

Reflexiones sobre la justicia juvenil argentina a partir del fallo “MALDONADO” de la CSJN.

LUCAS A. DUGHETTI *

En este artículo efectuaré un análisis del caso “MALDONADO”¹, que motivó el dictado del paradigmático fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En primer lugar, apuntaré las resoluciones dictadas en las instancias inferiores demostrando las distintas posturas adoptadas al momento de determinar la necesidad de imponer una pena a un menor que fue declarado penalmente responsable por la comisión de un delito grave. Por otra parte, explicaré el fallo de la Corte Suprema que dejó sin efecto el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal y las tensiones que se suscitaron en relación a la interpretación de la normativa local aplicable (Ley 22.278) en las instancias intervinientes. En esta línea, utilizaré como bibliografía de referencia al libro “NUEVOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA JUVENIL” de Mary Beloff, específicamente el capítulo “LA PENA ADECUADA A LA CULPABILIDAD DEL IMPUTADO MENOR DE EDAD” de Beloff, Kierszenbaum y Terragni².

La CSJN se expidió por primera vez sobre un tema que mantuvo divididos por años a los Tribunales de Menores del país, esto es la interpretación de la Ley 22.278 -específicamente el párrafo 2 del art. 4°-, en cuanto a la necesidad de aplicar la reducción de la escala prevista en la tentativa respecto a la pena que puede imponerse a menores declarados penalmente responsables de un delito. Efectuó un claro análisis de la normativa constitucional para determinar que la pena aplicable no puede superar la medida de su culpabilidad, la que resulta disminuida con relación a los adultos por su condición de menor. En base a ello, la interpretación del fallo no deja lugar a dudas que la reducción de la normativa local debe ser considerada la regla. Esto es lo que exactamente determinó la CSJN por primera vez en el fallo “MALDONADO”, que lo convirtió en un pronunciamiento emblemático para el régimen penal juvenil argentino y motivó mi elección en este trabajo.

En el caso, el Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de catorce años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad. Contra ese fallo, el Fiscal General interpuso recurso de casación, por entender que al atenuar la pena impuesta a Maldonado por medio

¹ CSJN, *Fallos*: 328:4343.

² Beloff, Mary, *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, 1ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 89-111.

de la aplicación de la escala penal de la tentativa, el tribunal había hecho una errónea interpretación del art. 4° de la Ley 22.278.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia –vía recurso de queja- y condenar a Maldonado a la pena de prisión perpetua, porque entendió que su peligrosidad –que mientras se sustanciaba la causa, y en ocasión de una salida transitoria del instituto donde estaba destinado, habría cometido un nuevo delito violento- hacía improcedente estimar favorablemente esa facultad de reducción de pena impuesta por el Tribunal de Menores. Los magistrados de la casación fundamentaron la sentencia en la peligrosidad injustificada del niño en miras a apaciguar el clamor social generado por el hecho enjuiciado, imponiendo una pena perpetua a un menor de edad en conflicto con la ley penal, abstrayéndose de todos aquellos derechos específicos que amparan a los niños y otorgándoles un tratamiento equiparable a los adultos, en franca violación con el vasto *corpus juris* especial que los arropa. Además, soslayaron la aplicación de la regla prevista en el artículo 4 de la Ley 22.278 que impone al juez la necesidad de reducir la pena a la escala de la tentativa y obviaron efectivizar el amparo que asigna la normativa internacional³ a los niños como personas en formación, equiparándolos en su tratamiento y responsabilidad penal a los adultos en una clara muestra de atropello al paternalismo estatal que reafirma la necesidad de brindar especiales cuidados y atención a los menores.

En resumen, tal como lo sostuvo la Corte de los Estado Unidos en el caso “Kent⁴”, si bien el menor además de ser titular de los derechos constitucionales que integran el debido proceso y por su misma condición de niño también es titular de derechos e inmunidades especiales respecto de los adultos, en la práctica recibía lo peor de dos mundos (*worst of both world*), ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor. Esto parece haberse verificado en la sentencia dictada por la Casación en el caso bajo estudio.

