



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Berazategui

Carrera Abogacía

Julián Gustavo Iglesias

“Indeterminación Legal de la Pena en el Proceso Penal Juvenil”

Octubre 2020.

Resumen:

El trabajo tiene como fin el análisis y estudio del conflicto que se suscita al momento de determinar e individualizar legalmente la pena, por parte de los actores pertenecientes a la administración de justicia, correspondiente a un delito cuando el mismo ha sido llevado adelante por un adolescente punible.

Se comenzará con la exposición de las principales normas relacionadas al tema desde el siglo XX hasta la actualidad en nuestro país, como así también las convenciones y pactos firmados y ratificados por la república y elevados en su caracteres a jerarquía constitucional. La Ley 10.903, el Decreto Ley 22.278 y la Ley 26.061, la Convención de los Derechos del Niño, Reglas de Beijing y otros instrumentos supranacionales.

Para mayor conocimiento del tema analizaremos diferentes fallos judiciales a nivel nacional e internacional, y de cómo los mismos son estas herramientas utilizadas por los magistrados en la fundamentación y argumentación de sus declaraciones y sentencias.

Otro punto de importancia será el estudio de la normativa vigente y a nuestro entendimiento, la opacidad legal imperante en cuanto a la individualización del quantum de la pena, a diferencia del régimen penal de adultos. En este sentido se hablara sobre la facultad que brinda la norma al magistrado en cuanto a la necesidad de imposición o no de una pena según resultase del caso en concreto, lo que lleva a una discrecionalidad arbitraria e injusta, como así también vulnerante al principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos.

En consonancia con el punto anterior se tratara el cambio o no de paradigma imperante en relación a la temática penal juvenil, es decir, en nuestro país se continua con la tutela del "menor" o el niño, niña y adolescente como un sujeto de derechos.

Como resultado del trabajo se propondrán algunas alternativas que resultarían acordes a la posible resolución del conflicto aquí planteado, como ser una adecuación normativa en cooperación con los estándares internacionales ratificados constitucionalmente.

Palabras claves:

Penal Juvenil/determinación legal de la pena/menor/niño y adolescente/autoridad judicial/adecuación normativa/ Convención/opacidad legal/fallo/comisión de un delito/Marco legal.

Tutor: Omar Manuel DIB

Alumno: Julián Gustavo Iglesias

Tel.: 15-5937-1271. **E-mail:** julianiglesias07@hotmail.com

Título al que aspira: Abogado

Fecha de presentación: octubre 2020

Área: Derecho Penal.

Título: Indeterminación Legal de la Pena en el Proceso Penal Juvenil

Tema: opacidad legal al momento de la determinación legal de la pena en el proceso penal juvenil en la República Argentina.

Dedicatorias y Agradecimientos:

A mis hijos, Jerónimo y Joaquín, y a mi esposa Soledad por apoyarme desde el comienzo y hasta el fin de esta carrera, por darme el espacio necesario para poder disfrutarla y de cumplir con mis objetivos. Así también, a mis padres que me inculcaron el interés por el estudio y el querer superarse uno cada día más, de no conformarse y tener siempre metas en la vida. A mis hermanos.

A mis compañeros y amigos de estudios.

Además agradecer a mi tutor Don Omar Manuel Dib, quien en todo momento confió en mí y que por supuesto brindó todo su conocimiento profesional y humano para que pudiese formarme como Abogado.

Preguntas guía:

A fin de llevar adelante el desarrollo del trabajo se plantearán, entre otras cuestiones, las siguientes preguntas:

1. ¿El conflicto en la determinación legal de la escala penal conlleva a la vulneración de derechos constitucionales durante el proceso penal juvenil?
2. ¿La normativa interna vigente se encuentra en concordancia con las fuentes convencionales ratificadas por nuestro país?
3. ¿Es constitucional la utilización de las escalas previstas en el Código Penal para la aplicación de una pena a un niño y/o adolescente en conflicto con la ley?
4. ¿Ante la facultad de un juez al momento de determinar una pena a un adolescente estaríamos frente a una violación del principio de igualdad ante la ley?
5. ¿Puede una sentencia, dentro del ámbito interno, fundamentarse únicamente en jurisprudencia y doctrina?
6. ¿Cuáles son las alternativas que se pueden generar legislativamente para solucionar el conflicto planteado?
7. "Menor" tutelado por el Estado o Niño y/o Adolescente como sujeto de derechos.

Objetivo:

A-General:

- analizar el conflicto que se genera al momento de la determinación legal de la pena en el proceso penal juvenil.

B- Específicos:

- Estudio de la normativa vigente en nuestro país en relación a la individualización legal de la pena.
- Análisis de jurisprudencia nacional e internacional vinculada con la temática planteada.
- Demostración de la ineficacia constitucional de artículos específicos del Decreto Ley N° 22.278.
- Estudio de conceptos guía para la determinación o individualización judicial de la pena.

- Exposición y análisis de dos paradigmas contrapuestos pero vigentes en relación a la postura de políticas públicas frente a la niñez y adolescencia.
- Elaboración de propuestas superadoras para la conflictividad planteada durante el trabajo.

Hipótesis:

- .1. "La opacidad de la ley al momento de la determinación legal la pena en el proceso penal juvenil vulnera garantías constitucionales"
- .2. "la facultad que brinda la ley a los jueces en la disposición de los adolescentes en conflicto con la ley continúa el paradigma del modelo tutelar de menores"

Metodología:

La estrategia metodológica que emplearemos en este trabajo investigativo está basada en el análisis de bibliografía calificada y especializada en el tema, como así también, el trato dado por la jurisprudencia a nivel nacional e internacional en la problemática a estudiar.

Mediante el análisis de los ordenamientos jurídicos que se encuentran en vigencia en nuestro país y los tratados y pactos que fueron firmados, se observará cual es el tratamiento al cual se encuentran expuestos los adolescentes que están en contacto con el ámbito penal juvenil.

De la jurisprudencia estudiada y presentada se podrá apreciar la heterogénea mirada sobre la temática en cuestión, ya sea estas sentencias en orden nacional, de primera o segunda instancias, o de la misma Corte Suprema de la Nación, como así también del órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Técnicas de recolección de datos:

1. · Descriptiva y explicativa
2. · Recopilación de información(normas, doctrina y jurisprudencia)
3. · Método hipotético deductivo
4. · Cualitativa

Fuentes Documentales:

- Ley N. ° 10.903.
- Ley N. ° 14.394.
- Decreto Ley N. ° 22.278.
- Ley N. ° 26.061.
- Convención Sobre los Derechos del Niño
- Jurisprudencia de la jurisdicción nacional e internacional
- Reglas de Beijing
- Doctrina especializada
- Observación N° 24 Comité Sobre los Derechos del Niño
- Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Juvenil año 2019

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como marco general el estudio de la problemática del Régimen Penal de la Juvenil en la República Argentina, y dentro de este ámbito se centrará la atención y se expondrá sobre la dificultad que se presenta al momento de la determinación, en la escala de la pena misma, en un proceso llevado adelante por el Estado en contra de un/a adolescente que cometiese un delito penado con prisión o reclusión mayor a los dos años, o que este no fuere de acción privada o factible de ser sancionado con multa o inhabilitación; dicho conflicto surge, a mi entender, por la amplísima facultad que posee el juez, según la legislación nacional, al momento de llevar adelante la aplicación de una pena a un adolescente infractor, toda vez que según lo estipulado en el Decreto Ley N° 22.278 del año 1.980 en su artículo 4º, se deben cumplir tres presupuestos para la fijación, de ser necesaria una condena. Dichos presupuestos serán ampliamente desarrollados en el transcurso del trabajo.

Así también se debe expresar que nuestro país carece de una normativa clara y vigente que especifique escalas de penas para los distintos tipos de delitos en materia del proceso penal juvenil, dicho esto cabe mencionar que el artículo 4º en el párrafo anterior mencionado, en su última parte, brinda al juez la posibilidad de aplicar la pena en el grado de delito tentado de las escalas fijadas en el Código Penal. Como se verá más adelante esta facultad que posee el juez genera, según nuestro parecer, una discordancia con principios y derechos fundamentales otorgados a todos los ciudadanos por nuestra Constitución Nacional, como así también entra en conflicto con Tratados y Convenios Internacionales ratificados por nuestro país. Asimismo, y en relación a la fuente convencional se debe indicar que nuestro país se encuentra, en virtud de dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos, en falta en lo ordenado por ese órgano sobre la adecuación de la normativa interna a los parámetros internacionales en la temática infanto juvenil. Puntualmente desarrollaremos ésta carencia en lo ya antes expresado sobre la determinación de la pena.

Cabe mencionar que en virtud de lo anteriormente expuesto en relación a la falta o carencia de una normativa vigente en cuanto al efecto de la determinación de la pena que los magistrados, y quienes son auxiliares de la justicia, en muchas ocasiones se nutren, y fundamentan sus sentencias y escritos en jurisprudencia. Este último punto a nuestro entendimiento podría llevar, en un extremo, a la vulneración de ciertos principios constitucionales, *“...solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia*

decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Pero una pena que sobrepase el limite señalado por las leyes contiene en sí la penal justa más otra adicional, por consiguiente, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público puede argumentar la pena establecida contra el ciudadano delincuente. ¹

Se puede decir que se ha desarrollado, a lo largo del tiempo, un sistema de justicia penal juvenil que se caracteriza por una exponencial discrecionalidad otorgada, tanto a los jueces como a la autoridad administrativa competente, por el abandono del principio de proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del delito, por una adecuación de la medida a la personalidad del niño, y por un procedimiento informal, de publicidad restringida, en el que la ausencia de garantías procesales quedaba justificada por el hecho de que las decisiones se adoptaban teniendo en cuenta el interés del niño, niña o adolescente alcanzado por el proceso judicial.

A fin de poder llevar adelante un análisis de la problemática en cuestión se trabajará con las normas de nuestro país, en mayor medida el Decreto Ley N° 22.278, la Ley N° 26.061 y el plexo normativo internacional incorporado a nuestra Constitución Nacional a través del art 75 inc. 22, como así también la diferente jurisprudencia, tanto interna como supranacional, y por último, pero no menos importante, la doctrina relacionada a la temática específica de la determinación de la pena, en cuyo caso se tendrá en cuenta la obrante en relación, no solo a jóvenes sino también a la de adultos infractores a la ley penal.

CAPÍTULO I

1. HISTORIA LEGISLATIVA

1. 1 Historia legislativa en relación a la temática penal juvenil en la Argentina

A fin de poder iniciar con el análisis del tema cabe destacar que se contemplará, en esta primera parte referida a la historia normativa de la problemática penal juvenil o llamada también de la aplicación de la ley penal de la minoridad, el período comprendido desde fines del siglo XIX hasta la actualidad, dicha aplicación se verá en el ámbito de nuestro país. En dicho recorrido se intentará describir las circunstancias que llevaron a la promulgación y las características principales de la Ley N° 10.903, el Decreto Ley N°

¹Cesare Beccaria. 2015. 3.Consecuencias. Tratado de los Delitos y Penas Punto. España. Carlos III University of Madrid. Recuperado de: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1

22.278 y la Ley N° 26.061, como así también algunos artículos del Código Penal de la Nación y de la Convención sobre los Derechos del Niños.

Se debe explicar que el trabajo se encuentra encuadrado entre dos paradigmas, el primero aquel que pone al "menor" en una situación de vulnerabilidad plena y que debe ser tutelado, y el nuevo paradigma mediante el cual se considera al "niño, niña y adolescente" como un sujeto de derecho. En virtud de esto podemos decir, a fin de dar comienzo a un análisis historicista, lo conceptuado por el denominado movimiento "Los Salvadores del Niño", analizado por el escritor Antony Platt, en cuyo estudio hace caer uno tras otro los mitos relativos al carácter benigno o progresista del movimiento "redentor" del menor, como así también de los tribunales para menores, estudia los antiguos modos de ver el comportamiento criminal, los orígenes del reformatorio, los valores sociales de los reformadores de clase media y el manejo de los delincuentes juveniles antes y después de la creación de jurisdicciones especializadas en la temática, y este concepto llevado a un nivel nacional, debemos citar a los defensores de la Ley Agote y los fundadores del Patronato de la Infancia, en donde se expondrá la doctrina de autores como Daniel Hugo D 'Antonio "El Menor Ante el Delito", como así también la obra "Los Delincuentes Jóvenes" de Antonio Savater Tomas.

En cuanto al nuevo paradigma, y ya relacionado con la puesta en vigencia a nivel internacional en el año 1999 de la Convención de los Derechos del Niño y en nuestro país con la promulgación de la Ley N° 26.061 sobre protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que para cuya interpretación podemos citar a especialistas doctrinarios en la temática como ser, la Dra. Mary Beloff y su obra "Nuevos Problemas de la Justicia Juvenil" y del Dr. Martiniano Terragni, en su libro llamado "Proporcionalidad de la Pena" en donde ahonda en la determinación legal e individualización judicial. Asimismo sumaremos a Abel Fleming y Pablo López Viñals con su obra "Las Penas" y a la Dra. Patricia Ziffer y su aporte a la "Determinación Judicial de la Pena", en donde comparte con otros doctrinarios como la mencionada Dra. Beloff, o Claus Roxin, cuyo compilador es Julio B.J. Maier.

1. 2 Ley N° 10.903

El surgimiento en nuestro país por el interés normativo en el ámbito de la infancia se hace efectivo en el año 1919 con la promulgación de la Ley 10.903, mediante la cual se crea el Patronato de Menores, basado en un marco conceptual de la "tutela de los menores". Dicho concepto no exponía diferencia entre aquel niño o adolescente que se encontrara en situación de abandono o desprotección, de aquel que hubiese incurrido

en una falta o delito contra la sociedad. Esta ley significó para la Argentina un comienzo de la política pública en relación a la niñez bajo el paradigma de la protección ante el riesgo moral y/o material de los, llamados en ese entonces, menores de 18 años.

A diferencia de otras naciones en nuestro país la sanción de la ley no trajo aparejado inmediatamente la creación de tribunales especializados en la temática de la minoridad, ejemplo de esto es la puesta en función de los fueros de menores en la Capital Federal recién en los años noventa con la Ley 24.050. Hasta ese momento la intervención recaía en los juzgados criminales y correccionales de dicha jurisdicción.

Los antecedentes de la ley de 19.903 o también denominada Ley Agote, en nombre del Dr. Luis Agote, médico y diputado conservador por la provincia de Buenos Aires, propulsor de dicha norma, se remontan a finales del siglo XIX en cuanto la inmensa masa de inmigrantes arribaron a nuestro país provocando el crecimiento desmedido y desorganizado de grandes urbes, dicha expansión generó en ciertos ámbitos de poder la necesidad de reaccionar ante la alta tasa de abandono de niños que llevó al por entonces intendente de la Capital Federal, encomendar al médico y sociólogo Emilio Coni y a una comisión de especialistas la tarea de investigar dicha situación y proponer soluciones para la prevención y protección de la infancia. La labor de esta comisión concluyó con la creación del Patronato de la Infancia en el año 1892.

Retomando lo arriba indicado en relación al Dr. Agote, se sabe que este presentó un proyecto de reforma del Código Civil en lo referente al régimen de patria potestad y al patronato de menores. Dicho proyecto sufrió diversas reformas en las comisiones legislativas, y tuvo tratamiento en el Congreso Nacional de 1919. La ley derogó algunos artículos del Código de Vélez, y a partir del artículo 14 de la propia ley se instrumentó el régimen jurídico aplicable a los menores delincuentes o víctimas de delitos. Con la sanción de dicha reforma la ley consagró el principio de subsidiaridad de parte del Estado con respecto a las relaciones filiales.

Como antecedentes foráneos a nuestro país se pueden destacar la creación de tribunales de menores en los Estados Unidos durante la última década del siglo XIX, más puntualmente el de Illinois, Denver y Filadelfia por citar algunos del país del norte, pero también se deben destacar los creados en Inglaterra, más específicamente en los tribunales con jurisdicción especial establecidos en Birmingham. En virtud de la creación de estas instancias jurídicas, en el caso de los Estados Unidos, y por efecto de estas se da el nacimiento de los reformatorios los cuales eran una manera de institucionalizar a los jóvenes abandonados o "delincuentes" mediante la privación de su libertad como sistema especial de disciplina. En dichos establecimientos no sólo eran reclusos los niños y

adolescentes que hubiesen sido detenidos por haber infringido la ley cometiendo algún ilícito, sino también servía como lugar de encierro para aquellos abandonados a su propia suerte, dando así un poder de control social al estado de ese entonces, ya que la atribución más importante de estos establecimientos era la de la reforma social del delincuente y su reinserción como ciudadano productivo para la sociedad capitalista.

