no se vio involucrado en otros hechos delictivos.

¹⁵ Se hace referencia a los cuatros factores de valoración que debe merituar el juez en el juicio de necesidad de pena, previstos en el art.4° del Dec-Ley N°22.278.-

los demás, pues han sido expresa y taxativamente señalados por el legislador como un sistema de compensación y complementación unos de otros.”

“...El respeto por los derechos humanos y los derechos de terceros aludidos por la Convención Internacional, no pueden verse nunca fortalecidos consolidando en el joven el olvido o la negación de los actos cometidos; y si el tribunal se limitara a conformarse con el mero cumplimiento por parte de él de actividades –laborales, educativas o de otra índole-, cuya intencionalidad no era otra que la de colocarlo en una perspectiva responsable frente a lo hecho, estaría consolidando en él el peor de los mensajes: que no es necesario darse una explicación sobre la situación provocada, cuando ésta ha constituido una franca vulneración de uno de los derechos más sagrados para cualquier sociedad como es la vida de los semejantes” (...)

Considero que el Tribunal encontró el punto justo entre los extremos de absolver frente a hechos punibles graves y condenar con penas altas que francamente impiden cumplir el mandato de no desocialización. Así pues, en el entendimiento de que ciertos eventos penales (Homicidio agravado), reclaman responsabilidad al joven infractor y que, en un Estado democrático sujeto a la ley, esa asunción de responsabilidad se traduce en una pena, no menos cierto es que el joven se esforzó en la reinserción social, con lo cual, se entendió que la pena de prisión de ejecución condicional era la más equitativa para el caso, pues, la sanción se mantiene marcando el límite de lo que no se puede hacer, pero tampoco pelagra o tira atrás la reinserción social lograda por el encartado.

El jurista Damián Muñoz, comentando este fallo¹⁶, expresa que lo novedoso en su momento fue la perforación del mínimo legal “en base a una correcta hermenéutica de armonización de la ley n°22.278 con los estándares de la CDN”, pero lo hace sin ingresar en la discusión sobre la “inconstitucionalidad de los mínimos de las escales penales” de fuerte polémica en Derecho penal común, dado que la ley n°22.278 permite eludir la diatriba por vía de interpretación *a fortiori* tal como lo hace el fallo: si la ley autoriza a absolver a un adolescente aun encontrándolo previamente culpable, con mayor razón aún podrá aplicar una pena por debajo del mínimo legal del delito específico, pues “quien puede lo más, puede lo menos”. Visto así, la perforación del mínimo en el Derecho penal juvenil sería el único sector del ámbito penal en el que

¹⁶ Muñoz, Damián R. Penas menores. La perforación del mínimo legal en el derecho penal juvenil –Comentario a fallo-, elDial.com-DC1504, 21/12/2010.-

legalmente estaría autorizado, sin necesidad de acudir a la declaración de inconstitucionalidad del mínimo legal.-

c.2) La forma de la tentativa es la más favorable: El más alto Tribunal del país en el célebre precedente “Maldonado”, numerosamente citado en esta materia, en principio, no declaró la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua para niños y adolescentes, dado que la legislación prevé la posibilidad de acceder a la libertad condicional y la única pena que prohíbe expresamente la C.D.N. es la pena de muerte o la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación (art.37 inc. a). Ahora bien, la Corte en el considerando 14 introdujo una pauta hermenéutica capital: “...cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente”.

Por tanto, el encuadre jurídico no autoriza a aplicar automáticamente la pena dentro del marco previsto para la figura respectiva, pues, resta valorar y en su caso fundar, porqué no resulta aplicable la escala más benigna prevista para forma de la tentativa o, incluso, perforar el mínimo legal si lo vinculamos al fallo comentado en el punto anterior. En efecto, expresa la Corte en “Maldonado” que el principio de culpabilidad por el hecho obliga a valorar –en caso imputados menores- no sólo la grave tipicidad de la conducta, sino también: “la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena” (considerando 16), pues la norma de fondo obliga a ponderar la “necesidad” de pena orientándose por cuatro criterios definidos normativamente: modalidad del hecho, resultado del tratamiento tutelar, antecedentes e impresión recogida por el juez durante la audiencia.

De tal modo, la enseñanza de “Maldonado” es que en todo caso donde se ha decidido sancionar al adolescente, el juez ha de desarrollar las razones por

las cuales emplea o no emplea el marco punitivo más benigno de la tentativa, no bastando para ello, la mera enunciación de la calificación *iuris* del hecho imputado.