Previo a continuar con el análisis del fallo, debemos ponderar el artículo seleccionado para el desarrollo de este trabajo, donde los autores nos enseñan que la pena aplicable al imputado menor de dieciocho años de edad se rige por reglas comunes a las del derecho penal de adultos, más reglas especiales que se basan en la particular condición que implica ser niño para la ley penal, garantizando la “protección jurídica especial”. La postura de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal efectuó un análisis encasillado en la normativa local, soslayando las normas de derecho internacional aplicables por imperativo constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6.5 y 10.3; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 37.a y b, 40.3 y 4; Reglas de Beijing, Regla 17.1, 2, 3 y 4, 18 y 19.1; Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (conocidas como Directrices del Riad), Directriz 52; Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Regla 2; entre otros.

⁴ Corte de EEUU. "Kent v. United States", 383 U.S. 541, 1966.

Retomando el análisis del caso, la Corte Suprema revocó el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal. Tras un análisis de la normativa aplicable a los menores y de la doctrina de la peligrosidad, llegaron a la conclusión de que en su condición de menor, la pena no puede serle graduada al igual que a un adulto y que por eso corresponde aplicar los atenuantes del caso.

El máximo tribunal del país analizó el alcance específico de la expresión "peligrosidad" contenida en el art. 41 del Código Penal. Destacaron que "no puede autorizarse que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al non bis in idem". En efecto, consideraron que "la valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia".

Es más, advirtieron que si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores "bajo el inefable ropaje de la "peligrosidad", pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal".

Por otra parte, afirmaron que en caso de recaer condena, "la gravedad del nuevo hecho habrá de ser valorada en esa decisión posterior, y serán las reglas del art. 58 del Código Penal las que habrán de asegurar, si correspondiere, una valoración global, que evite la plural valoración agravante del mismo elemento bajo rubros diferentes: en un juicio, como "defraudación de la confianza" y como revelador retroactivo de "peligrosidad", y en el otro, por el ser el objeto propio de la condena".

Señalaron que, por regla general, cuando se trata de homicidios agravados cometidos por mayores, la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua.

Asimismo, advirtieron que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Sin embargo, entendieron que 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". Además, criticaron que eso no fue lo sucedido en autos bajo la valoración hecha por Casación.

Por otra parte, los ministros analizaron que a pesar de las coincidencias parciales, existe en la Ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el deber del juez de ponderar la "necesidad de la pena". Destacaron que esta "necesidad de la pena" a que hace referencia el régimen de la Ley 22.278 "en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a

"peligrosidad" como parece entenderlo Casación". Además, advirtieron que la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años, se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización.

Destacaron también, que en definitiva "los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado".

Además, entendieron que de la conjunción de la Ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores "está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad". De allí que, concluyeron que "al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto".

Consecuentemente, destacaron que "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 de 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".

En misma línea se pronunciaron los autores del artículo seleccionado cuando concluyeron que el límite de la pena que se le debe imponer a un menor declarado penalmente responsable, no puede superar la medida de su culpabilidad y, en este aspecto, esa culpabilidad es disminuida respecto a los adultos, a la luz de las normas internacionales que reafirman el principio de culpabilidad como medida de la pena.

Asimismo, el Alto Tribunal afirmó que nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, "un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. 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".

Por otra parte, consideraron que no podía escapar al criterio de la Corte que existen casos como el tratado, "afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse

en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas”.

Por eso entendieron que esta incuestionada inmadurez emocional “impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional”.

Así advirtieron que en la sentencia en recurso no se respetaron las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, afirmaron que “la decisión de la cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Y, ciertamente, sus fundamentos mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define ex ante por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad”.

Por eso resolvieron hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, mandando los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo determinado por la Corte.