El de Illinois fue el primer tribunal especializado en niñez del mundo y bajo el denominado movimiento de “Los Salvadores del Niño” mediante la cual se proponía cuatro líneas fundamentales las cuales eran la separación de los menores con respecto a la justicia penal de adultos, también la creación de tribunales especializados en la temática penal juvenil, otro punto era el de ampliar esta especialidad para con todos aquellos niños que se hallaban en situación de riesgo o abandono y como cuarto punto el de la implementación de espacios correspondientes en forma exclusiva para menores delincuentes para que estos no tuviesen contacto con adultos y así evitar la incorporación de malos hábitos y el perfeccionamiento en técnicas delictivas. En relación a este movimiento social se puede destacar lo indicado por uno de sus representantes: *“...es más fácil y mejor prevenir el mal que curarlo; y en nada es más cierta esta máxima que en relación con la delincuencia. Destruir la simiente del crimen, secar sus fuentes, matarlo en el huevo, es mejor que la represión, y aun que la reforma del criminal. Pero pese a todo cuanto pueda lograr el sistema de instrucción pública mejor organizado y administrado, siempre quedará un considerable remanente de niños (en los Estados Unidos actuales no pueden ser menos de medio millón) a los que no lleguen estos sistemas. Su indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmunda, impiden que los admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desharrapados es de donde se están reclutando continuamente nuevos criminales, y así seguirá siendo mientras se permita su existencia. Nacieron para el crimen, y para él los criaron. Hay que salvarlos.”*²

En nuestro país dicha práctica de institucionalización de los “menores” se comenzó a principios del siglo pasado cuando se crea el primer gran “Reformatorio”, la Colonia de Marcos Paz, que más tarde se denominó Ricardo Gutiérrez. El espacio adquirido por el Estado nacional se encontraba y se encuentra aún en la localidad de Marcos Paz cita a 50 km. de la ciudad de Buenos Aires, a tal fin de adquirió el

²Enoch Wines (1880), citado por Anthony Platt. Los «Salvadores del Niño» o la invención de la delincuencia. Siglo XXI, 3ª edición. México, España, Argentina, Colombia. Recuperado de: http://www.surargentina.org.ar/material-interes/material/09_material_complementario/01_los_salvadores_del_nino_platt.pdf

establecimiento de campo "Cabaña Laura", siendo el indicado para ser *"un instituto destinado la instrucción práctica de la ganadería, de la agricultura y de la industria, en el cual pueden instruirse y ocuparse los menores que, por falta de padres y de hogar, o por sus malas inclinaciones, necesitan de la protección del Gobierno o de una dirección especial que les inculque hábitos de trabajo y corrija sus deficiencias."*³

El Estado argentino, por primera vez en su historia, se proponía crear una institución para menores basándose en un modelo institucional específico. Sin embargo, entre su fundación y mediados de la década de 1920, la Colonia estuvo lejos de ser el utópico espacio ideado. Su deficiente infraestructura, como así también su lejanía con respecto a la ciudad de Buenos Aires, la casi nula asignación de recursos financieros, la falta de personal especializado en la temática y la alta tasa de rotación de sus directores, empleados e internos, provocaron que Marcos Paz albergará sólo un porcentaje mínimo de los menores que estaban destinados a habitarla.

Los críticos a la Ley 10.903 o Ley Agote sostenían que la misma ratificó en gran medida a muchas de las acciones y prácticas que se venían desarrollando desde el siglo XIX en relación a los niños y jóvenes huérfanos, abandonados, procesados y condenados, y que su implementación fue contraria a todas las posiciones de vanguardia que intentaban establecer a través de ellas los eruditos de ámbitos tales como el científico o judicial. La sanción de la misma daba el poder al Estado de quitar a los padres la mismísima patria potestad, amparándose en una multiplicidad de motivos, el principal esgrimido era que el menor se encontrare moral y/o materialmente abandonado, es decir que los niños separados de sus padres o abandonados por éstos quedarían bajo la tutela estatal, ejercida por los mencionados jueces y por los funcionarios del Ministerio Público de Menores. En resumen, se puede decir que dicha Ley de Patronato supuso una profundización de la intervención estatal al ampliar los motivos por los cuales los progenitores podían ver afectado su derecho de patria potestad.

La Dra. Mary Beloff expresa que: *"Para la sociedad «adulta» los niños y jóvenes nunca fueron considerados ciudadanos. Fueron en todo caso inimputables, menores, incapaces a quienes había que proteger. El malentendido consistió, precisamente, en que tanto el Estado como algunos sectores representativos de la sociedad civil, diseñaron estrategias de control/protección plasmadas en leyes que impusieron el castigo ilimitado*

³Decreto del PEN del 30/7/1903, citado por el senador Maciá en Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Zapiola, María Carolina (2008). "¿Escuela regeneradora u oscuro depósito? La Colonia de Menores Varones de Marcos Paz, Buenos Aires, 1905-1919". Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.aacademica.org/maria.carolina.zapiola/7.pdf>

a un grupo de actores sociales caracterizados por tener pocos años de vida y pertenecer a las capas económicamente menos favorecidas de la sociedad.”⁴

Para finalizar este tramo sobre la Ley 10.903 cabe destacar que la misma fue derogada en forma completa por la Ley 26.061 sancionada en el año 2005. Destacando que de esta última normativa se estará desarrollando su importancia y alcance más adelante. Asimismo, es dable mencionar o poner una consideración el periodo de vigencia de la Ley 10.903 un lapso de casi cien años, es decir gran parte del siglo XX, siglo donde se desarrollaron diferentes ideas y posturas completamente opuestas a las practicadas a principios de dicho siglo, es por ello que resulta por lo menos interesante ahondar en el porqué de la no adecuación de la norma en cuestión. Para este análisis se deberá tener en cuenta las causas fácticas que llevaron a la continuación en la aplicación de una ley vetusta en varios sentidos, puntualmente el entendimiento del niño, niña y adolescente en relación a sus derechos, garantías y obligaciones, como un sujeto embebidos de ellos y no únicamente su atención a través de un modelo netamente paternalista por el Estado, hablando que no solo ocurriese este fenómeno dentro del ámbito judicial sino también, y a mi entendimiento mayor aún, en la ejecución de políticas públicas, en sus tres niveles, por parte del Poder Ejecutivo. Toda vez que no hasta hace un poco más de dos décadas la institucionalización de los “menores” se llevaba adelante, en muchas situaciones, como se hubiese practicado a principios del siglo pasado.

1.3 Ley N° 14.394

Desde principios del 1900, la Ley Agote imperó en nuestro país marcando el inicio del paradigma del niño como ente a tutelar a proteger por ser un ser vulnerable en todo aspecto carente de derechos civiles, del mismo modo que un niño era alojado en un orfanato por el hecho de estar en situación de abandono, ya sea por ser huérfano o por haber sido librado a su suerte por sus progenitores, como así también si era detenido por la fuerza policial por cometer un contravención, una infracción o un delito, es decir no había diferencia entre estas razones para disponer de la libertad de un niño o un adolescente.

Es por ello que debemos destacar que la promulgación de la Ley N° 14.394 debe de ser entendida como la primera norma nacional enfocada a la justicia penal juvenil, elaborado por el gobierno del General Perón, con una mirada sobre la intervención del estado de forma que el método utilizado fuese el persuasivo y no el coercitivo. Este pensamiento, a nuestro parecer, quizás adelantado para la época en nuestro país, iba en

⁴Beloff, Mary. De los delitos y de la infancia. Nueva Sociedad N° 129 Enero-Febrero 1994, PP. 104-113. Recuperado de: https://nuso.org/media/articles/downloads/2306_1.pdf

contra de la detención de los niños y adolescentes en reformatorios, es más la postura del mismo presidente era la eliminación de este tipo de instituciones, fundamentando sus expresiones en que la prevención de la delincuencia infantojuvenil era la mejor herramienta a utilizar, amparando sus palabras en las acciones llevadas adelante por ese gobierno en la elocuente mejora de las condiciones de vida de la sociedad en general. Asimismo, se intentaba comparar esta temática con la de la salud, y la forma de llevar adelante esta por el gobierno, es decir remarcando la prevención por sobre la acción en relaciona las consecuencias.

En cuanto a la imputabilidad de un adolescente no mayor a 18 años, la presente ley estableció, en forma contraria al pensamiento conservador de la época, que todo niño menor de 16 años fuese inimputable, y de esta manera se extendió esta concepción, impulsada durante un gobierno democrático, hasta principios de 1980, con el dictado del Decreto Ley N° 21.338, momento en el cual y por razones de índole político social, avance de grupos armados guerrilleros, la edad de imputabilidad se bajó a los 14 años.

Debemos destacar la importancia sobre la temática estudiada que esta ley tuvo a lo largo de este lapso de tiempo, y que como muchas otras leyes dictadas durante los gobiernos presididos por el General Perón, fueron derogadas por las distintas irrupciones que tuvo la democracia a los largo del siglo XX.

Asimismo, cabe aclarar que la ley en cuestión no solamente se ocupó de diversas situaciones, como la ya enunciada, sobre la temática infantojuvenil, sino también sobre modificaciones planteadas al Código Civil, entre ellas cuestiones relacionadas a los bienes, destacando la creación del instituto del bien de familia. Además debemos indicar que en cuestiones relacionadas con derechos civiles, esta ley implemento el divorcio vincular, un adelanto normativo de importancia para la época, pero, y según se entiende y se desprende del conflicto del gobierno de turno y la iglesias católica, dicha modificación al código no tuvo una vigencia mayor a los dos años, ya que con la irrupción del gobierno de facto impulsado por la llamada Revolución Libertadora, y a través del Decreto N° 4070/1956 llego su derogación, cabe señalar que recién en el año 1987 dicho instituto jurídico fue promulgado como ley.

1.4 Decreto Ley N° 22.278

Durante un largo periodo de tiempo, casi sesenta años, la legislación, a nivel nacional, respecto a la situación de la minoridad en conflicto con la ley penal, no tuvo variables fundamentales, es recién en la época de la Dictadura Cívico Militar comprendida entre los años 1.976 y 1.983, cuando se dictan los Decreto-Ley N° 21.338 y el N° 22.2278, el primero se destacaba en su importancia debido a la baja de punibilidad

del niño o adolescentes a los 14 años, derogando los artículos comprendidos entre el 1 y el 13 de la Ley 14.394 sancionada en diciembre de 1954 y cuyo articulado definía la edad mínima de imputabilidad en los 16 años:

“Art. 1º - Cuando el menor que no ha cumplido dieciséis años de edad incurriere en un hecho que la ley califica como delito, la autoridad judicial competente procederá a comprobar el mismo, tomar conocimiento personal y directo del menor, sus padres, tutor o guardadores y ordenar los informes y peritaciones conducentes al estudio de la personalidad de aquél, sus condiciones familiares y el ambiente en que viviere. En caso de estimarlo necesario podrá disponer la internación del menor en un establecimiento adecuado antes de resolver, en definitiva. Esta medida durará tan sólo el tiempo indispensable para su mejor examen y facilitar la ulterior adopción del régimen que correspondiera aplicar, conforme lo dispone el artículo siguiente.

Art. 2º - Si las circunstancias del hecho y las condiciones personales del menor evidenciaren que éste no presenta problemas graves de conducta o ambientales, el juez podrá dejarlo con sus padres o tutor, libremente o bajo el régimen de libertad vigilada; podrá también dejarlo con sus guardadores o con otras personas idóneas, pero en estos casos se establecerá siempre un régimen de libertad vigilada apropiado.

Si el menor se hallare abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presentare graves problemas de conducta, el juez podrá disponer del mismo en alguna de las formas previstas en el párrafo anterior o proceder a su internación en un instituto adecuado.”⁵

Cabe destacar que la modificación realizada por el Decreto Ley N° 22.803 sobre la ley en desarrollo se focalizó en el retorno a los 16 años, según planteara en 1954 la Ley 14.394, para la imputabilidad de los menores; esta última modificatoria se sancionó en el año 1983 a escasa finalización del régimen de gobierno impuesto por la Dictadura Militar. A fin de poner en limpio se puede decir resumidamente que recién en el año 1954 el Congreso de la Nación determinó que la edad de imputabilidad de un menor fuesen los 16 años, durante la última dictadura primariamente se bajó dicha edad a los 14 años, y finalmente mediante el Decreto Ley N° 22.803 se retomó lo estipulado a mediados de los cincuenta por el legislativo se volvió a llevar la edad de imputabilidad a los dieciséis años.

⁵Decreto Ley N.º 22.278 Regimen Penal de la Minoridad de la República Argentina. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114167/norma.htm>

En relación a la norma N° 22.278 del año 1.980, en pleno y manifiesto desarrollo del llamado Proceso de Reorganización Nacional se sanciona el llamado Régimen Penal de la Minoridad, enmarcando en su primer artículo lo siguiente: "No es punible el menor de 16 años. Tampoco es punible el menor de 18 años por delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad de hasta dos años, multa o inhabilitación" cabe aclarar que dicho artículo es el actualizado. En relación a este se puede decir que fija en él un límite hasta dónde un adolescente es susceptible de ser penado por un hecho contrario a ley, queda claro que por debajo de los 16 años ningún niño o adolescente es punible, concepto diferente a imputable, ya que un niño de 15 años puede ser no punible pero susceptible de imputación, porque imputar es atribuir a un sujeto la responsabilidad de un hecho reprochable, aunque a éste no se le puede reprochar penalmente. Así también en una segunda parte del artículo mencionado brinda la facultad al juez de disponer en forma provisoria ubicando al adolescente en un lugar adecuado como parte de protección del mismo, cuando este se encontrase en situación de abandono, falta de asistencia, en peligro material y/o moral, o presentase problemas de conducta; asimismo esta ley especifica que el menor infractor de un delito y en edad de punibilidad deberá contar con un proceso judicial, en el cual se explayará si el menor es responsable del hecho en cuestión. Posteriormente se dará inicio a un juicio, llamado de cesura, a través del cual se determinará, de ser necesario la pena aplicable al adolescente por el delito cometido, en este punto el juez previa toda determinación deberá tener en cuenta que se hayan cumplidos los tres presupuestos delimitados en el artículo 4°, ellos son: a) que previamente hubiera sido declarada su responsabilidad penal y civil si correspondiera, conforme a las normas procesales; b) que hubiera cumplido 18 años; c) que hubiera sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Son dos etapas distintas y esta última es la 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 postdelictual del autor.

En el caso puntual del trabajo en cuestión se analizará más adelante centradamente sobre estos artículos en particular de la Ley Decreto 22.278, los cuales se refieren a la determinación de la pena en el proceso penal juvenil, ya que a nuestro entendimiento es donde se enfoca el principal conflicto o donde la opacidad de la norma conlleva a la discrecionalidad, en este caso amplísimo, con la que cuentan los magistrados

al momento de ponderar el quantum penal de un delito específico. Dicha ley regula una inmensa esfera de intervención de los jueces sobre personas no mayores de edad.

Dentro de las críticas que al Decreto Ley N° 22.278 se puede se pueden destacar las siguientes, una que creo se debe considerar como muy importante, es la que se le realiza en relación al amplio margen de discrecionalidad que brinda la norma sobre la disposición de los menores, ya sean presuntos autores de un delito como por su estado de abandono moral o material; Dra. Mary Beloff (1993) "El principio de reserva -Art. 19 de la Constitución Nacional- aparece claramente violentado en las normas bajo análisis, al atribuirse tanta discrecionalidad al juez para disponer provisoria o definitivamente del menor, no sobre la base de lo que hizo sino sobre la base de lo que es, y al confeccionarse innumerables diagnósticos e informes socio ambientales tanto sobre él como sobre su familia". Así también se puede expresar otra crítica en relación a la vulnerabilidad o la disonancia entre la presente norma con otro artículo de la Constitución Nacional como destaca la Dra. Mary Beloff afirma: "Respecto del principio de legalidad, el Artículo 18 de la Constitución Nacional establece que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Sin embargo, es fácilmente comprobable que estas leyes incriminan estados, no conductas previstas en la ley penal general como antecedentes de la aplicación de una sanción.

1. 5 Ley N° 26.061

A fin de poder exponer sobre la Ley 26.061 se debe realizar un análisis de lo ocurrido normativamente entre la sanción de esta, año 2.005 y la vuelta a la democracia en nuestro país de fines del 83', para ello debemos indicar que no se aprecian cambios fundamentales al régimen penal de la minoridad, sino hasta la reforma constitucional del año 94'. Previamente cabe mencionar, realizando un análisis cronológico, que con fecha 20 de noviembre de 1.989 en la ciudad de Nueva York sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la cual se hará hincapié en determinados artículos durante el transcurso del presente trabajo. La República Argentina sancionó con fuerza normativa la aprobación de dicha convención a través de la Ley N° 23.849 del mes de septiembre de 1.990, razón por la cual como Estado Parte se compromete a bregar por el eficiente y eficaz cumplimiento de los cincuenta y cuatro artículos por ésta enunciados.

En relación a la convención en el párrafo antes mencionada, debemos realizar un pequeño o resumido relato histórico de los orígenes en el interés de la protección de los derechos de los niños, para ello se puede iniciar este camino allá por el siglo XIX en

Europa más precisamente en Francia donde se promulgaron leyes en favor de los niños con el fin de protegerlos en sus trabajos, año 1.841, y para otorgarles el derecho a la educación, año 1.881. Posteriormente y en este mismo país se empezaron a extender esos derechos hacia la salud, la vida social y jurídica de los niños, cuestión que con el tiempo se propagó por el continente. Con posterioridad a la creación de la Liga de las Naciones, primer esbozo de lo que más adelante sería la Organización de las Naciones Unidas, se empezó a generar mayor interés por la temática concerniente a la infancia, y en 1.924 esta Liga proclamó la Declaración de los Derechos del Niño o también llamada Declaración de Ginebra, en cuyo cuerpo se proclamaban derechos para los niños y obligaciones para los adultos. Otro hito de importancia en relación a la temática es la creación de UNICEF, órgano puesto en marcha en el año 1.947 por la ONU, el cual tenía por origen la conformación de un fondo con el fin de afrontar los desmanes producidos por la Segunda Guerra Mundial, puntualmente sobre los niños y jóvenes. El año 1.979 la ONU fue proclamado con el año de los Derechos de los Niños, y mediante un grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos se encargó de la redacción de una carta internacional sobre la protección de los derechos de la infancia, Así, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. A lo largo de 54 artículos el documento establece los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

*“Los niños no deben ser considerados objetos de protección segregativa, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral, y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo. No sólo se deben proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de Protección.”*⁶

Retomando el estudio de dicha fuente convencional se debe decir que la misma recién tendrá jerarquía constitucional con posterioridad a la reforma de la carta magna del año 1.994, enunciando dicho carácter superior en el recientemente incorporado inciso 22 del artículo 75. En relación a la cuestión penal no solo esta convención se tendrá en cuenta sino también el Pacto de San José Costa Rica, entre otros.

La nueva normativa se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona y en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los

⁶Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. PP. 17. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

derechos de la infancia son complementarios, nunca sustitutivos, de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas.