En mi opinión, entiendo que a la luz de esta hermenéutica de la Corte, además de la asunción del principio de culpabilidad disminuida; enlazada con los principios de la C.D.N. que abogan por la pena como última ratio y por el tiempo más breve posible, la escala de la tentativa ha de ser la regla, por ser la que mejor se ajusta a todos esos principios señalados, de manera tal que se requiere mayor empeño argumentativo para fundar la decisión de apartarse de la escala punitiva más benigna.

c.3) El alcance de la tentativa: otro tópico muy interesante que permite discutir el régimen penal de la minoridad es la determinación del alcance del enunciado normativo que autoriza al juez, en caso de considerar necesario aplicar una sanción, a reducir la pena “en la forma prevista para la tentativa” (art.4º, tercer párrafo, Dec-Ley N°22.278). En concreto, la cuestión a elucidar es si la “forma de la tentativa” solamente se corresponde a la escala disminuida del art.44 primer, segundo y tercer párrafo del Cód. Penal: “de un tercio a la mitad”, la tentativa para la pena de reclusión o de prisión respectivamente; o también incluiría la posibilidad de observar la escala prevista para el “delito imposible” del art.44 cuarto párrafo: “la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsele al mínimo legal o eximirse de ella”.

El autor Santoianni¹⁷ entiende que una interpretación que abogue por no concluir la tentativa del art.44 cuarto párrafo, entraña un contrasentido y riñe con el sentido común, porque el juez –en ese caso- podría decidir no imponer pena (absolver) o condenar conforme a la escala de la tentativa, pero no podría ubicarse en una posición intermedia con un condena conforme a la escala de la tentativa inidónea. Por eso, dicho autor considera que debe incluirse tal facultad y que si el legislador no lo menciona expresamente es porque sería sobreabundante. Además, postula otras razones: hay una relación de género a

¹⁷ SANTOIANI, Juan P. “El art.4, ley 22278 y la posibilidad de imponer una pena inferior al mínimo de la escala de la tentativa”. En Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Octubre 2009 N°10. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Págs.1740/1742.-

especie entre la tentativa y la tentativa inidónea; si el legislador no exceptuó expresamente a la tentativa inidónea, no lo debe hacer el intérprete: *“Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*¹⁸.-

Personalmente encuentro que razones de estricta justicia sostienen la interpretación amplia, habida cuenta que la sola remisión a las penas previstas para los adultos entraña un yerro en la ley, tratando de igual modo, sin distinción, a adolescentes y adultos. En ese sentido, la mera reducción a la escala de la tentativa común es insuficiente en muchos delitos donde las escalas en abstracto ya son muy abultadas. Por ejemplo, en un homicidio calificado, la pena de la tentativa para la prisión perpetua va de 10 a 15 años (art.44 tercer párrafo Cód. Penal), atentando indolentemente las chances de resocialización de un sujeto infractor que realizó un excelente tratamiento tutelar. Con lo cual, aceptar que el juez pueda optar por la escala más benigna de la tentativa inidónea, se permitiría la imposición de un castigo más benévolo para los casos en los que el adolescente ha demostrado una drástica evolución positiva pese a haber cometido un injusto altamente disvalioso, dado que, se impondrá un castigo acorde a la máxima del lapso “más breve posible”, al mismo tiempo que el injusto recibe el reproche jurídico y no queda impune.-

En un fallo del Superior Tribunal de Entre Ríos¹⁹, se revisó en casación una sentencia impuesta contra R.D.C., quien había sido declarado autor material del delito de Homicidio en ocasión de Robo (Art.165 Cód. Penal) que prevé una pena de 10 a 25 años de prisión. El Juez *a-quo* decidió condenarlo a la pena de 6 años y 8 meses de prisión, es decir, utilizó la escala prevista para la tentativa en el primer párrafo del art.44 del C.P., teniendo en cuenta que el hecho imputado fue atroz, grave y terrible, y calificando el excelente tratamiento tutelar emprendido por el incurso como “neutro” a los fines de merituar la necesidad de imponer una sanción más benigna.

Arribada a la instancia casatoria, en el dictamen del Fiscal se argumentó: “...Ahora bien, como el orden jurídico no es un caos ni un agregativo de cajones estancos sino un programa de coexistencia con necesidad Normativa de Coherencia ... cuando en la