En ese mismo orden, los autores de la bibliografía seleccionada concluyen categóricamente que la pena aplicable a un sujeto, sea adulto o menor, no puede superar la medida de su culpabilidad (principio de culpabilidad) y las normas internacionales referidas a los niños reafirman ese principio como medida de la pena y –en lo que resulta fundamental-, afirman que los niños tienen una culpabilidad disminuida con relación a los adultos⁵. Además, de su armoniosa interpretación se desprende que la aplicación de la escala de la tentativa prevista en el párrafo 2 del art. 4 de la Ley 22.278, debe ser considerada la regla. Esto es lo que exactamente determinó la CSJN por primera vez en el fallo analizado que lo convirtió en un caso emblemático para el régimen penal juvenil argentino.

Como reflexión, puedo agregar que los derechos especiales que tienen los niños por su condición no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe tenerse en la materia, tal como lo definió la CSJN en el fallo analizado, en una clara muestra de intervención armonizadora respecto de las dispares interpretaciones que en la materia efectuaban los tribunales inferiores.

Por otro lado, entre dicho imperativo y el régimen de la Ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una fuerte tensión. Así, por ejemplo, los menores son privados

⁵ Beloff, Mary, *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, 1ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 293-294.

de su libertad, bajo calificaciones tales como “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”, situaciones que 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. La tensión se manifiesta principalmente en dos características tan distintivas como criticables: el “retaceo” de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la subsistencia de la doctrina de la “situación irregular” en el régimen de la Ley 22.278, especialmente en su art. 1º, párrafos segundo, tercero y cuarto donde se verifica una intervención estatal paternalista extrema e injustificada enderezada a guiar a los niños hacia aquellos ideales que se consideran objetivamente mejores.

En este sentido, debemos destacar que las intervenciones paternalistas en la vida de los niños deben ser lo menos gravosas posibles y, además, deben adecuadas al fin que se persigue. En consecuencia, debe justificarse que la intervención conseguirá satisfacer las necesidades básicas de la forma menos invasiva posible para los individuos afectados.

En consonancia con lo apuntado en el párrafo anterior, y tal como lo sostienen los autores del artículo seleccionado, la respuesta más razonable y respetuosa de los derechos constitucionales del imputado menor de 18 años de edad es la que impone como obligatoria la reducción de la pena a la escala de la tentativa, como derivado del precedente “Maldonado” de la CSJN⁶.

Esta interpretación que asegura el fin resocializador y proteccionista de la norma local a la luz de los instrumentos internacionales, es la que necesariamente debe prevalecer, pues cualquier interpretación que no acepte la obligatoriedad de la reducción, abre la puerta a la arbitrariedad del juzgador al no establecer parámetros claros en cuanto a cómo debe reducirse y en qué medida, atentando contra la seguridad jurídica e igualdad ante la ley. En este sentido se pronunció la Corte IDH en el emblemático caso “Mendoza vs. Argentina” en el sentido que “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”⁷.

Finalmente, considero que hay que modificar la justicia juvenil en la Argentina. Por un lado, la normativa que regula el régimen penal juvenil de nuestro país es obsoleta, imprecisa y no recoge los derechos y garantías específicos reconocidos en la normativa internacional que poseen los niños en conflicto con la ley penal.

La Ley 22.278 fue sancionada en el año 1980 por un gobierno de facto, casi diez años antes que nuestro país ratificara la Convención de los Derechos del Niño (Ley 23.849). De su lectura se

⁶ Beloff, Mary, *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, 1ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 105.

⁷ Corte IDH. Caso “Mendoza vs. Argentina”. Sentencia del 14 de mayo de 2013.

advierte el amplio poder de disposición discrecional que tienen los jueces de menores respecto de los niños en conflicto con la ley penal. Estas circunstancias por sí solas son suficientes para motivar un cambio legislativo a la luz de los derechos reconocidos por nuestra CN (art. 75 inc. 22), que muchas veces parecen olvidados por no estar previstos en la normativa local, que, vale recordar, posee una jerarquía normativa inferior.