Volviendo a de la Ley 26.061, debemos referir que su principal objeto es la promoción y protección de los derechos y garantías de la infancia y adolescencia, destacar asimismo que esta nueva ley conlleva a la derogación de la Ley 10.903 o Ley Agote. De esta manera se comenzaba, legalmente, un cambio de paradigma que en distintos ámbitos ya se daba tiempo atrás, el cual recaía mayormente sobre la aplicación de políticas públicas sobre la infancia, con una mirada de proteccionismo integral. A tal fin la ley tratada impulsa la creación de dos organismos a nivel nacional, que son de suma importancia para la procuración del cumplimiento de los deberes como Estado y de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ellos son la Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia. En su artículo 44 la ley determina cuales son las funciones específicas de la Secretaria Nacional, mientras que en su articulado 46 las respectivas al Consejo Federal. Dichas funciones u objetivos principales deben tener en cuenta que los individuos no mayores de 18 años de edad, que según la Convención de los Derechos del Niño son niños, no son sujetos a proteger, sino que son titulares de todos los derechos de los que son titulares todas las personas (derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales); de ciertas obligaciones y también de responsabilidad. Es más aun gozan de un extra por ser sujetos en desarrollo o por su condición de persona creciendo. En relación a esto último se debe traer a colación la definición enunciada por la Organización Mundial de la Salud sobre adolescencia indicando que es: *“el período de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años. Se trata de una de las etapas de transición más importantes en la vida del ser humano, que se caracteriza por un ritmo acelerado de crecimiento y de cambios, superado únicamente por el que experimentan los lactantes. Esta fase de crecimiento y desarrollo viene condicionada por diversos procesos biológicos. El comienzo de la pubertad marca el pasaje de la niñez a la adolescencia”*.⁷

En vista de lo expresado en párrafo anterior cabe destacar la importancia del principio de especialización que debe prevalecer tanto en el ámbito judicial, al momento de la atención de causas donde incumbieren intereses de niños, niñas y adolescentes, como así también en el espacio legislativo, este último relacionado a la adecuación de las normativas internas en virtud de lo ratificado por la República Argentina como Estado

⁷ https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/

parte en las diferentes fuentes convencionales elevadas en su jerarquía a rango constitucional a través de lo normado en el artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. En este aspecto también se debe tener en cuenta la ejecución de políticas públicas llevadas adelante por los diferentes actores del poder ejecutivo, ya sea en su nivel nacional, provincial o local, en donde la especialización en el tema de la infancia debe ser un eje principal al momento de la puesta en ejecución de dichas políticas y lineamientos.

En cuanto al punto relacionado con el ámbito judicial, un régimen integral, amplio y abarcativo para jóvenes infractores o presuntos infractores a ley penal, configura la creación de un sistema especializado con normas y procedimientos diferentes al de los adultos en conflicto, compuesto por magistrados y funcionarios judiciales especialmente capacitados en cuestiones relativas a los derechos de niños y adolescentes y con una competencia específica para actuar cuando los delitos sean cometidos por sujetos no mayores de 18 años de edad. Esto es de esta manera, por que el niño y/o adolescente es una persona, un sujeto de derecho, que exige ser tratado con todas las garantías constitucionales, más un plus, cual es atender a su peculiar proceso de formación, especialmente cuando ha sido vulnerado el sistema de protección y lo han colocado en contacto con el sistema penal.

El principio de especialidad es requerido, también, por las Reglas de Beijing - 2.3, 6.1, 6.2 6.3 y 22 y por la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 5.5 que establece que cuando los niños y/o adolescentes puedan ser procesados, deberán ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento, mientras que el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". En cuanto a la normativa interna a nivel nacional se puede destacar el Decreto Ley 22.278, antes desarrollado, en su intención de determinar un proceso penal juvenil en separación del proceso de un sujeto adulto, así también la Ley 26.061 en su artículo 27 en cuanto contiene ciertas garantías mínimas en todo procedimiento administrativo y judicial que involucre a un niño y/o adolescente. Y el Código Procesal Penal de la Nación en su capítulo segundo –sección primera- implementa como organismos especializados para conocer en materia de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal el tribunal de menores y el juez de menores.

CAPITULO II

1. CONCEPTOS

1. 1 Generalidades:

Dentro del ámbito del derecho penal debemos primeramente diferenciar que, por un lado, corresponde a la cuestión o estudio de la teoría del delito la presencia o existencia de un delito el cual entendemos como aquella acción, típica, antijurídica y culpable. Y por otro lado debemos ver la relación con el estudio de la teoría de la pena a toda sanción o reproche penal a dicha acción antes descrita y que a fin de poder poner un funcionamiento dicha penalidad la misma debe de determinarse en su quantum.

Asimismo, debemos plantear la diferencia existente entre determinar e individualizar una pena, aunque se piensen en estos como conceptos análogos, algunos autores clarifican dichos términos de la siguiente manera, cuando se habla de determinación de la pena entendemos a lo elaborado por el legislador quien se pronuncia a través de las normas fijando parámetros a seguir en cuanto al monto que se debe imponer a una acción, típica, antijurídica y culpable. El otro termino, individualización, es la acción del magistrado que lleva adelante la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto. Como vemos el primer caso, el del legislador, es un ámbito completamente abstracto y anterior al hecho, en cambio lo accionado por el juez es basado sobre el acto concreto en sí. También podemos apreciar como la tarea del legislador responde a una política criminal impuesta por el Estado.

Por otro lado, podemos plantear estos conceptos de manera tal de referirnos a la determinación legal, la llevada adelante por el legislador, y la determinación judicial, la elaborada por el juez para definir la pena más adecuada.

1. 2 Derecho penal

“... el derecho penal es el discurso del saber jurídico (si se lo prefiere, un discurso científico), que como todo saber (o ciencia, si se prefiere), se ocupa de un cierto ámbito de cosas o entes del mundo. Ese ámbito son las leyes penales, que se distinguen de las restantes por habilitar la imposición de penas. ” “...es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce al poder punitivo, para impulsar el

*progreso del estado constitucional de derecho.*⁸. Podemos decir que la diferencia entre el derecho penal y las demás ramas del derecho, es que el primero se compone de normas que llevan asociadas la posibilidad de la aplicación de una pena al no cumplimiento o vulneración de éstas. Es por ello que para poder hablar de derecho penal debemos referirnos a dos cuestiones centrales, por un lado el delito y por otro la pena y a su vez a las teorías abarcativas y explicativas de ambos términos.

1.3 Concepto y teoría del delito

En forma breve y poco desarrollada podemos decir que delito es la conducta típica, antijurídica y culpable. Asimismo, debemos destacar que no toda conducta típica es un delito, el Código Penal de nuestro país determina que hay casos en que no hay delito por que no hay conducta que llevada adelante la acción a través de una fuerza física irresistible y en otros en que no hay tipicidad, el supuesto de error o cumplimiento de un deber jurídico, retención. Pero también hay casos o situaciones en los cuales para la ley penal no hay delito pese haber una conducta típica, en donde la ley permite realizar estas acciones típicas, como ser el estado de necesidad o la legítima defensa para ejemplificar, en donde el legislador excluye el carácter delictivo de la conducta típica.

Para poder determinar que es o no delito debemos utilizar determinada teoría del delito, la cual podemos decir que es un sistema un sistema lógico de filtros por el que se hace pasar un comportamiento imputado para comprobar si es reprochable penalmente una acción humana. Todo ello a partir de una determinada tendencia dogmática jurídico-penal. Para poder estudiar una teoría debemos recurrir a la dogmática, es decir al estudio del dogma, un conjunto de preceptos inquebrantables, y en el caso de la ciencia de derecho penal el dogma es la misma ley penal, ya que es la única fuente obligatoria del derecho penal y para ser útil dicha interceptación debe de ser sistemática y coherente.

1.4 Determinación de la pena

Una manera de acercarnos a lo que se puede entender por determinación de la pena sería que es *“el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito”*⁹. En relación a este concepto y a fin de hacer historia en lo concerniente a la determinación

⁸Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2002. Manual de Derecho Penal Parte General. Ediar segunda edición. Buenos Aires. Libro digital.

⁹ZIFFER, Patricia. 1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.

de la pena podemos decir que antiguamente la característica principal de esta actividad era la atribución de potestades absolutas del rey, quien en forma directa o través quien el delegase llevaban adelante la administración de la justicia penal, fijando no solamente que conductas serian pasibles de castigo sino también exponiendo la arbitrariedad en las formas que dichas conductas serian reprimidas con sanciones, sin ningún tipo de garantía o igualdad.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado debemos plantear, una vez enunciado lo que entendemos por determinación de la pena, la función de ésta, la cual podemos decir que la misma dependerá del sistema que sea utilizado que podrá variar según cada caso. Cada sistema tendrá intereses distintos que satisfacer y es por ello que *“las reglas destinadas a la determinación de la pena suelen ser demasiados amplias y difíciles de conciliar entre sí.”*¹⁰ La función en cuanto a que finalidad se le brinda a esa pena en relación tanto al infractor, la víctima y la sociedad.

1. 5 Necesidad de imposición de pena

En este punto desarrollaremos lo expresado por la normativa vigente en nuestro país, el Decreto Ley N° 22.278, ya que su artículo 4° brinda a la autoridad juzgadora del caso analizar la información suministrada a través del informe tutelar, el cual como se indica no puede derivarse de un tratamiento no menor a un año de duración, y a esto sumado los otros dos requisitos, haber cumplido los 18 años de edad y ser declarado responsable del hecho ilícito, el magistrado o tribunal podrán, de entender necesaria, imponer una pena.

De esta manera vemos que las dos posibilidades planteadas son la imposición o no de la pena por la infracción cometida por el joven, y teniendo en cuenta el profundo basamento de esta decisión en el informe tutelar, del cual hablaremos más adelante, podemos discernir o interpretar que nos encontramos, en este preciso instante, ante juicio de actor y no de acto, ya que el hecho ha sido demostrado e imputado al joven pero la decisión de la necesidad o no de imposición de una pena estaría sujeta a lo que la autoridad judicial entendiese o interpretase de los resultados del tratamiento tutelar.

¹⁰ ZIFFER, Patricia. 1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.

1. 6 Concepto de niño y niñez

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”¹¹

“el período de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años. Se trata de una de las etapas de transición más importantes en la vida del ser humano, que se caracteriza por un ritmo acelerado de crecimiento y de cambios, superado únicamente por el que experimentan los lactantes. Esta fase de crecimiento y desarrollo viene condicionada por diversos procesos biológicos. El comienzo de la pubertad marca el pasaje de la niñez a la adolescencia”¹²

1.7 Justicia Juvenil

Citando a la Dra. Beloff podemos decir que la *“justicia juvenil es el conjunto de normas e instituciones creadas para dar respuesta a la situación de una persona menor de dieciocho años de edad imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.”* Dicho concepto también puede ser relacionado con los sistemas de justicia juvenil, pero este último debe ser considerado como la respuesta que se brinda desde el ámbito institucional y legal al enfrentar la comisión delitos o infracciones cometidas por los niños y/o adolescentes.

1.8 Edad mínima de responsabilidad penal

“La edad por debajo de la cual la ley determina que los niños no tienen la capacidad de infringir la legislación penal.”¹³

¹¹Internacional. Parte I Artículo N.º 1. Convención sobre los Derechos del Niño

¹² https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/

¹³ Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, Comité Sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas

CAPITULO III

1. JURISPRUDENCIA

1. 1 Introducción del análisis

En este capítulo se realizará una recopilación y análisis de diferentes fallos que abarcaran tanto el ámbito judicial nacional como el internacional, incorporando jurisprudencia de primera y segunda instancia como así también de la Corte Suprema de la Nación, y en relación a las sentencias extranjeras se propondrá el análisis de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de consultas emitidas por este organismo. Asimismo, la elección de los fallos se encuentra enfocada en aquellos que tienen cierta relación con la problemática planteada en el presente trabajo, es decir, la dificultad que se devela al momento de la determinación de una pena como conclusión al proceso penal juvenil llevado adelante en el juicio de cesura con posterioridad a la declaración de culpabilidad sobre el ilícito cometido por un niño y/o adolescente. La recopilación propuesta involucra sentencias correspondientes a estas últimas dos décadas, y así poder observar una cierta evolución en la jurisprudencia hacia los parámetros y estándares internacionales en relación a la problemática penal juvenil, sin perjuicio de este “avance” debemos destacar y como se observará en el fallo García Méndez Emilio que la raíz del conflicto que es tema del presente trabajo, en la actualidad aun no pudo ser resuelto por la vía correcta, que a entendimiento nuestro, debería ser la legislativa.

1. 2 Fallos N., D. Y Otro S/ Recurso de Casación y Á., G. A. y M., C. A. S/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad

Como inicio de este análisis se traerá a conocimiento dos fallos que resultan en sustancia similares y que tienen como fin el rechazo al recurso de casación presentado en ambos casos por la parte defensora de los imputados, y siendo definida su suerte por la Cámara Nacional de Casación Penal Sala II en el año 2000. El estudio de sendos fallos se llevará adelante en forma conjunta debido a las amplias similitudes en los fundamentos planteados que configuran el rechazo del mentado recurso, es dable destacar que en el segundo de los casos se suma el pedido de inconstitucionalidad de la norma en cuestión, en este particular el Decreto Ley 22.278.

En N., D. y otro s/ recurso de casación, se debe indicar que la intervención de la segunda instancia deviene del recurso presentado por parte de la defensa oficial de los imputados N.D y C.D.N, a quienes el Tribunal Oral de Menores N° 1 de la Ciudad de Buenos Aires condenó como coautores de varios delitos entre los que figuran homicidio

y robo agravado por el uso de arma en reiteradas oportunidades, a la pena de reclusión por tiempo indeterminado con efectivo cumplimiento. Así también en el caso Á., G. A. y M., C. A. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, el mismo tribunal condenó por delitos similares a los anteriores a pena del mismo quantum.

En ambas situaciones las defensas oficiales cuestionaron de la siguiente manera los fallos emitidos por la primera instancia:

“3/) Que la defensa oficial sostuvo que el art. 4 de la ley 22.278 “establece la posibilidad en caso de que el menor demuestre una evolución personal favorable, que sea beneficiado con la reducción de la pena prevista en el art. 42 del Código Penal”. Agregó, asimismo, que “también prevé la posibilidad de prorrogar la decisión de imponer condena hasta que el mismo alcance la mayoría de edad -veintiún años-, a fin de darle la posibilidad de demostrar que se hallan cumplidos los fines” de resocialización. Se agravio que en la sentencia recurrida se dio por sentado la no recuperación del menor.”

14

En relación a este punto y visto lo sostenido por la defensa en cuanto a lo estipulado por el art 4º de la Ley 22.278, el Ministerio Publico Fiscal refuto dicho argumento manifestando que la sentencia cumple con todos los recaudos legales operantes en la norma antes citada, y por ello solicita el rechazo del recurso presentado. Los cuatro requisitos del artículo en cuestión fueron tenidos en cuenta al momento de determinar la pena impuesta al adolescente, como así también el requerimiento de la declaración previa de la responsabilidad penal sobre el hecho analizado.

En la sentencia se puede apreciar que *“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”*. Según lo manifestado por el Tribunal, siendo por esto que resulta acorde en su proporcionalidad la pena en relación a los delitos imputados al adolescente, homicidio calificado reiterado en cinco oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, dos de ellos en grado de tentativa, tenencia ilegítima de arma de guerra y asociación ilícita, los cuales concurren materialmente entre sí.

Por ultimo en cuanto al caso N., D. y otro s/ recurso de casación, la Sala rechaza el recurso planteado por la defensa, argumentando también que no se lo imposibilita al

¹⁴Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal Causa Nro. 2209 -Sala II- “N., D. y otro s/ recurso de casación” Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>

detenido de resocializarse dentro del servicio penitenciario, todo ello en virtud de lo dispuesto por la Ley 24.660.

A continuación se analizará el fallo del mismo tribunal en relación al caso de Á., G. A. y M., C. A. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, se detalla a continuación argumentos de la defensa del detenido.

“A su turno, la Titular de la Defensoría Pública de Menores N/ 3, sostuvo la inconstitucionalidad de la pena impuesta a su pupila, entendiendo que ésta viola el art. 37, inc. a) y b) de la Convención de los Derechos del Niño...” *“Y el período más breve que procede es el previsto por el artículo 4/ de la ley 22.278 al establecer la reducción de la pena en la forma prevista para la tentativa.”*¹⁵, en este punto en particular la defensa argumenta sobre la facultad que tiene el magistrado de llevar el quantum de la pena, en el caso del menor, a la instancia de dejar la misma en grado de tentativa y de esa manera reducir y llevar al periodo más breve la condena del imputado. A posteriori se verá como esta fundamentación es tenida en cuenta por el máximo tribunal de nuestro país en su sentencia respecto del caso Maldonado, en donde determina que la interpretación de la norma 22.278 en su última parte debe de ser interpretada no como una posibilidad sino como una regla la cuestión de sentar la pena al tipo de dicho delito al grado de tentativa.

Como se vera esta Sala no tuvo en consideración dicho fundamento presentado por la defensa, ya que afirmó lo siguiente: *“el planteo debe rechazarse: en primer término porque la imposición de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado es legal y facultativa del Cámara Nacional de Casación Penal Causa Nro. 2557 -Sala II- “Á., G. A. y otro s/recurso de casación e inconstitucionalidad” tribunal de mérito (art. 80 del C.P.) -y como tal, escapa por principio a la revisión en esta instancia conforme la uniforme doctrina de esa Cámara-; luego en razón de que no es, en rigor, pena, sino una medida de seguridad que se aplica en razón de la peligrosidad o temibilidad del delincuente (confr.: C.S.J.N. Fallos: 186:514)”*. Esto se debe entender en cuanto a legalidad y facultad de los magistrados en la imposición de una determinada condena, y que la misma no podrá ser materia de revisión, conforme a la doctrina antes mencionada.