¹⁸ “No debe distinguirse cuando la ley no distingue“.-

¹⁹ CSJN 7/4/2014 n°4396/2013 R.D.E. S/Homicidio en ocasión de robo S/Recurso de Casación

completud ... de la Norma Individual, el legislador prevé la reducción a la pena con la escala de la tentativa, se refiere a toda tentativa, es decir a todo quebrantamiento de la Norma de flanqueo cercana a la realización del tipo, lo que no excluye a los proyectos de manifiesta burdidad como "tentativa inidónea (...)", admitiendo, en consecuencia, la aplicabilidad en el caso de la escala más benigna del art. 44 último párrafo del C.P., y solicitó la aplicación de una pena de prisión de cinco años de prisión (la mitad del mínimo legal), en el entendimiento de que el hecho y su modalidad de ejecución reclama la imposición de una sanción como respuesta contra fáctica a la enorme dimensión del ilícito, sin embargo, el excelente tratamiento tutelar no puede ser juzgado "neutro" sino que tiene la potencialidad de disminuir la intensidad del reproche, lo cual se traduce en una pena reducida y, en definitiva, *proporcional* a la culpabilidad descomprimida del incurso.-

El voto mayoritario de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del S.T.J.E.R., acompañó el dictamen del fiscal reduciendo la pena a cinco años de prisión. Expresó, entre otros, los siguientes argumentos:

"En ese contexto, es útil reparar en que, por manda constitucional y como directa derivación del reconocimiento de la dignidad de la persona, la respuesta punitiva deber ser también proporcional a la culpabilidad del autor por el hecho cometido (...)

Sin perjuicio de ello la gravedad del daño causado y de los hechos perpetrados por el menor junto con la edad que tenía al perpetrar el delito... son parámetros que sirven para cuantificar la culpabilidad por el hecho, sin que ello implique un regreso a la ya superada Teoría del Retribución (...)

(...)De lo expuesto se sigue que, al momento de determinar si es necesaria o no la imposición de la pena, no sólo debemos tener en cuenta los resultados del tratamiento tutelar, sino que también se deben ponderar un abanico de variables... en base a criterios preventivo especiales de la imposición o eximición de pena a un menor en conflicto con la ley penal (...)

De lo expuesto se extrae que, sin lugar a dudas, las razones expuestas por el magistrado de instancia son suficientes y ajustadas a derecho para determinar la necesidad de pena, cumpliendo acabadamente con los requisitos impuestos por el art. 4 de la ley 22278, aunque corresponde, como bien lo justifica el representante del Ministerio Público Fiscal, reducirle como resultado de tales ponderaciones la pena impuesta al mínimo de la tentativa inidónea -cinco años-, conforme dicha evolución positiva en el tratamiento del joven, lo que le habilitará otras posibilidades ya dentro del cumplimiento del régimen de la pena privativa de la libertad (...)"

Se colige pues que, desde esta perspectiva no se renuncia a la sanción, pero tampoco se cae en un reproche retribucionista o de prevención general, afirmando con ello que, aun en la perspectiva de la prevención especial, es admisible una pena, siempre y cuando sea la más breve posible. En esa línea, la reducción a la escala de la tentativa inidónea ofrece una pena de tal brevedad que, incluso en casos graves como el precitado, se puede imponer una sanción sin perjudicar las chances de resocialización del adolescente.

Conclusiones:

De todo lo considerado, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- El Derecho penal juvenil, a pesar del atraso de la legislación de fondo, ha de insertarse en el contexto normativo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por Argentina, mediante una armónica interpretación.-
- De lo anterior se sigue que, frente a hipótesis delictivas cuyo autor sea menor de edad y sea punible (art.1° Ley N°22.278), debe primar el principio de responsabilidad por el acto, las garantías básicas del debido proceso (acusación, derecho de defensa, imparcialidad del juzgador, actividad recursiva) y los principios de legalidad, culpabilidad por el hecho, proporcionalidad, lesividad, más el plus de garantías y principios en reconocimiento del imputado en cuanto sujeto en proceso de formación (principio *a favor minoris*, pena como *ultisima ratio* y por el tiempo más breve posible, prevención especial positiva, especialidad de los fueros penales y operadores jurídicos).-
- El paradigma de la responsabilidad exige, en casos de extrema ilicitud, la respuesta punitiva previa declaración de autoría responsable, mediante un nuevo debate (cesura de juicio) que se centre solamente en la discusión de la necesidad de imponer pena y el *quantum* del castigo.
- Finalmente, en tales casos, la construcción de la norma de sanción individual el juez debe partir de la ponderación y razonabilidad del injusto culpable cometido, en relación con la conducta post-delictual con capacidad de descomprimir la culpabilidad inicial (reflejado en el resultado del tratamiento del hecho), los antecedentes del joven (como

mero baremo indicativo) y la impresión recogida en la audiencia, en función de la valoración global de los cuatro factores, se puede fundar el monto punitivo tomando la escala prevista para del delito consumado, la escala de la tentativa común, la escala de la tentativa inidónea o, directamente, perforar el mínimo legal.

En cada caso, se debe fundar la elección de la escala en abstracto, luego el monto concreto en función de la proporcionalidad del castigo, la necesidad de pena, acortando lo máximo posible el riesgo de desocialización.