En concreto, quiero detenerme en el amplio poder que la ley vigente (22.278) les otorga a los jueces de menores en conflicto con la ley penal para disponer sobre ellos. La interpretación que los magistrados efectúan sobre esa normativa ha traído respuestas dispares y muy gravosas respecto de los niños que intenta proteger. En muchos casos se ha utilizado como herramienta para justificar un encierro en establecimiento penal por una cantidad de años mayor a la que vivió el niño que cometió un delito, sino un encierro de por vida.

Tal es así que la CSJN, en el fallo analizado, tuvo que pronunciarse respecto del alcance normativo del segundo párrafo del artículo 4 de la Ley 22.278, explicando que la culpabilidad del menor es reducida por su condición y que los jueces deben aplicar reglamentariamente la reducción de la escala de la tentativa a la hora de imponer pena. Lamentablemente pasaron 25 años desde la sanción de la ley hasta que ello sucedió.

Por eso, considero que debe delimitarse concretamente la discrecionalidad que se confiera a los jueces de menores, para evitar situaciones como la analizada en el fallo donde una de las instancias intervinientes condenó al menor a la pena de prisión perpetua, asignándole un carácter netamente retributivo al castigo con un marcado apartamiento del fin resocializador que debe tener la institucionalización de un menor que transita cualquier situación de encierro. En este sentido se expidió la Corte IDH en el citado caso "Mendoza": "El sistema previsto por el artículo 4 de la Ley 22.278 (...) 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".

Además, deben fomentarse las medidas restaurativas o alternativas para solucionar el conflicto en el que se encuentre involucrado un niño, que le den la posibilidad de reparar el daño causado o compensar la pérdida generada dentro de sus posibilidades reales para evitar, en mayor medida, su institucionalización o encierro.

Para lograrlo, entiendo que deben existir condiciones sensiblemente distintas de tratamiento respecto de los mayores. Las dependencias administrativas y judiciales que abordan las problemáticas de niños en conflicto con la ley penal o que se encuentran en situación de desamparo, deberían continuar especializándose en ello. Si bien existen en el ámbito de la provincia de Buenos

Aires, Juzgados específicos en la materia, no los hay que traten exclusivamente las cuestiones asistenciales de los menores. Estas tramitan ante los Juzgados de Familia, en los cuales, además, discurren diversas problemáticas distintas de aquellas que incluyen a niños vulnerables. Me pregunto entonces, ¿por qué existe en el ámbito de la provincia de Buenos Aires un fuero penal de menores y no un fuero específico asistencial de niños y menores desamparados o vulnerables, que asegure el mismo nivel de disfrute de derechos que tiene el resto de los niños?

Por todo lo expuesto, entiendo que las reformas legislativas que se hagan serán beneficiosas para los niños porque, tal como lo explica la Dra. Beloff⁸, las reformas son fines en sí mismos y se justifican por razones elementales de humanidad. Todo el mundo se expresa en términos de protección de derechos de los niños, pero en la realidad poco o nada ha cambiado. Los derechos están en los tratados, pero no se respetan, entonces quizás si se los incluye en una ley sí se los reconozca y aplique.

Todo ello contribuirá a hacer efectivos los derechos y garantías de los niños, tanto de aquellos que son sometidos a un proceso penal como los que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y que ningún poder del Estado les dio hasta hoy una respuesta efectiva, ya que transitan por una etapa de desarrollo que los hace merecedores de un trato diferenciado y medidas especiales de protección que tengan en cuenta sus particularidades y necesidades, para que vivan una vida digna de ser vivida.

⁸ Beloff, Mary, *La protección de los niños y las políticas de la diferencia*, Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011, ps. 405-420

Bibliografía y jurisprudencia:

- Beloff, Mary, *La protección de los niños y las políticas de la diferencia*, Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011.
- Beloff, Mary, *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, 1ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.
- Corte de EEUU. "Kent v. United States", 383 U.S. 541, 1966.
- Corte IDH. Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre 1999.
- Corte IDH. Caso Mendoza vs. Argentina. Sentencia del 14 de mayo de 2013.
- CSJN, *Fallos*: 328:4343.

* Abogado (UNMdP). Mail: ld_mdq@hotmail.com