Asimismo y en relación a la facultad del juez de determinar el delito y dejar la pena en el grado de tentativa, la Sala III determino que *“en cuanto al planteo de la defensora de menores, en el sentido de que la pena de prisión a un menor debe ser impuesta “durante el período más breve que proceda”, cabe aclarar que el monto de la pena es determinado por el tribunal de juicio en uso de facultades que le son propias,*

¹⁵Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Causa Nro. 2557 -Sala II-“Á., G. A. y otro s/recurso de casación e inconstitucionalidad” Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>

pues es soberano para apreciar las circunstancias agravantes y atenuantes. Por vía de principio estas cuestiones no son pasibles de inspección casacional salvo supuestos de arbitrariedad o absurdo notorio que no se observan en la especie.” toda vez que en virtud de los delitos en cuestión la pena dictado encuentra equilibrio y proporcionalidad, según así fuese entendido por el Tribunal Oral de Menores, y para cuyo sostenimiento la Sala III trae a colación el art. 17.1, inc. “a” y “c” de las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” (Reglas de Beijing).

En esta sentencia al igual que en el caso N., D. y otro s/ recurso de casación, la Sala rechaza el recurso planteado por la defensa, argumentando también que no se lo imposibilita al detenido de resocializarse dentro del servicio penitenciario, todo ello en virtud de lo dispuesto por la Ley 24.660. *“La aplicación de esta pena no obsta, sin embargo, a la posibilidad de resocialización de C. A. M. ya que, dentro del sistema penitenciario, la ley 24.660 establece que la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad (art. 1/).”*

En conclusión respecto a los casos antes analizados se puede decir que el criterio utilizado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal es un criterio unificado en razón del rechazo a los recursos presentados y coincidentes con la jurisprudencia contemporánea en la materia.

1. 3 Fallo V.H.V

A continuación, se analizará la sentencia producida por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Sala de Turno mediante la cual declara inadmisile el recurso de revisión interpuesto por la defensa de V.H.V, cabe destacar que el citado fallo data del mes de junio del año 2019, a la luz queda claro que lo resuelto es con fecha posterior a lo dictaminado por la Corte Interamericana en el caso Maldonado, pero es importante mencionar que el pedido de revisión versa sobre fallos que datan del año 2010 y 2011. Oportunamente el Tribunal Oral de Menores de la Ciudad de Buenos Aires condenó a al imputado por el delito de homicidio agravado por su comisión con armad e fuego y por el número de personas intervinientes en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra, destacando que el mismo lo cometió cuando aún no poseía la mayoría de edad, a la pena de treinta y cuatro años de prisión, confirmando dicha sentencia la Cámara Federal de Casación Penal al año siguiente.

Los hechos del caso por el cual fuese condenado V.H.V se dieron lugar durante el mes de octubre del año 2007 en horas de la madrugada dentro de un local comercial ubicado en la Villa 31 bis de la ciudad de Buenos Aires, el imputado se encuentra acusado de haber efectuado varios disparos con un arma de fuego dentro del mencionado lugar, impactando varios de estos proyectiles en el cuerpo de un tercero que allí se encontraba. Como consecuencia de este accionar y pese a la intervención médica recibida por la víctima, esta falleció en el Hospital Fernández de la CABA.

Es importante destacar que al momento de dicha situación delictual el imputado, V.H.V, aun no poseía la mayoría de edad.

Del análisis de la inadmisibilidad planteada por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y según los fundamentos expresados por el tribunal se desprende, en primer lugar que la parte recurrente funda su petición no sobre la base de lo dispuesto en el artículo 479 del Código Procesal Penal de la Nación, sino en que la condena debe ser revisada a partir de los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente "Mendoza y otros vs. Argentina" (año 2013). Este punto a mi criterio es fundamental en relación al trabajo que se lleva adelante en la exposición de la falta de una normativa clara y específica para la determinación de la pena en el proceso penal juvenil, toda vez que el rechazo planteado por el tribunal mencionado se basa claramente en que lo dictaminado por la Corte Interamericana es posterior a los fallos que fijaron sentencia firme a la condena de V.H.V. El fundamento se plantea al momento de indicar que el recurso debió ser presentado en rigor a alguno de los incisos del art. 479 CPPN en donde se brinda la posibilidad de recurrir cuando suceda alguna de las siguientes situaciones:

"Código Procesal Penal de la Nación

Recurso de Revisión Procedencia

Art. 479. - El recurso de revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes cuando:

- 1º) Los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable.
- 2º) La sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
- 3º) La sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
- 4º) Después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho

no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable.

5º) Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia. ”

O en su defecto lo estipulado en el artículo posterior:

”Objeto

Art. 480. - El recurso deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, o que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena, salvo que se funde en la última parte del inciso 4 o en el 5 del artículo anterior.”

El conflicto se genera ya que desde el año 1994, momento en el cual la Carta Magna fue reformada, los convenios, pactos y tratados internacionales sobre Derechos Humanos abstuvieron una jerarquía constitucional y mediante los cuales se obligaba cada uno de los Estados partes a adecuar la normativa interna a lo ratificado, nuestro país, en la temática puntual tratada en el presente trabajo, no adecuó las leyes vigentes ni tampoco generó nuevas normativas que estuviesen en concordancia a los estándares internacionales. Es por ello que, si con posterioridad a la ratificación de los convenios el plexo normativo interno hubiese sido modificado, el presente recurso interpuesto se podría haber fundamentado en lo estipulado en el inciso 5º) del artículo 479 del CPPN, toda vez que encuadraría en la aplicación retroactiva de una ley más beneficiosa para el condenado. Cabe destacar que en el año 2010 un informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso Mendoza, instruyó a la República Argentina a una adecuación de sus normas internas en relación al trato especial sobre los niños y adolescentes ante un proceso penal llevado adelante con ellos. Es por lo antes expuesto que se entiende que si nuestro país hubiese cumplido tanto con lo indicado en los tratados y convenios ratificados, como con lo indicado por la Corte (2013) y la Comisión Interamericana (2010) en el fallo Mendoza, es de suponer que la condena impuesta por el Tribunal Oral de Menores N° 3 de la Ciudad de Buenos Aires no hubiese sido la que finalmente se dictó y ratificó como sentencia definitiva.

1. 4 Fallo Mendoza

Para dar inicio se expondrá el caso “**Mendoza y otros contra Argentina**”, el cual fuese interpuesto a sometimiento de la jurisdicción de la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2011. En el año 2013 dicha corte emitió la sentencia sobre el conflicto planteado. Los hechos del caso se refieren a la imposición de penas de privación perpetua de la libertad a César Alberto Mendoza, Claudio David

Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldán y Ricardo David Videla Fernández por hechos que ocurrieron cuando aún eran menores de edad, así como a la falta de adecuada atención médica a Lucas Matías Mendoza durante el cumplimiento de su condena; a la tortura sufrida por Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez, y a la falta de investigación de este hecho y de la muerte de Ricardo Videla mientras se encontraba bajo custodia estatal.

El desarrollo del caso en el ámbito interno, a priori de la atención por parte de la Comisión y de la Corte fue el siguiente, en 1999 tanto Núñez como Lucas Mendoza fueron procesados conjuntamente por el T.O.M N° 1 de la Capital Federal y fueron condenados a reclusión perpetua y prisión perpetua respectivamente. A finales de ese año el mismo Tribunal impuso al joven César Mendoza la pena de prisión perpetua, dichas condenas fueron impuestas por delitos cometidos cuando todos los acusados eran menores de 18 años, cabe aclarar que en ese momento la normativa imperante a nivel nacional era y es el Decreto Ley 22.278.

Durante el fallo la Corte Interamericana estableció que el recurso de casación previsto en los códigos procesales penales internos no garantizó una revisión íntegra de las sentencias condenatorias de los jóvenes en cuestión. Por otro lado, el Tribunal declaró al Estado responsable por la violación del derecho a la integridad personal de Lucas Mendoza y Claudio Núñez, por la falta de atención médica adecuada al primero, y por las torturas infligidas a ambos por parte de personal penitenciario. Además, declaró la responsabilidad de nuestro país por la violación de los derechos a la protección y las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana, por la falta de una adecuada investigación de la muerte de Ricardo Videla, así como de las torturas.

Pero para dejar constancia que sobre lo fallado por la corte únicamente haré hincapié en lo referente a lo sentenciando sobre la pena de prisión perpetua impuesta en el ámbito interno, sobre lo cual el Tribunal consideró que dichas penas no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños, ya que 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. Además, por su desproporcionalidad, la imposición de dichas penas constituyó un trato cruel e inhumano para los jóvenes mencionados. En virtud de ello también declaró que la Republica Argentina no cumplió, ni cumple al día de hoy, con su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, ya que el plexo normativo argentino no es contrario a la posibilidad de imponer a niños y/o adolescentes, sanciones penales previstas para adultos, dichas escalas se encuentran enunciadas en el Código Penal de la Nación.

Teniendo en cuenta solo estos dos puntos dentro del amplio fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede sintetizar que nuestro país no contaba por el año 2015, ni tampoco en la actualidad, con una adecuada y vigente normativa que limite la amplísima facultad que poseen los magistrados locales al momento de efectuar el quantum de la pena para un delito tipificado y el cual fuese atribuido con responsabilidad a un niño y/o adolescente. Las limitaciones o guías que poseen los jueces ante una situación como la antes mencionada, es decir la determinación de una pena, solo las encuentran en la jurisprudencia y en la doctrina imperante en el país.

La Corte, en el presente fallo, dictamina que es contraria a toda ratificación de los convenios y tratados internacionales por parte de nuestro país, la imposición de una pena de prisión o reclusión perpetua para aquella persona no mayor de 18 años al momento de cometer el delito. En este caso el mencionado tribunal no especificó cuál sería el quantum correcto para la penalidad de ese determinado ilícito, pero sí que la pena impuesta es, para nuestro plexo normativo, inconstitucional, ya que la misma claramente vulnera derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es por ello que se puede entender que solo este monto de pena no sería factible de imponer por parte de nuestro Poder Judicial en situaciones similares a las narradas en el caso en cuestión, y a su vez la Corte en un punto subsiguiente expresa que la norma vigente desde la última dictadura Cívico Militar, Decreto Ley 22.278, brinda amplias facultades a los magistrados para la cuantificación penal de un delito cometido por un niño y/o adolescente, toda vez que el juez, no solo toma como base no el delito acaecido, sino también otros aspectos como los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa por éste recogida sobre el menor. A su vez destaca, y en concordancia a lo antes dicho, que la presente norma expresa la posibilidad de reducir, de ser así considerado, la sanción penal a la escala prevista para la tentativa.

Como corolario debo indicar, según mi opinión, que el fallo Mendoza no determina en forma específica, como así tampoco vagamente, parámetros o escalas para la fijación de penas dentro del proceso penal juvenil.

1. 5 Fallo Maldonado

El próximo fallo que trabajaremos será la sentencia en relación a la causa Maldonado, puntualmente la elaborada por la Corte Suprema de la Nación. Será tenido en cuenta estén fallo en virtud de lo expresado y por sobre todo por la jurisprudencia sentada en relación a la forma que debe ser interpretado el artículo 4º del Decreto Ley 22.278, más precisamente lo indicado por la norma en cuanto a la facultad brindada al

administrador de justicia de atenuar el quantum de la pena que ha de imponerse como sanción y de reducir la misma a la escala del monto estipulado para ese delito sí que quedase este tentativa. Como se desarrollará en próximos capítulos el tema conflictual a nuestro entender surge, entre otros motivos, por la opacidad de la ley en no ser clara y específica de cómo debe determinarse el número o quantum de la pena para un determinado ilícito, en nuestro ordenamiento el único parámetro legal normado es el decreto ley tratado en el fallo Maldonado, pero como se verá hasta el momento en que la corte sentó dicha jurisprudencia, la interpretación de la norma variaba según quien fuese el magistrado que debía subsumir un hecho a dicho artículo en cuestión.

A continuación haremos una breve descripción del fallo Maldonado. 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. A dicha condena se le interpuso un recurso casación presentado por el Fiscal General, específicamente sobre el monto de la pena, catorce años, a todo ello la Cámara Nacional de Casación Penal decidió dejar sin efecto lo dictado por la primera instancia y hacer lugar al recurso presentado y condenar al imputado a la pena de prisión perpetua. La Cámara fundó su sentencia en la peligrosidad del individuo, indicando que se realizaba la espera de la sentencia y en una salida transitoria del centro en el que se entraba alojado el joven Maldonado había realizado otro delito violento, que por ello el tribunal primario no debiera de haber utilizado esa facultad, la indicada en el segundo párrafo del art. 4 de la 22.278, en forma favorable hacia con el imputado.

La Corte Suprema en su sentencia, de fecha 7 de diciembre del año 2005, revocó la pronunciada por la Cámara Nacional de Casación Penal. Tras un análisis de la normativa aplicable a los niños y adolescentes y de la doctrina de la peligrosidad, se llegó a la conclusión de que en su condición de no mayor, la pena no puede serle graduada al igual que a un adulto y que por eso corresponde aplicar los atenuantes del caso. 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. Fundamentando su decisión en varios puntos que deben ser considerados para poder tener magnitud de lo que este fallo marca en el ámbito de lo que denominamos proceso penal juvenil o justicia juvenil.

Entre esos puntos podemos destacar el significado de peligrosidad en cuanto que la Corte entiende que la valoración de un hecho en curso no puede ser incidente en la promulgación de la pena por el ilícito que se encuentra siendo juzgado el procesado, toda vez que dicha valoración se postularía contraía al principio constitucional de inocencia. Ello en contra punto por lo expresado en su sentencia por parte de la Cámara. Este concepto fue analizado por el máximo tribunal en vistas de lo estipulado en el artículo 41 del Código Penal. Y además la corte, en relación al nuevo hecho ilícito imputado al encartado, de ser condenado *“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”*.

Otro punto en cuestión es lo entendido por la Corte en cuanto a la facultad que brinda el artículo en analizado al dar poder al magistrado de ponderar la necesidad de la pena, en donde la Cámara interpreta este concepto de la norma equiparando la necesidad de imponer pena a la gravedad del hecho cometido y a la peligrosidad del joven, interpretación contraria realiza el máximo tribunal en donde destaca que la voluntad del legislador al momento de sancionar este pasaje del artículo lo hace en pos de la resocialización del joven menor de 18 años al tiempo del hecho. Asimismo se destaca la imposición de una pena que no exceda el reproche impuesto por la norma al delito citado, el límite de la pena que debe ser impuesta a un adolescente que haya sido declarado penalmente responsable, esta no puede ser superior a la medida de su culpabilidad y, en este aspecto, dicha culpabilidad se encuentra disminuida en relación a los adultos, toda vez que y vistas las normas internacionales que reafirman el principio de culpabilidad como medida de la pena.

Como último punto y en particular a nuestro interés el más importante es la determinación de la Corte Suprema de la Nación sentenciando que lo que se desprende, es 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.

1. 6 Fallo García Méndez

Para finalizar la recopilación y análisis de sentencias se trabajará sobre el fallo García Méndez, que a nuestra consideración, es el que se encuentra más relacionado con la problemática planteada, ya que puede observarse como el Poder Judicial a través de su

máximo tribunal indica que quien debe actuar en relación a la opacidad legislativa en cuestión penal juvenil debe ser el Poder Legislativo, reformulando, actualizando o creando legislación acorde a las necesidades y a los requerimientos establecidos por estándares internacionales en la materia. Asimismo, la Corte Suprema de la Nación deslinda a sus instancias inferiores de actuar de manera tal de interferir con facultades que constitucionalmente le fueran conferidas a otro poder del Estado.

Ahora si y en virtud de lo antes expuesto desarrollaremos en análisis de la sentencia en cuestión. La misma fue elaborada por la Corte Suprema de la Nación, con fecha 8 de abril de 2008, a raíz de la admisión de un recurso extraordinario planteado por el Ministerio Publico Fiscal en relación a un fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en consideración a un habeas corpus por la Fundación Sur Argentina a través del Dr. Emilio García Méndez y la Dra. Laura Musa, el cual fuese aceptado por la Cámara antes mencionada en favor de los adolescentes alojados en distintos Centros de Régimen Cerrados de la ciudad de Buenos Aires por delitos cometidos antes de haber cumplido los 16 años de edad.

En tribunal de alzada ante el pedido de esta ONG declaró la inconstitucionalidad el régimen penal de menores normado por el Decreto Ley N° 22.278 y ordenó la progresiva liberación de los jóvenes detenidos en el ámbito de la CABA, como así también exhorto al Poder Legislativo a que un plazo no mayor a un año adecue la normativa en dicha temática en concordancia a las convenciones y pactos internacionales ratificados por la Argentina y la imposición de un sistema integral en coordinación con la Ley 26.061. Asimismo, dicha autoridad encomendó a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar para la adecuación de los sistemas integrales de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

En virtud de lo antes expuesto la Corte Suprema de la Nación, como ya hemos mencionado, revoco el fallo de la Sala III en virtud de los fundamentos que se detallan a continuación, a saber:

Citando a la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Corte indica *"La Convención dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños "a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] 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" (art. 40.3).¹⁶ imponiendo la importancia de la adecuación de la normativa vigente en nuestro país en relación a los estándares internacionales ratificados y con jerarquía constitucional.

Y en relación a lo anterior dice "5º) *Que estos derechos especiales que tienen los niños por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema. 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 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.*"¹⁷ en este último punto se puede apreciar la invalidez que destaca el máximo tribunal en relación al decreto ley elaborado en tiempos de la última dictadura cívico militar de nuestro país, todas vez que el mismo no considera a los niños y adolescentes como sujetos de derecho sino como entes a ser tutelados por el Estado, asimismo se aprecia el gran poder que brinda dicha norma como facultad exorbitante a los magistrados en la "disposición" de los menores. En su observación sobre la sentencia la Corte no desacredita el análisis y el diagnóstico planteado sobre la problemática situación normativa y su contraste con la realidad imperante que realiza la Sala III, pero si la forma que en la cual esta provee una solución ha dicho conflicto. Es por ello que tanto el tribunal de alzada como la Corte coinciden en que la norma actual debe, por lo menos, actualizarse y entrar en concordancia con los estándares requeridos para así no vulnera aún más los derechos de los niños. El tema surge de qué manera se debe realizar esta adecuación, es decir a través de una resolución pretoriana o de la manera lógica en cualquier república, la cual será por medio del Congreso de la Nación.

"...las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas,

¹⁶Fallo de la Corte Suprema de la Nación "García Méndez Emilio y Musa Laura s/ causa n° 7537" Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>

¹⁷Fallo de la Corte Suprema de la Nación "García Méndez Emilio y Musa Laura s/ causa n° 7537". Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>

*como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte.”*¹⁸ ante lo antes expresado la Corte entiende que no puede ser ésta indiferente a la situación normativa actual y ante el prolongado tiempo que transcurre hasta tanto el poder correspondiente tome cartas en el asunto y adecue la legislación, más aun en una temática tan sensible como la que estamos tratando. Y es por esto que más adelante solicita, la Corte, al Poder Ejecutivo que en concordancia con lo estipulado por la Ley 26.061 y de acuerdo a lo en ella expresado, se coordinen acciones a través de políticas públicas a nivel nacional provincial y municipal, es decir, que los organismos administrativos correspondientes adopten las medidas que son de su pertinente facultad y las cuales les resultan de carácter indelegable.

En virtud del pedido de inconstitucionalidad del Decreto Ley 22.278, la Corte expone que la Ley 26.061 y su implementación, únicamente derogó la Ley 10.903, entendiéndose que la interpretación de la 22.278 se debe realizar en concordancia, en equilibrio con el plexo normativo vigente y en vista de lo estipulado por la Ley 26.061.

A fin de dar cierre al presente fallo se citara a continuación el resuelto del mismo: “En consecuencia, se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.”

1. 7 Fallo O, AR

El presente caso resulta de la apelación llevada adelante por la Defensa Oficial del joven O, AR ante la sentencia del Tribunal Oral de Menores N.º 1 con fecha 7 de abril de 2015 en la ciudad de Buenos Aires, en donde se condenó al antes mencionado como coautor penalmente responsable del delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada, a la pena de un año y seis meses de prisión y costas, cuyo cumplimiento dejo en suspenso.

¹⁸Fallo de la Corte Suprema de la Nación "García Méndez Emilio y Musa Laura s/ causa n° 7537". Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>

El hecho del cual se lo culpa a O, AR se registró en un local de ropa deportiva y el mismo quedo acreditado tanto por la declaración de los testigos y víctimas como lo registrado por el circuito de video obrante en el lugar. Dicha resolución judicial se llevó adelante a través de un juicio abreviado, y en tanto los magistrados del tribunal plantearon como principal fundamento para su sentencia que *“el causante no ha demostrado un firme propósito de recuperación, dado que no ha acatado ni observado los diferentes espacios asistenciales que se le brindaron. Para ello, indicaron que el joven no reconoce en su adicción una problemática, y además valoraron que el abandono de actividades en las que se lo había incluido y que haya tenido incidentes con algunos de los jóvenes alojados en el mismo Centro de Régimen Cerrado (C.R.C).”*

Ante esto el Defensor Público Oficial interpuso recurso de casación, en donde se explicó que en el fundamento que planteo el tribunal se omitió analizar la totalidad de las pautas estipuladas en el art. 4 del Ley 22.278, indicando así mismo que la interpretación y la aplicación de la norma *“de manera incongruente con los principios que impone el paradigma de protección e integración de la infancia y la adolescencia.”*, solicitando la absolución de su defendido, ya que no se interpretó armónicamente el artículo en cuestión con la causa y que ningún delito a priori se encuentra exento de ser considerado absuelto bajo lo estipulado por la norma.

Ante el pedido del defensor la fiscalía expresó, en contrario posición, que el adolescente no podría ser merecedor de la absolución judicial del proceso, debido a que el mismo no presentó al momento un interés verdadero por su desarrollo educativo, como así tampoco en la realización efectiva de un tratamiento acorde a su conflictiva adicción, asimismo, destaca la falta de compromiso del encausado para con las actividades que debiese este llevar adelante dentro del centro de régimen cerrado que se encontraba alojado.

Lo antes expuesto se desprende de un pasaje del voto del juez Horacio Leonardo Días, quien a ratifica lo planteado por el fiscal diciendo que *“el tribunal deduce la necesidad de imponer pena al menor, habida cuenta del delito perpetrado y el escaso compromiso asumido. En suma, concluye que la respuesta no puede ser otra que la condena, puesto que de otro modo se desnaturalizaría el significado de tan importante beneficio que no puede alcanzar a todos por igual, sino a aquellos que han demostrado un firme propósito de recuperación. En razón de lo cual, el Tribunal justifico la imposición de una pena de un año y seis meses de prisión, de ejecución en suspenso.”* Este fundamento debería entenderse a la luz, tanto del informe de expediente tutelar del

joven como así también de la cabal demostración de los hechos que a este se le imputan. Dicho voto fue en rechazo del recurso de casación planteado por la defensa del joven.

En caso contrario se expusieron los votos de los jueces Dr. García y Dr. Bruzzzone, quienes coinciden que los fundamentos planteados en la sentencia por parte del Tribunal Oral de Menores, resultan insuficientes en cuanto y aludiendo que el defecto de fundamentación afecta la validez de la sentencia. A su vez en la argumentación del Dr. García se indica en forma clara y específica la utilización por parte de los magistrados de primera instancia la cita de frases y/o párrafos completos del fallo Maldonado y utiliza estos en forma genérica en la sentencia agravada. A ejemplo cito, *“recientemente esta Sala se ha visto llamada a revisar otra sentencia del mismo Tribunal Oral de Menores en donde a la letra se reproducen los mismos clichés (confr. el citado caso “Brest Jonathan Emiliano”), lo que pone en evidencia, con toda crudeza, que la decisión sobre la necesidad de aplicación de pena no se sustenta en ninguna consideración concreta del hecho sometido a juicio y sus modalidades, sino en una argumentación aparente que se reviste de frases genéricas que pueden utilizarse en cualquier sentencia.”*

En razón de lo antes expuesto, y como se adelantara, el voto de los restantes camaristas resulta favorable al recurso de casación presentado por la defensa publica del imputado.

CAPITULO IV

1. PROBLEMÁTICA

“En el derecho penal juvenil argentino subsiste una pregunta que encuentra respuestas diversas en las jurisprudencias de los tribunales penales inferiores. Se trata de saber cuál es la pena que corresponde aplicar en los casos en los que son declaradas penalmente responsables personas que tienen entre 16 y 18 años de edad no cumplidos al momento de cometer el ilícito motivador del reproche penal. ¿Puede ser un menor imputable condenado a una pena idéntica que un adulto por el mismo hecho? ¿Debe ser condenado a una pena diferente? ¿Cómo se construye normativamente esa diferencia?”¹⁹

Para el análisis de la problemática se planteará un esquema dividido en dos grandes partes, la primera estará relacionada con concepto de Pena y todas sus derivaciones y las teorías que se han presentado a lo largo del tiempo, así también lo

¹⁹ Mary Beloff/Directora. 2017. Capítulo La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad. Nuevos problemas de la justicia juvenil. pp. 89. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires 2017

indicado en el Código Penal en sus artículos 40 y 41, y en esta parte, pero en una segunda etapa se desarrolla todo lo que se expone a través de la Convención de los Derechos del Niño, y ciertas declaraciones del órgano de seguimiento de ésta, como así también más profundidad sobre la Ley 26.061, en ambos casos, tanto en la normativa internacional como en la interna, se puntualizará en los aspectos relativos a la necesidad de imposición de pena para un delito cometido por un adolescente cuando ese no haya aún alcanzado la mayoría de edad.

1.1 Pena

Como hemos indicado en párrafos anteriores se entiende que dentro de la estructura del derecho penal se debe primeramente diferenciar que, por un lado, corresponde a la cuestión o estudio de la teoría del delito la presencia o existencia de un delito, el cual entendemos como aquella acción, típica, antijurídica y culpable. Y por otro lado debemos relacionar con el estudio de la teoría de la pena toda sanción o reproche penal a dicha acción antes descrita y que a fin de poder poner un funcionamiento esa penalidad la misma debe de determinarse en su quantum.

Es por ello que a fin de dar inicio al planteo de la problemática en cuestión, creemos que es necesario hablar, entre otros puntos importantes, de la pena, de su finalidad y de sus diferentes teorías; para comenzar se puede citar a Jakobs quien sostiene que *la pena es la reacción frente a un quebrantamiento de la norma*, y que dicha reacción siempre recae en quien es responsable de ese quebrantamiento. En nuestro estudio tendrá vital importancia la mensuración o individualización de la pena, punto en el cual el magistrado pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada. En resumen podemos decir que se entiende que la ponderación del ilícito es la cuantificación de la culpabilidad.

En cuanto a las teorías del delito, de lo cual ya bastante se ha escrito y donde aún se siguen debatiendo las diferentes posturas y sus correspondientes argumentos, podemos realizar un breve resumen para saber porque hablamos de ellas. Cuando hablamos de teorías tenemos que decir que las mismas responden a la cuestión de cuál es el fin o fundamento de la pena, y para ello debemos saber que es el mismo Estado quien, que es el que a través de su política criminal va a encauzar las normas y leyes hacia una determinada teoría.

1.2 Teorías de la Pena

A continuación se hará un breve resumen de algunas de las diferentes teorías de la pena que se han desarrollado a lo largo de la historia de la ciencia jurídica. Se puede comenzar por la teoría de retribución o también llamada absoluta, denominada de esta manera pues el único fin de la pena es la pena en sí y no encuentra sentido en el efecto social que ella produzca, dicha teoría podría, en cierto punto, entenderse como una evolución de la Ley del Talión, ya que el mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento. La pena es una reacción al delito concebido y de esta manera se llega a la realización de justicia.

A diferencia de otras teorías el fin de la retribución no es la prevención de un nuevo delito sino el castigo del ya cometido, es decir que solo mira hacia el pasado y no hacia el futuro. Esta teoría entiende al sujeto como aquel que pudiendo obrar con respeto hacia la norma realizó todo lo contrario y violó ésta, es decir actuó, a sabiendas en forma negativa a la ley. En relación al tema tratado en este trabajo, es decir cómo se determina la pena en el proceso penal juvenil con las herramientas normativas que cuentan los operadores de la justicia, podríamos tomar cierta característica de mucha importancia de esta teoría para su análisis, y ella es que la medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

En contrapunto a la teoría antes desarrollada, a la cual debemos encuadrar como absoluta, surgen las teorías relativas de la pena, que como su nombre lo indican conllevan fines diferentes a la retribución, es decir que su fundamento se basa en el poder de motivación por parte de la misma para la prevención en la comisión de delitos. Prevención, y ahora hablamos de una mirada hacia adelante hacia el futuro y no nos quedamos únicamente en el castigo penal a un hecho cometido en el pasado. Esta teoría a su vez se divide en prevención especial y prevención general, en donde hace foco el alcance de la pena, la primera sobre el individuo que cometió el delito y la segunda sobre la sociedad, expandiendo la consecuencia de la infracción cometida.

Sobre la teoría de prevención especial podemos decir que el fin de la pena es evitar que el autor vuelva nuevamente a cometer un ilícito, es decir recae sobre la prevención de la reincidencia. No quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del individuo culpable del hecho. También es importante destacar que es el punto más lejano en contraparte a la teoría de la retribución, ya que no mira el hecho pasado sino que se vuelca en forma total

en el futuro y la prevención, y se la denomina relativa porque concepción primaria es la evitación de un nuevo delito. Entendiendo que una característica destacada de esta teoría se funda en la necesidad de resocialización del individuo, factor muchas veces atacado en pos de la libertad individual, de cómo el Estado debe o no tener la potestad de moldear las personalidades o conductas de un ciudadano, lo que podría caer en una ilegitimidad de la resocialización coactiva.

Por otra parte también se encuentra la teoría de prevención general la que se encuentra dirigida hacia la sociedad, y que de manera abstracta coacciona a los individuos pertenecientes a esta a la no comisión de delitos o la vulneración de las normas, y la cual se materializa a través de las sentencia de los magistrados cuando efectivizan la condena del autor de un delito y de esta manera mostrando al resto de la población cual sería la consecuencia de una transgresión. La finalidad de la pena no se posiciona sobre el autor del hecho, es por ello que con esta teoría general no se plantea la necesidad de llegar a la determinar la culpabilidad del autor, ya que su finalidad es la de motivar a la sociedad a no cometer un ilícito transgrediendo las normas.

A su vez la teoría de la prevención general posee dos aristas, una es la prevención positiva, utilizada para valorizar o darle fuerza a la estructura normativa, a la concepción de justicia de predominio del derecho ante la mirada de la sociedad, y la otra la posición de la prevención negativa, ya ésta enfocada en la motivación puntual para la no vulneración de los parámetros impuestos como colectividad. Ciertamente que estas funciones que se le intentan imponer como finalidad a la teoría de prevención, por decir la coacción psicológica sobre los individuos, no es de sencilla medición ya que la psiquis de cada persona no es similar a la de otra y la reacción a una determinada norma puede generar formas de diversa actuación.

En virtud de lo arriba expresado debemos hablar sobre la teoría mixta o de la unión, que como su nombre lo indica posee características tanto de la prevención general arriba desarrollada como de la teoría de retribución. Esta teoría surge como una articulación entre las dos anteriores y en virtud de entender que en la realidad ninguna de las anteriores es en forma cierta completamente aplicable y cada una de ellas les cabe críticas en su implementación, pero si recopilando sus características más positivas.

En resumen y volviendo al inicio podemos decir que las teorías de la pena surgen de la necesidad de conceptualizar el fin de la pena, que un Estado debe imponer como reacción a un delito cometido por un individuo de esa sociedad, ejerciendo la restricción de derechos de dicho ciudadano. Como así también la manera de justificar el poder ius puniendi legítimo que es ejercido por el poder gobernante.

“7. (Las teorías de como debieran ser las penas) Para ello se enuncian teorías de la pena. Cada una de ellas le asigna una función diferente, pero ninguna es verificable en la realidad de modo que abarque todas las penas realmente impuestas. Cada una postula lo que la pena debe ser, pero ninguna explica cómo es; se manejan en el mundo normativo del puro deber ser, pero se desentienden de la realidad del poder punitivo. No es legítimo que el doctrinario proyecte como deben aplicar los jueces las penas reales en base a cómo deberían ser pero no son.”²⁰

Continuando el desarrollo del tema de la pena y encausando el trabajo en cuestión debemos destacar que el proceso penal juvenil en nuestro país se encuentra dividido en dos grandes parte con diversas etapas cada una, la primera el juicio de responsabilidad, explicándolo resumidamente, es en donde se determina si el adolescente primeramente es o no imputable de hecho, en este caso según su edad, y a posteriori, de serlo, se puntualizará en su responsabilidad penal, es decir si la culpabilidad del acto se le puede a este atribuir. Dicho tramo del proceso contará con diferentes pasos que en este caso no explayaré debido a que no es el foco de discusión, así mismos entendemos que se encuentran presentes en favor del procesado garantías constitucionales del debido proceso.

La segunda parte de este proceso es el llamado juicio de Cesura, momento en el cual el magistrado o el tribunal deberá, en caso de encontrarse al adolescente responsable del hecho ilícito, individualizar la pena a la cual el infractor se verá sometido. Este punto, es decir la mensuración o ponderación que la autoridad judicial realice es el foco de nuestro trabajo, ya que como hemos plasmado en capítulos anteriores, a nuestro entender la ley vigente en la temática penal juvenil posee cierta opacidad normativa que podría hasta incluso vulnerar ciertas garantías constituciones involucradas en el proceso. Como ejemplo podemos citar el artículo 4º del Decreto Ley 22.278, en donde, aun habiendo sido declarada la responsabilidad del autor en el hecho en cuestión, el juez puede a su criterio y según determinados parámetros no imponer pena alguna al encartado, es decir librar de penalidad pero no de culpabilidad al adolescente, entendiendo que en suerte del magistrado que tome la causa un detenido y responsable de un ilícito puedo o no ser plausible de cumplir una pena, ya sea esta la privación de la libertad, un tratamiento psicológico o simplemente una tarea comunitaria.

En relación a la temática penal juvenil, podemos decir que la teoría predominante en nuestro país en la actualidad, gracias a la enorme influencia de los tratados y convenios internacionales, es la de la prevención especial positiva, dicha teoría se puede apreciar en

²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni. 2009. Derecho penal y poder punitivo punto 7. Estructura básica del derecho penal. Editorial Ediar. Libro digital.

lo que se desprende de un cierto consenso entre los dictaminado por la Corte Suprema de la Nación, la Corte Interamericana y la Convención Sobre los Derechos del Niño. *“La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del precedente “Maldonado”, ha señalado con claridad que el criterio preponderante para determinar la necesidad de la sanción penal juvenil es el cumplimiento de los objetivos de prevención especial positiva.”*²¹

Hasta aquí podemos decir que hemos presentado teorías de la pena desarrolladas en varios sistemas jurídicos, dándole definida finalidad a la pena, unas desde una mirada otras desde otro punto de vista y también la conjunción entre ellas dándole una flexibilidad para la armonización de las anteriores y que han servido y sirven como inicio para la determinación de la pena.

1.3 Determinación Judicial de la Pena

En este punto y como ya hemos visto en el anterior la finalidad o función de la pena se encuentra íntimamente relacionada con la Teoría de la Pena que cada Estado a través de su sistema jurídico utilice con el fin de llegar a la determinación de la misma, es por ello que debemos hablar sobre cómo se determina judicialmente de dicha pena, mediante la cual el juez debe llevar adelante este proceso *“el cual supone un complejo de decisiones relativas a diferentes cuestiones, lo cual implica una serie de operaciones intelectuales que se realizan en diferentes niveles”*²² y para ello sabemos que se puede dar la aplicación de diferentes teorías, como ser las teorías del juego, de la pena puntual y del valor relativo.

Comencemos con la teoría del juego, la misma tiene su origen en la jurisprudencia alemana y quienes la defienden sostienen que la mediante esta teoría no se podrá tener un monto determinado para la culpabilidad pero si un marco de culpabilidad, a diferencia de la teoría puntual, ésta es flexible en cuanto brinda un ámbito para que el juez pueda determinar, no con precisión, pero si dentro de él monto de la pena a ejecutar. Dicho marco de culpabilidad tiene un mínimo y máximo dentro del cual el magistrado tiene un ámbito de juego donde la pena a fijar debe de tener fines preventivos y especiales.

²¹ Diego Freedman y Martiniano Terragni. pp. 270 Capítulo 5. Aportes para una Justicia Especializada para Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal. Colección Doctrinaria Editorial .JusBaires. Buenos Aires. Recuperado de: <http://editorial.jusbaires.gob.ar/>

²² ZIFFER, Patricia. 1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.

El inconveniente más destacado o criticado a esta teoría es que no existe en forma clara y específica un marco o ámbito de juego común a todos, y entonces estaríamos frente a una semejanza con la teoría de la discrecionalidad de los jueces, y al no poder fijarse este marco caería la determinación en lo que el magistrado considerase razonable como monto de una pena. En este punto también entraría en conflicto la revisión de esa sentencia, ya que al haber sido determinada como razonable, solo podrían ser revisadas aquellas que resultasen a simple vista de una desproporción intolerable o insostenible.

Teoría de pena puntual, ella niega la existencia de un marco o ámbito de culpabilidad, situándola en contrapunto a la teoría anterior, sus defensores sostienen que la culpabilidad es siempre fija y determinada, entonces la pena consecuente a esa culpabilidad debe ser única. En crítica sus detractores expresan que resulta muy difícil de afirmar con seguridad cual sería la pena adecuada a una determinada culpabilidad.

Por último expondremos la teoría del valor relativo o también llamada de la posición, ésta divide el proceso de determinación de la pena en dos etapas, la primera guiada por el criterio de culpabilidad y la segunda por el criterio de prevención. Propone que el juez gradúe, primeramente, la culpabilidad teniendo en cuenta la gravedad del ilícito, para luego y una vez fijada la pena, el magistrado se guíe por los criterios establecidos para la prevención especial y definirá el tipo de pena y de qué modo deberá ésta de ser aplicada. Como crítica a esta teoría es la que se les presenta a sus sostenedores al momento de dar explicación del porque se valen o guían en los criterios preventivos y no en la culpabilidad al momento de decidir qué pena a de aplicarse.

Dentro de la proceso de determinación o individualización judicial de pena, debemos destacar la importancia de los conceptos ilícito y culpabilidad, ya hemos destacado con anterioridad que la determinación legal la construye el legislador mediante la sanción de las normas, las cuales brindarán al juez un marco legal donde el juez debe moverse a fin de poder llegar a una pena justa. En cuanto al ilícito podemos citar lo mencionado por la Dra. Ziffer indicando que *“el ilícito culpable constituye la base de la determinación de la pena. En un derecho penal de hecho esto no podría ser de otro modo: el hecho decisivo no solo para considerar la posibilidad de una pena, sino que la pena debe “adecuarse” al hecho.”*²³, es decir que debemos comprender la importancia de este dentro del proceso de la individualización de la pena por parte del magistrado.

En relación a lo anteriormente expresado al ilícito culpable, debemos sumar la culpabilidad, ambos presupuestos infaltables y fuera de discusión a ser tenidos en cuentas

²³ ZIFFER, Patricia. 1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.

para la punibilidad de un hecho. En el caso de la determinación se debe plantear la problemática de la gradación del ilícito culpable, a diferencia de la teoría del delito que con solo la existencia o no del delito podemos continuar o no hacia la punibilidad.

En relación a esto la Dra. Ziffer plantea que no debe verse como una diferencia de conceptos, entre la teoría del delito y la determinación de la pena, sobre el ilícito, sino más bien un distinto enfoque, ya que desde la individualización se debe determinar cuál es la intensidad, mientras que desde la teoría del delito lo importante es definir si obran o no los presupuestos para denominarlo como ilícito culpable. No obstante ello, el juez al momento de individualización se nutre de la teoría del delito en criterios ya preexistentes para poder medir o graduar la pena en virtud del ilícito, como ser las relaciones entre consumación y tentativa o omisión y comisión, así también entre autoría y participación.

Ya destacada la importación del ilícito dentro del proceso de la individualización judicial, debemos hablar del concepto de culpabilidad y su factor determinante dentro de este, de similar forma que el anterior el presupuesto de culpabilidad debe ser graduado en su intensidad a fin de poder arribar a la precisa y justa pena posible. Es dable mencionar que se ha desarrollado una idea que la culpabilidad dentro de la teoría del delito se diferencia de la de individualización en tanto la primera no debe ser graduada. El legislador impone un marco legal para la pena, y el juez en este caso fija un ámbito aún más estrecho y delimitado en donde fijar la pena en relación a la intensidad de la culpabilidad, y de esta manera acercarse a la más justa pena posible.

Como conclusión y resumiendo lo antes expresado, podemos decir que el proceso de determinación o individualización de la pena judicial es llevado adelante dentro de un marco legal estipulado por el legislador al momento de la elaboración de las normas. Y que es el juez quien valiéndose de ese marco genera un ámbito en el cual pondera y valora diferentes aspectos, como ser el ilícito y la culpabilidad, agravantes y atenuantes, los fines de la pena y otros, a fin de llevar adelante la laboriosa tarea de determinar qué pena es la más justa posible según el caso frente así.

1.4 Artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino

“Los factores que inciden en la determinación de la pena, aquellos que el juez debe tomar particularmente en cuenta al individualizar la sanción, han sido simplificados en la doctrina tradicional, refiriendo que se trata del conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas mencionadas en el artículo 41 del Código Penal.”²⁴

²⁴ Abel Fleming y Pablo López Viñals. 2014. Las Penas Los factores puntuales que inciden en la determinación de la pena pp. 351 Capítulo IX. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Libro impreso

A fin de continuar con la presentación de la problemática en cuestión y puntualmente en lo referido a la determinación legal e individualización judicial de la pena, haremos un análisis de lo estipulado por la en los artículos 40 y 41 de nuestro Código Penal, teniendo en cuenta que al momento de la ponderación de la pena los operadores judiciales se encuentran enmarcados en lo normado por estos artículos, así es que podemos decir que es dable indicar que *"La técnica legislativa preferida dentro del sistema argentino, sin embargo, no es el recurso de penas absolutas o catalogadas, sino a penas relativas, de un predominio casi total en el código argentino. A cada tipo le corresponde un marco penal, dentro del cual el juez debe fijar cuál es la pena adecuada al caso que se le presenta."*²⁵ Estos artículos del código plantean la necesidad de contar dentro de una discusión por el quantum de la pena dos conceptos puntuales, por un lado los agravantes de caso y por el otro los atenuantes, estos preceptos se desarrollan en el artículo 41, pero los mismos son citados por el anterior para dar un acercamiento a la sanción requerida.

A ejemplo de lo anterior y a fin de dar una mirada un poco más amplia al tema tomaremos como legislación comparada en estos artículos puntualmente lo dispuesto en códigos de países limítrofes, por citar algunos podemos hablar de Chile, Uruguay o Brasil, en donde su normativa expresa claramente una y sin dejar matices cuales circunstancias se encuadran dentro de los agravantes y cuales dentro de los atenuantes, en Chile, el Código Penal en su artículo 11 indica los atenuantes como ser, para enumerar algunos, haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación. En tanto en su artículo siguiente, describe las circunstancias a ser tenidas como agravantes, cometer el delito contra las personas con alevosía, cometerlo mediante precio, recompensa o promesa, prevalecer el carácter público que tenga el culpable, entre otros. Ya en su artículo 13 el código analizado determina el grado de parentesco como circunstancia agravante o atenuante a tener en consideración. Todo esto a lo que respecta el breve estudio de estos artículos del Código Penal de Chile.

De casi similar manera tanto la codificación de Uruguay como la de Brasil, se asemejan a la chilena en su separación en diferentes artículos de la determinación puntual de cuales situaciones se deberán de consideración como circunstancias atenuantes y cuales como circunstancias agravantes. En el caso de Uruguay en sus artículos comprendidos entre el art. 47 y el art. 50. En cuanto a la República Federativa del Brasil

²⁵ ZIFFER, Patricia. 1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.

los artículos son el 61, 62, 65, 66 y 67. En los tres casos puestos como ejemplos se puede discernir que hay una cierta coherencia en algunas circunstancias detalladas como atenuantes y agravantes, pero lo que puntualmente debemos resaltar es que en los citados códigos se ve claramente cómo se encuentran separadas en diferentes artículos las circunstancias a tener en cuenta para la determinación del quantum penal, por un lado las atenuantes y por otro las agravantes. Sin perjuicio de lo antes desarrollado se indica que ampliaremos en otro capítulo la situación respecto de la legislación comparada en ciertos temas puntuales el trabajo en cuestión, sumando a los países citados codificaciones y leyes de naciones de Norteamérica y de Europa tanto continental como sajona.

Lo anteriormente expresado viene en relación a lo estipulado por nuestros legisladores en el Código Penal Argentino, en donde se definen distintas situaciones, como en los códigos analizados, pero a diferencia de estos no se precisa que circunstancias deben ser de tenidas en consideración como atenuantes y cuales como agravantes, ya que deja a de los operadores jurisdiccionales y según el caso en estudio una situación puntual podría ser tenida en cuenta tanto como atenuante o como agravante del hecho ilícito en análisis. La labor del legislador es brindar al magistrado los parámetros en los cuales debe atender el hecho en estudio. *“Es dable pensar que el juez da termino a la tarea de individualización de la pena que ha comenzado el legislador. Pero no es tan sencillo, como que se producen conflictos continuos, debido no solo a la imprecisión del lenguaje legislativo sino a que utilizando el sistema de penas flexibles el legislador ha admitido que el juez pueda resolver prácticamente a su arbitrio.”*²⁶ Habiendo destacado esta importante característica podemos avanzar en un análisis de los artículos que son la fuente primaria utilizada para llevar adelante una determinación judicial de la pena en nuestro país, tanto para el juez o tribunal como para los diferentes operadores judiciales. Asimismo, y en cuanto a nuestro trabajo en cuestión debemos también afirmar que dichas parámetros son tenidos en cuenta como fuente dentro de todo hecho que se encuentra siendo encausado en el proceso penal seguida por parte del Estado a un adolescente acusado de la comisión de un supuesto ilícito.

El Código Penal Argentino fue sancionado mediante Ley N° 11.179 en el año 1921, el mismo ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de este tiempo, indicando que no es nuestra intención realizar un extenso estudio del origen o antecedentes que vislumbraron el nacimiento de esta ley, es por ello que sin más y retomando lo hablado en forma precedente desarrollaré una pequeña descripción de lo normado en el Libro V

²⁶ Marco Antonio Terragni. 2017. Pautas para la individualización de la pena pp. 206 puntos 37 Capítulo V. Proporcionalidad de la Pena. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Libro impreso

Imputabilidad de las Disposiciones Generales, a saber: “*artículo 40: En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.*” y, “*artículo 41: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:*

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir; especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.”

Cabe mencionar que a las circunstancias agravantes y atenuantes ya detalladas en el artículo 41 se le han adicionado mediante diferentes reformas del código nuevas situaciones que deben ser merituadas al momento de la formulación y determinación de la pena. Dichos apartados, el bis, ter, quarter y quinquies, incluidos en las reformas de los años 2000, 2003, 2011 y 2016. En estas ampliaciones se incorporaron distintos tipos de delitos en los cuales las circunstancias en cuestión también podrán ser tenidas en cuenta al momento de la ponderación de la pena a aplicar.

En ilícitos en donde el imputado es un adolescentes se debe tomar lo normado en estos dos artículos, pero en forma primaria lo estipulado en el art. 4° del Decreto Ley 22.278, considerando que se den los tres preceptos allí normados, es decir que se haya declarado la responsabilidad sobre el hecho, que tenga los dieciocho años de edad cumplidos y la presentación del informe tutelar, con no menos de un año de permanencia en alguna institución acorde. Una vez analizadas estas cuestiones el juez o tribunal tendrán la potestad, otorgada por este mismo artículo, de aplicar o no una sanción, es decir que a sabiendas del cumplimiento de los preceptos, el adolescentes puede quedar sin ser pasible de una sanción pero si de haber sido encontrado culpable en la acusación en la comisión de un delito. Por otra parte también se tiene la posibilidad de, si es necesaria la aplicación de una pena, la misma puede ser impuesta como si el delito hubiere sido

quedado en el grado de tentativa. Este análisis de este artículo en forma puntual será desarrollo en su estudio en forma más pormenorizada en títulos siguientes.

1.5 Convención sobre los Derechos del Niño y reglas internacionales

En este caso se analizará en forma puntual los artículos de la presente convención que conlleven alguna relación con la temática tratada, es decir, donde ésta fuente de derecho internacional menciona la necesidad de imposición de sanción para quien sin ser aún mayor de edad, pero si se le pudiese declarar como imputable un hecho ilícito, y como el Estado deberá actuar en consecuencia.

Así podemos observar lo concluido en el art. 37 de dicha convención en donde rescatáramos ciertos pasajes como por ejemplo lo expresado como que ningún niño deberá ser sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes de su condición de persona, esto en relación al momento de la fijación de una condena a un adolescente, cuya pena deba en forma ineludible ser proporcional al hecho por el cual se le hace responsable de su acto. Asimismo, y en el mismo inciso A del artículo en cuestión debemos subrayar que en forma categórica se deja claro que no se podrá imponer pena capital ni prisión perpetua, salvo que la ley prevea la salida condicional, a jóvenes que no hayan cumplido los 18 años al momento de cometer el ilícito. Este último punto es de suma importancia a la temática tratada ya que por un lado nos fija un máximo de pena a aplicar y determina la imposibilidad de incluir modificaciones constitucionales que puedan llegar a sumar la condena a muerte de un imputado de un delito.

Continuando en el mismo artículo debemos hablar de lo normado en su inciso B, en donde explicita que ningún niño podrá ser privado de su libertad sin ley que lo regule, como así también todo el proceso que conlleve su detención como sanción. A su vez insta que dicha privación de libertad sea el último recurso a utilizar por el órgano judicial, y que el mismo tenga como vista principal la protección del interés superior del niño. En este inciso podemos decir que llama a los Estado, primeramente, a una adecuación de su normativa interna para que la misma coincida con los estándares internacionales y con los compromisos que como nación han sido asumidos, en nuestro caso, entendemos que existe aún la actualidad una discordancia o dicotomía en cuanto a la normativa vigente, ya que para toda determinación de la imposición y el monto de una sanción en el ámbito del proceso penal juvenil se deben ponderar tanto el Decreto Ley 22.278 como la Ley 26.061, esto como mínimo, a lo cual hay sumar el código de fondo, la carta magna y los diferentes tratados y convenios firmados y que revisten carácter o jerárquica constitucional. Es por ello que creemos que la opacidad legal en este aspecto no solo no

se encuentra en concordancia con niveles internacionales, sino que podría en ciertas situaciones vulnerar algunos aspectos de los derechos procesales de los niños y adolescentes.

En cuanto al punto sobre la utilización de la privación de la libertad como último recurso o última ratio, también podemos decir que influye en el magistrado al momento de determinar si corresponde una sanción de privación y de serlo así, que quantum de condena es la que sería proporcional a este precepto. *“Las circunstancias personales no solo pueden servir para determinar el grado de culpabilidad apto para graduar la cantidad de la sanción adecuada, sino también para establecer la pena justa en términos de proporcionalidad, en consideración de la naturaleza de la pena aplicable. En este aspecto no hay duda de que la multa debe ser proporcionada a la capacidad económica del penado, mientras que en los supuestos de penas privativas de libertad juegan un importante rol sus expectativas de vida.”*²⁷

Otro artículo a tener en cuenta en lo referido al proceso penal juvenil es el número 40, en él se da cuenta de varias pautas a ser consideradas en forma imperativa en virtud de la no vulneración de derechos durante el proceso que se es seguido a un niño imputado o no de un delito. Así también nos habla sobre la reinserción del niño en sociedad, este punto tiene una íntima conexión con lo ya antes referido en virtud de la prohibición en la aplicación de penas de reclusión perpetua, ya que estas no contemplarían una resocialización del joven, ya que el mismo al cumplir la misma estaría privado de su libertad un periodo mucho mayor al cual paso en libre a lo largo de su vida.

También debemos hablar de otras guías o fuentes internacionales que deben de ser tenidas en cuenta al momento de la determinación de la pena a un joven declarado culpable de la comisión de un delito, en este caso la Reglas de Beijing en su artículo N° 17 en su punto 1.1 inciso A en donde se especifica que las respuestas al delito siempre deberán ser proporcionales a tres factores con la misma importancia unos y otros, las circunstancias y gravedad del delito, la situación y necesidades del niño y la necesidad de la sociedad. En este punto se hace un foco tripartito, y no solo se centraliza en la penalidad o sanción sobre la culpabilidad del delito como única respuesta. Para poder entender esta prerrogativa se debe ver que el juez o el tribunal interviniente necesariamente ponderarán una serie de aspectos que no solo hacen al hecho delictivo en sí, sino que se ampliara la visión abarcando la situación y necesidades del joven culpable del ilícito, sus

²⁷ Abel Fleming y Pablo Lòpez Viñals.2014. Las Penas. Los factores que inciden en la determinación de la pena, punto 23 Las circunstancias personales del autor pp. 393 Capítulo IX. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Libro Impreso

circunstancias personales y con la misma importancia la necesidad que la sociedad posee justificadamente de una sanción por el quebrantamiento de una norma, este último precepto pude vislumbrar un enfoque hacia la llamada justicia restaurativa, en donde la reparación del daño causado no solo se puntualiza en la penalidad del individuo y la gratificación, por decir de algún modo de la víctima, sino que también la relevancia de del espíritu de la sociedad como conjunto.

Otro parámetro a ser considerado por los magistrados, siguiendo las normativas del ámbito internacional, son las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Niños Privados de la Libertad que, no son más que recomendaciones y, por ende, no son obligatorias, algunas han sido tenidas en consideración de manera vinculante en varios fallos que marcaron jurisprudencia. En este caso se destaca, en relación a la problemática de la determinación de la pena, un principio fundamental de estas reglas el cual dice que "La privación de la libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el periodo mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales". Aquí vemos, más allá de lo en abundancia expresado por los instrumentos internacionales en relación a uso de la privación de la libertad como último recurso, la recomendación de, en el caso de la necesidad de encierro, este fuese por el mínimo lapso de tiempo posible. Entendiese que todo encierro, por más breve en tiempo fuere, deja una marca en la personalidad del niño condenado.

A su vez debemos destacar que en varias ocasiones la jurisprudencia nacional, ya sea esta de primera o segunda instancia como así también la producida por la Corte Suprema de la Nación, fundamentan sus sentencias utilizando ciertos argumentos esgrimidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por poner un ejemplo podemos citar el fallo Mendoza y otros contra la República Argentina.

Como conclusión de este punto donde hablamos de la fuente internacional a tener en cuenta al momento de la fijación del quantum de la pena, se puede decir que la tendencia en los estándares o reglas internacionales es hacia la aplicación de la sanción o pena solo como ultima ratio, los Estados se encuentran obligados, en esta puntual temática por nosotros tratada, a evacuar todas las posibilidades anteriores a la privación de la libertad de un joven declarado culpable de un delito. Asimismo, se deberá velar por la no vulneración de los derechos y garantías procesales que poseen todos los individuos más allá de su edad.

1.6 Ley N° 26.061

Ya analizada la fuente internacional a través de la Convención y las Reglas de Beijing, pasaremos a ver lo indicado en nuestra legislación especial sobre niñez y adolescencia, en este caso lo normado por la Ley 26.061 en relación a la necesidad en la aplicación de una sanción o pena en el proceso penal juvenil. Como ya hemos mencionado en capítulos anteriores, esta ley derogó la 10.903, también llamada Ley de Patronato de la Infancia, la cual ponía al niño en el estatus de un individuo que debía ser tutelado, ya sea porque hubiese cometido un delito o haber sufrido el abandono parental, no haciendo diferencia entre una u otra situación. Con la firma por parte de nuestro país de la Convención Sobre los Derechos del Niño, una de las principales pautas a seguir era la adecuación de la normativa interna a estándares internacionales, es por ello que en el año 2005 se sanciona la Ley 26.061.

Retomando el tema que nos compete, y en relación a la ley analizada, debemos indicar que no se formula, en ella, artículo específico referido a la determinación de la pena o de parámetros a seguir con el fin de arribar a un quantum lo más cercano posible al grado de culpabilidad de un hecho, a imponer a quien no siendo mayor de edad se lo declare culpable del mismo, es correcto decir que la presente ley no regula situaciones de derecho penal, sin perjuicio de lo antes dicho debemos señalar que la presente impone como obligación al Estado la acción de fortalecer el sistema integral de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y dentro de éste incorporar al sistema penal juvenil. Además, hay que agregar que la norma tiene como fin la protección integral del niño, y como expresa la Convención, se denomina niño a toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad, entonces debemos decir que uno de los objetivos primarios de esta ley es la de armonizar las normas en vigencia relacionadas con la niñez e infancia, en el ámbito de nuestro estudio el Decreto Ley 22.278, y los lineamientos proclamados a nivel internacional. Esto significa que al momento que un tribunal o cualquier actor judicial se encuentre ante la tarea de individualizar la pena o sanción que se la ha de aplicar a un joven, deberá prestar atención de manera ineludible, a esta ley.

En virtud de lo antes comentado podemos concluir que la utilización de la presente ley, en relación a la temática por nosotros planteada, debe recaer sobre diferentes puntos a ser tenidos en cuenta al momento del planteo de la imposición de una sanción o pena, primariamente evaluar sobre la necesidad de la misma, en caso de si ser necesaria esta que la ella sea estrictamente proporcional a la culpabilidad, que sean respetados los convenios, pactos y reglas internacionales que alcanzan, en nuestro ordenamiento jurídico, jerarquía constitucional. Una vez más decir que de ser necesaria la privación de la libertad

de un joven, ella sea como ultima ratio, y habiéndose tratado de utilizar los anteriores recursos. Asimismo, y como hemos indicado anteriormente servir como una norma que sea utilizada para armonizar con las diferentes leyes nacionales, que aun no habiendo sido actualizadas, se encuentran en vigencia en nuestro país.

1.7 Decreto Ley N° 22.278

Ya en esta sección del capítulo destinado al tratamiento de la problemática puntual referida a la determinación de la pena en el proceso penal juvenil, debemos centrarnos en la normativa vigente en nuestro país, en este caso la 22.278. Como ya hemos desarrollado en capítulos anteriores, dicha normativa fue sancionada durante el último gobierno de facto y la misma cumplirá cuarenta años de vigencia, con casi ninguna modificación sustancial, es sobre ella que se encuentra, en casi su totalidad, basado el funcionamiento del régimen penal de la "minoridad". En la actualidad y, ya con veinte años de la Convención Sobre los Derechos del Niño, nuestro país y desde el Poder Legislativo no se ha sancionado una reforma o una nueva ley que se adecúe a los estándares internacionales en lo que se refiere específicamente a la temática penal juvenil, la Ley 26.061 solo es utilizada, en la práctica, como armonizadora entre la anterior y lo firmado por nuestro país en cuanto a pactos y convenios que alcanzan jerárquica constitucional.

Como ya hemos desarrollado con anterioridad, sabemos que dicha norma brinda potestades amplísimas a los magistrados que entienden en causa donde se encuentre en debate la comisión o no de un delito por parte de un adolescente. Este punto es de relativa importancia en el trabajo que venimos exponiendo, teniendo en cuenta que no solo esta facultad que poseen quienes imparten justicia obedece únicamente a la disposición tutelar de los jóvenes, sino que, y acá el tema puntual tratado, ello también difumina la suerte de todo aquel que está siendo juzgado por algún ilícito, pudiendo, a su sano criterio y bajo los tres presupuestos anteriormente nombrados, condenar, aplicar una pena menor o absolver a dicho imputado.

1.7.1 Artículo 4° punto 3°

Comenzaremos por analizar el punto 3° del artículo 4°, es decir empezaremos desde el último hacia el primero de los presupuestos o requisitos que se poseen como previa acción a la determinación de la pena. La norma estipula lo siguiente: "3° - *Que haya sido sometido a un periodo de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.*" Empezaremos por este punto, entendiendo que es el más relacionado con el antiguo paradigma del niño como objeto a tutelar, el cual,

como ya hemos hablamos deviene de los comienzos legislativos del interés del Estado por sobre los niños y adolescentes, ya sean indicados como autores de algún delito o por el solo hecho de encontrarse en situación de abando o vulnerabilidad. Iniciando dicho accionar estatal con la Ley de Patronato de la Infancia o también llamada Ley Agote, primeros años de siglo anterior, y llegando hasta la actualidad con este Decreto Ley el cual sigue vigente gracias a su aplicación por parte de los magistrados y por la poca intención político-legislativa de llevar adelante una notificación que lleve a una legislación en pos de la protección integral de los derechos del niño, no solo para adecuarla a estándares internacionales sino para no vulnerar derechos procesales consagradas en nuestra carta magna.

Para poder tratar el tema de la informe tutelar que se debe realizar para poder dar crédito de una intervención sobre el niño o adolescente, debemos dirigirnos al artículo 3° en su punto A, de la norma en estudio de donde se desprende esta facultad que se posee por sobre el destino de los menores, a saber: *"ARTICULO 3° - La disposición determinara:*

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquel mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; ... La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad."

Cabe destacar que los magistrados son quienes regulan o armonizan sus sentencias teniendo en cuenta lo normado por el artículo del párrafo anterior, el cual por muchos años fuera utilizado con una discrecionalidad no muy cuestionada, y que hace ya unas dos décadas, podríamos decir desde que se empezara a dar un cambio de paradigma hacia la protección integral de los derechos del niño, su utilización viró hacia una prevención especial y a establecer ciertas medidas del tipo socioeducativo como finalidades inherentes al tratamiento tutelar, es decir sobre el interés superior del niño. Pero como hemos dicho, siempre partiendo del entendimiento e interpretación del magistrado, ya que la vigencia del artículo cuestionado no ha sufrido modificación legislativa alguna con el paso de los años y con el enfoque del niño como objeto a tutelar en franco desuso. Es por ello que no debemos dejar de destacar el enorme esfuerzo que llevan adelante en sus fallos quienes deben impartir justicia al verse obligados a armonizar en forma constante normas que, podría decirse en cierto punto desactualizadas, con parámetros que a nivel internacional poseen un peso de vital importancia en el ámbito de la infancia. *"En este sentido, es loable destacar el esfuerzo de los magistrados para buscar correctas*

*hermenéuticas interpretativas que permitieran compatibilizar el vilipendiado pero vigente régimen penal de la minoridad con la moderna doctrina internacional, orientada por el enfoque de derechos humanos.*²⁸

En cuanto a lo puntualmente establecido en el punto 3º del artículo 4º sobre la necesidad del informe tutelar y el plazo no menor a un año de tratamiento tutelar, es dable aclarar cual es el procedimiento llevado adelante en este caso, primariamente se debe de cumplir el año de haber sido dispuesto en tratamiento en forma judicial, efectuado este lapso de tiempo el tribunal puede realizar la segunda sentencia sobre el encartado, recordemos que previamente el joven debe de haber sido declarado, mediante juicio, culpable del delito en estudio. Pero que es lo que ocurre en este periodo de tiempo en que el adolescente se encuentra bajo tratamiento, bueno por una parte el mismo puede ser alojado tanto en un sistema de régimen de socialización total o parcialmente cerrado, llamados vulgarmente institutos o residencia de menores, o mismo en una comunidad terapéutica si este debe ser asistido en ayuda contra la dependencia a estupefacientes. El joven durante este periodo de observación se encuentra sometido a diferentes actividades, que van desde la comparencia ante la justicia hasta la integración de talleres socioeducativos, las conductas por asumidas son materia de seguimiento por parte de equipos interdisciplinarios compuestos por psicólogos, asistentes sociales, docentes y operadores entre otros actores, quienes realizan dicho seguimiento y control in situ, y tiene como fin la apreciación del desenvolvimiento del adolescente en diferentes aspectos de su vida diaria, si las decisiones que este toma se tornan beneficiosas o perjudiciales para su desarrollo.

La información que se ha recabado desde el inicio del tratamiento se encuentra compilada en un expediente tutelar, el cual se abre en la primera instancia ante la justicia de menores y es donde se volcara toda información relacionada al joven en o en las causas que se pudieren seguir contra su persona. Es regla que se solo se genere un expediente tutelar por cada joven y, en caso de tener varias causas judiciales, toda información referente a los diferentes tratamientos, seguimientos e informes obren un solo lugar, situación que en la práctica en ciertas oportunidades no es así.

También debemos expresar que no siempre la medida de disposición tutelar por parte de la justicia, debe de llevarse adelante dentro de un institución, así también la observación y seguimiento del joven puede ser de este no privado de su libertad, ni parcial

²⁸ Silvia Guemureman. 2011. Capítulo 4: El Régimen penal de la minoridad, ley 22.278/80 y las pretensiones de reforma legislativa. pp. 152. La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales orales de menores. Editores del Puerto. Buenos Aires. Libro digital.

o totalmente, dicho informe contara con la intervención de diferentes profesionales en la materia que describirán las conductas desarrolladas por el adolescente durante ese determinado lapso de tiempo.

Con la información obrante en el expediente y *“Conforme la evaluación de estos quehaceres, el tribunal configura la sentencia definitiva que sellará la suerte de la persona menor de edad ante la justicia y le confiere un estatus social ante la sociedad. Esta sentencia definitiva, también llamada segunda sentencia o sentencia del 4º -en referencia al artículo de la ley 22278 que la regula- se nutre para su dictado ya no de las vicisitudes del hecho o conducta que ameritó el reproche judicial, sino a través de la logística del expediente tutelar, sitio en que constan almacenados y puntillosamente registrados los pasos dados por el adolescente en cuestión desde que fuera dispuesto tutelarmente.”*²⁹

1.7.2 Artículo 4º punto 1º

En esta parte abordaremos el punto 1º de artículo en cuestión, el mismo nos dice lo siguiente: *“1º - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.”*

Este presupuesto o requisito estipula que para poder serle impuesta una condena a un joven dentro de un proceso judicial, previamente se dictará la responsabilidad, ya sea penal o civil si correspondiere, es decir una primera sentencia en el caso en estudio. Como hemos visto en los párrafos anteriores, el juicio en el proceso penal juvenil se desdobra en dos etapas, la primera que sirve para determinar la culpabilidad del imputado y la segunda o juicio de cesura para imponer, de ser necesario una pena por dicho delito cometido. Cabe destacar que la declaración de responsabilidad penal de este primer juicio no presupone la imposición directa de una pena, ya que con posterioridad al juicio de cesura, y habiendo sido declarado culpable, el juez puede decretar la absolución del mismo.

Para clarificar y explicar en una manera resumida y breve, podemos decir que esta primera etapa o primer juicio que es llevado adelante es netamente un juicio técnico, en donde se debaten circunstancias puntuales del hecho acaecido y de pruebas que podrán ser aportadas por las partes involucradas, todo dentro de los parámetros procesales penales vigentes en cada jurisdicción, se citara a las partes, se las notificara de las

²⁹ Silvia Guemureman. 2011. Capítulo 4: El Régimen penal de la minoridad, ley 22.278/80 y las pretensiones de reforma legislativa. pp. 155. La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales orales de menores. Editores del Puerto. Buenos Aires. Libro digital.

actuaciones, al joven lo asistirá un abogado defensor, el cual puede ser oficial y también tendrá parte el Ministerio Público Fiscal a través del Defensor de Menores. Cabe destacar que solo se tendrá en cuenta lo antes mencionado y que todo lo relacionado con el informe tutelar y lo que el conlleve se dejará para la segunda sentencia posterior al juicio de cesura.

Como conclusión podemos decir que a este se lo puede definir como un juicio técnico en donde el magistrado puede llegar a solo dos conclusiones, la responsabilidad o no del adolescente, como autor o coautor, sobre el delito en cuestión. Mientras que en el segundo juicio se podrá determinar la absolución, condena o falta de mérito, aunque el imputado haya sido previamente declarado culpable. Con respecto a lo antes dicho podemos afirmar que en la práctica el verdadero valor lo posee el juicio de cesura más que el juicio técnico, ya que en el primero se definirá la suerte a seguir del encausado, pudiendo el juez, como ya hemos señalado, absolver, reducir la pena o aplicar una pena completa correspondiente al delito cometido.

En cuanto a la facultad de absolución debemos decir que diferentes autores consideran que este beneficio se encuentra fielmente utilizado, ya que el artículo 4° nos habla de la posibilidad de dicha acción pero una vez que se haya declarado la responsabilidad sobre la acción en cuestión, mientras que la absolución técnicamente se da cuando no es posible atribuirle el hecho al encausado por falta de pruebas o por dudas sobre su participación. Ante esto también es utilizada la frase de perdón judicial sobre esta potestad del magistrado sobre el joven. Igualmente debemos repetir que dicha situación solo se llevará adelante en el segundo juicio y solo si el encausado es declarado con responsabilidad como autor o coautor sobre el hecho en estudio.

1.7.3 Artículo 4° punto 2°

Dice: "2° - *Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad.*", este punto nos remite puramente y exclusivamente a la edad de punibilidad que debe poseer un joven, para ser pasible de la aplicación de una pena o sanción. Es por ello que debemos adentrarnos en lo referido a lo que la ley estipula como punible y no punible en cuanto a la edad de un individuo. Para ello debemos remitirnos al artículo 1° del Decreto Ley vigente en nuestro país que en su primer párrafo postula lo siguiente: "*No es imputable el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido los dieciocho años, respecto a delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda los dos años, con multa o inhabilitación.*"

En nuestro trabajo, como ya se ha aclarado en varias oportunidades, el objetivo principal se centra en estudiar la forma o manera en que se determina el monto de la pena en un proceso penal juvenil, es por ello que teniendo en cuenta el párrafo arriba citado del artículo 1º, debemos enfatizar sobre edades de punibilidad de los jóvenes, las cuales han variado desde la Ley 14.394 de 1950, modificada por el Decreto Ley 21.338 y esta última modificada por la 22.803, primariamente la edad de imputabilidad se planteó en los 16 años, para luego en el año 1976 se bajaría a los 14, no sufriendo medicaciones con el Decreto Ley 22.278, pero si con el 22.803 el cual elevaría nuevamente y como reza en la actualidad en los 16 años.

En relación a los estándares internacionales referidos a la edad de imputabilidad debemos destacar lo enunciado por la Convención sobre los derechos del Niño, en donde se le “...*obliga a los Estados a establecer, en forma general, una edad mínima a partir de la cual se pueden aplicar sanciones penales. Los niños que no alcancen esta edad no podrán ser responsabilizados penalmente por los delitos que cometan, con independencia de su capacidad para comprender de la conducta y de dirigir sus acciones.*”³⁰

En esta parte del trabajo no entraremos a discutir la problemática, recurrentemente planteada, sobre la necesidad o no de la baja de la edad de imputabilidad de los niños, esto entendiendo que es un debate demasiado amplio para ser abarcado en esta ocasión, no obstante esto creemos que también resulta un punto importante a tener en cuenta para próximos análisis.

1.7.4 Segundo párrafo artículo 4º

El segundo párrafo de este artículo tratado y el cual ha sido trabajado y estudiado por diferentes autores, encontrando en su mayoría el mismo como un artículo cuestionable desde varios puntos de vista, ya que en este caso la norma ofrece la posibilidad al juez varias opciones posteriores al cumplimiento de los tres requisitos anteriormente ampliamente desarrollados, una de estas opciones es la de estipular la pena como si el delito cometido hubiere quedado en grado de tentativa, la ley dice: “*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.*”

³⁰ Mary Beloff/Directora. 2017.El sistema de responsabilidad penal juvenil y las personas inimputables en razón de la edad. pp. 72. Nuevos problemas de la justicia juvenil. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Libro impreso

Nos centraremos en la última opción brindada, la reducción de la pena, y se analizará si es una alternativa optativa u obligatoria para el magistrado al momento de la determinación final de la pena, ya que ciertos autores y en consideración de lo argumentado por la Corte Suprema en el caso Maldonado entienden que la reducción de escala es una regla, cito del voto de los doctores Petrachi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti el punto “40) *Que 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 en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no 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.*”

Asimismo, quienes sostienen esta postura fundamentan su criterio basándose en lo estipulado por las normativas internacionales en relación a la temática, las cuales como y hemos expresado poseen jerarquía constitucional desde la última reforma de la carta magna en el año 1994. Dichos instrumento internacionales proclaman entre sus principios fundamentales en relación a todo niño o joven que atravesase un proceso judicial penal por la supuesta comisión de un delito que la pena privativa de la libertad deberá ser aplicada como última ratio, y esta de ser única opción y necesaria, la misma se impondrá por el menor lapso de tiempo posible, toda vez que se encuentra demostrado por diferentes estudios la afectación negativa que tiene la privación de un niño sobre su desarrollo psíquico y físico. En relaciona este punto podemos citar el voto de la Dra. Carmen Argibay en el fallo mencionado, precisamente lo expresado en su parágrafo 20 en virtud de lo enunciado por la Convención sobre los Derechos del Niño: “*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.*”

En virtud de lo antes dicho podemos suponer o entender, según lo expresado por la Corte, que la reducción de la pena a la escala brindada por el Código Penal en cuanto a un delito que quede en grado de tentativa es regla u obligatoria, todo ello teniendo en cuenta la jurisprudencia emanada por este órgano. Pero, a su vez, debemos decir hay otra postura que nos indica que dicha reducción es única y total apreciación e interpretación

del juez o tribunal a cargo del caso en tratamiento. Esto lo podemos observar en diversos fallos posteriores al de Maldonado, en donde la condena casi fue estipulada como si se tratase de un acusado mayor de edad. Es el caso del fallo Ayala en donde la misma Corte Suprema en un tramo de sus argumentos, en donde responde a la defensa de los jóvenes, quien cita el párrafo 40 del fallo Maldonado, nos indica que: “...la obligatoriedad de la reducción de la pena, sino que ella debe ser inferior a la impuesta a un adulto en igualdad de circunstancias (vid especialmente considerando 40 in fine)...”.

Retomando la postura acorde a la reducción de la pena por la sola edad del acusado, debemos tener en cuenta que la interpretación de los instrumentos internacionales nos plantean la igualdad de garantías procesales, ya sea niño o adulto, durante el desarrollo del juicio, pero particularmente se destaca y se debe enfatizar en la importancia de sumar a dichas garantías o derechos el plus de la especialidad en el tratamiento de un individuo no mayor de edad, y en este punto la diferenciación, hacia abajo por supuesto, del monto en el quantum de la pena a imponer. Es por ello que lo primordial como tarea de los magistrados en este punto, y como en otras partes del proceso, es la interpretación armónica de la ley vigente a nivel nacional y los parámetros fijados como obligatorios a través de los acuerdos internacionales adoptados por nuestro país.

Como cierre de este tema es dable destacar que la normativa, como hemos ya visto, posibilita, entre otras opciones, una disminución en el monto de la pena impuesta a quien haya sido declarado culpable de un delito, haya cumplido los 18 años de edad y hubiera estado por lo menos un año bajo tratamiento tutelar. Pero lo que la ley no indica ni especifica en forma clara, salvo en el apartado que habla de la reducción a la escala del delito en grado de tentativa, un monto al cual se puede disminuir la sanción, este punto nuevamente librado al sano criterio del juez. De esta manera, e hipotéticamente hablando, podríamos poner el ejemplo de un delito cuya pena fuere, por decir, de 6 años, el magistrado podría aplicar una condena de 5 años y 10 meses y así también estaría en cumplimiento de los estándares internacionales que especifican que un niño debe ser sancionado con una pena menor a la de un adulto.

Asimismo, y para concluir el análisis del 2º párrafo del Decreto Ley 22.278, se debe indicar que la opacidad legal se pone en manifiesto tanto y en cuanto en nuestro país la aplicación cuantitativa del monto de una pena para un delito que quede en grado de tentativa puede variar según la jurisdicción, como ejemplo podemos citar la diferencia en entre lo fallado en el ámbito de la Nación y lo sentenciado en la provincia de Córdoba, donde en este caso varía los conceptos desde que parte de la escala penal se debe fijar la tentativa.

“Por lo tanto, 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 escala de tentativa. Esa es la solución que debe derivarse en definitiva del precedente “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.”

31

1.8 Proyecto de ley de Responsabilidad Penal Juvenil

Otro aspecto normativo a tener en cuenta es la presentación del Ministerio de Justicia de la Nación en los primeros meses del año 2019, encabezado por el Dr. German Garavano, ante el Ejecutivo Nacional para ser enviado a debate al Congreso, de un proyecto de ley para hacer efectiva la reforma del Régimen Penal de la Minoridad a través de la creación de un sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, dicho proyecto se encuentra inmerso en la plataforma de participación ciudadana “Justicia 2020”. Una norma que a nivel nacional establezca un piso de garantías y derechos para los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, y de esta manera salvar las dificultades que presenta un decreto ley con más de 30 años de aplicación.

Dicha proposición modificatoria se fundamenta en varios aspectos, como ser, la discrecionalidad con la que cuentan los jueces, según la normativa vigente, sobre la disposición de los niños y adolescentes que se encuentren en situación de conflicto con la ley penal con aquellos que por diversas situaciones de vulnerabilidad. Esto puesto de manifiesto por la Corte Suprema de la Nación en el caso Maldonado, o también podemos citar lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Mendoza, instando a nuestro país a adecuar la normativa nacional en relación a los pactos y convenios firmados, como así también de los instrumentos internacionales de actuación.

Según lo expresado por el ejecutivo el proyecto de ley se fundamenta en cuatro pilares, una justicia especializada en los jóvenes, un abordaje multidisciplinario con miras de reinserción social, una responsabilidad efectiva por parte de quienes cometen delitos, y finalmente la inclusión de las víctimas. Es decir, un sistema en donde las múltiples partes tengan una interacción constante, también cabe decir que la innovación de la inclusión de la víctima como eje central conllevara no solo a su satisfacción, por decirlo de alguna manera, al encontrar justicia por un hecho en su contra, sino también

³¹ Mary Beloff/Directora. 2017. Pp. 111 punto 5 Conclusiones. Nuevos problemas de la justicia juvenil. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Libro impreso.

a la aceptación consiente y responsable por parte del victimario del delito del cual es acusado. Este último punto puede también ser tenido en consideración para la aplicación, en un futuro, de la metodología denominada como justicia restaurativa.

Como puntos más destacados del proyecto se desprenden los siguientes, la modificación de la edad de imputabilidad, recordemos que la actual es de 16 años, esta ley la llevaría a los 15 años pero diferenciado los delitos punibles a esta edad con los cometidos entre los 16 y 17 años, se deja clara constancia que quien cometiere al momento de tener cumplidos los quince años solo podrá ser penalmente responsable de delitos cuya pena no fuere menor a los 15 años, es decir un delito de gravedad. En relación a la otra franja etaria serán punibles de delitos que posean penas mayores a los dos años. Asimismo, se deja prohíbe expresa y absolutamente al privación de la libertad para los niños menores de 15 años, los cuales ante una infracción o delito no serán objeto de una judicialización penal, sino que serán puestos a disposición del ejecutivo y las herramientas que este posea para la protección de niños, niñas y adolescentes. Este último punto salvaría las dificultades obrantes en relación a la facultad brindada por el decreto ley 22.278.

Otro punto a tener en cuenta es la inclusión en la ley como norma que la reclusión o prisión para quienes hayan sido encontrados responsables de la comisión de un delito y no hubieren cumplidos los 18 años de edad, será como último recurso, de forma fundada, revisable en forma periódica y por el plazo más breve posible. Esta característica se encuentra en plena concordancia con los convenios internacionales firmados por la Argentina como así también explicita en diferentes reglas.

También debemos destacar lo enunciado en el artículo 3° del proyecto en donde habla de la tentativa, la cual será tenida en cuenta de la siguiente manera *“se aplicará al adolescente que, con el fin de cometer uno de los delitos comprendidos en el artículo 2°, comenzar su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad. El adolescente no estará sujeto a sanción cuando desistiere voluntariamente del delito.”* En este sentido el presente, se podría decir que es una suma de los artículos 42 y 43 del Código Penal.

En el artículo 8° del proyecto se plantea la creación de una justicia especializada para la sustentación del proceso penal, la ejecución y control de la penas a los delitos, a cargo de órganos capacitados y con el conocimiento de las normativas tanto nacionales como internacionales en relación a la temática adolescente.

Como innovación a la normativa obrante a nivel nacional en relación a la temá-

tica tratada, es dable mencionar la incorporación de institutos como la remisión, la mediación, justicia restaurativa, conciliación o la suspensión del juicio a prueba al presente proyecto, en el artículo 16 donde se enumeran las causales de extinción de la acción penal pero más puntualmente en el art. 20 es que se desarrolló el instituto de remisión, mediante el cual brinda al Fiscal de la causa la facultad de desestimar la acción penal en contra del acusado, salvo en delitos cuya pena mayor fueren los 10 años de prisión y destacando que dicha resolución es recurrible.

En relación a la mediación obrante en el artículo 21, se propone el inicio de un proceso de mediación, previo a la sentencia, el cual involucrará al Fiscal, la víctima y el imputado, con el fin de llegar a un acuerdo que satisfaga los intereses de las partes en pugna. Dicho proceso será confidencial, imparcial e informal, y como en otros procesos judiciales contará con la intervención profesional de un mediador. En cuanto a justicia restaurativa el proyecto cuenta en su artículo posterior con un acuerdo, que se llevará adelante con las tres partes interesadas, como el artículo anterior que mediante el diálogo se podrá llevar una propuesta superadora al juez de la causa.

Por otra parte se plantea también el instituto de conciliación, en donde el acuerdo será puramente llevado adelante entre la víctima y el acusado, siempre y cuando no haya sido dictada sentencia en el caso. Por último, se incorpora la figura de la suspensión de juicio a prueba, aplicaría en el caso que al adolescente se le atribuyera la comisión de un delito que no fuese procedente, por el tipo de este, la privación de la libertad, y con acuerdo de la víctima, un resarcimiento del daño; dicho instrumento puede ser solicitado tanto por el acusado como por la víctima, dejando constancia que si fuere el primero quien lo solicitare se deberá dar conocimiento de esto a la víctima.

En el capítulo 3 del proyecto se enumeran en su artículo 44 las posibles sanciones que puede imponer el juez al adolescente que sea considerado responsable de un ilícito.

En virtud de lo descripto en párrafos anteriores, es dable poner en conocimiento algunos aspectos que fueran criticados en su momento por entidades y organismos defensores de los Derechos Humanos en nuestro país, y a manera de resumen citaremos algunas críticas, a nuestro entender, las más importantes por estos planteadas al proyecto presentado el año pasado. La principal crítica se da respecto a la baja de imputabilidad, de 16 a 15 años, conllevando esto a un retroceso legislativo el cual iría en contra a los estándares y regulaciones internacionales.

Otro punto encontrado como defecto es la posición respecto a ciertas penas, en el caso de los adolescentes de 15 años pasar de ser no punibles a poder ser plausibles de la

imposición de penas mayores de 15 años, y en cuanto a los adolescente de entre 16 y 18 años el proyecto no provee en forma clara y precisa penas máximas de aplicación, salvo lo planteado en relación a que la privación de la libertad será como recurso de ultima ratio, revisable y por el menor lapso de tiempo posible.

Ahora sí y en relación a la problemática tratada en el presente trabajo podemos decir que el proyecto en cuestión generaría un avance de suma importancia al ser este reformatorio del decreto ley vigente en nuestro país desde la última dictadura cívico militar, a su vez la creación de un sistema plantearía un ámbito de protección integral para que aquellos adolescentes que por algún motivo deben ser sometidos a la judicialización penal, puedan contar con las garantías y derechos especiales a su edad bajo la atención de una justicia especializada.

Respecto a la opacidad legal a la que hacemos referencia en el trabajo, la misma en cierta manera se vería superada, a nuestro entender en forma escasa, con la implementación de los artículos donde la norma estipula que los adolescentes que tengan 15 años solo podrán ser punibles sobre delitos que superen los 15 años de pena, artículo 2º inciso a., como así también lo normado en el artículo 52 inc. b. en virtud de las sanciones con penas privativas de la libertad para aquellos adolescentes de entre 16 y 18 que cometiesen delitos con penas mayores a los 10 años.

Con relación a la estipulación de penas máximas o mínimas el presente proyecto no muestra mayores aspectos que los anteriormente descritos, no plantea estándares ni parámetros a seguir según los diferentes delitos enumerados en el Código Penal.

En conclusión debemos decir que es necesaria una reforma a fondo del régimen penal de la minoridad que se encuentra vigente en nuestro país, la presentación del proyecto nos parece correcta, ya que la implementación de un sistema de responsabilidad penal juvenil daría a la problemática un marco legal acorde a los estándares y normas tanto a nivel nacional como internacional. Asimismo, pensamos que como toda ley puede ser perfectible y que el conflicto que se genera al momento de la determinación de la pena puede ser abordado en una reforma o ampliación del proyecto si este llegase a ser sancionado como ley. A su vez, es de suma importancia que se cree una norma a nivel nacional que sea armónica con las ya sancionadas en las distintas provincias, muchas de ellas avanzadas en relación al decreto ley 22.278.

CAPÍTULO V

1. DERECHO COMPARADO

1.1 Aspectos generales

En este capítulo hablaremos sobre el derecho comparado obrante en relación a la temática por nosotros planteada, dejando constancia que en capítulos anteriores hemos vinculado algunas leyes y aspectos normativos con otros países, puntualmente en lo analizado respecto a los artículos 40 y 41 de nuestro Código Penal, trayendo a estudio artículos de los códigos de Brasil y Chile en donde se regula los parámetros a tener en cuenta al momento de la determinación de la pena. Como hemos expresado en esa ocasión ese punto no se discrimina si quien ha sido declarado de cometer una infracción es mayor de edad o aún no ha llegado a ella, es una norma general dirigida a toda la población que pudiese encontrarse ante una situación de juzgamiento para la demostración de la comisión de un ilícito.

Dicho esto debemos comenzar diciendo que elegiremos comparar nuestra legislación con la de otros países de Latinoamérica, por dos razones fundamentales, la primera porque la cultura, el desarrollo social, el desarrollo económico y ciertos aspectos de la idiosincrasia de las sociedades son muy similares o casi idénticas entre los países de esta región, muy distantes de culturas como la sajona u oriental. Y el segundo aspecto que tendremos en cuenta para la utilización de estas legislaciones a comparar, es netamente relacionado con la temática de niñez y adolescencia tratada en este trabajo, ya que con posterioridad a la declaración de la Convención Sobre los Derechos del Niño, de manera casi automática los países de la región se encaminaron en una tarea de adecuación de sus normativas internas hacia los estándares internacionales sobre la protección de derechos de la infancia.

En este sentido podemos citar, también, como normas de derecho comparado la misma Convención y las diferentes Reglas y Directrices, ya sean las de Beijing, las de la Habana o las de Tokio, indicando que sobre ellas se basan los avances regionales en el ámbito legislativo de la niñez, marcando estándares mínimos y siempre posibilitando a los estados partes a la modificación o creación de normas que contengan estos mínimos y que a su vez produzcan una elevación de dichos estándares en favor de la protección de los derechos del niño.

En nuestro país como en los de Latinoamérica, se planteó este cambio de paradigma, ya antes mencionado, de pasar de entender al niño como un sujeto a tutelar, ya sea por su estado de indefensión o por ser sospechoso de haber cometido una infracción, a empezar a comprender al niño como un sujeto de derechos, y en el ámbito penal, esta ampliación hacia una mirada del niño como un individuo con derechos también la asunción de estas responsabilidades por sus actos, por supuesto en medida a su edad y su grado de maduración, pero ya si tratando de dejar de lado esa visión del “menor”, y menor en todo sentido de dicha palabra.

De esta manera las legislaciones de la región fueron virando su mirada y visión hacia principios rectores como ser el de especialización, el de legalidad pena, la privación de la libertad como ultima ratio, el mínimo lapso de tiempo de privación y garantías procesales y sustanciales, como ser la presunción de inocencia, duración razonable, derecho al recurso o información adecuada, para citar algunos; ellos sumados al principio de igualdad ante la ley y el de defensa en juicio. Dichas legislaciones en ciertos casos incorporaron sistemas de justicia penal juvenil, en donde se designaron instituciones tanto legales como técnicas para la atención de la problemática en cuestión.

Cabe destacar que quien ha desarrollado con rigor académico esta temática es la Dra. Mary Beloff, en su libro titulado “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil incluidos en códigos integrales de derechos de niños y adolescentes”. En donde trata la evolución de la normativa interna de diferentes países de nuestra región con posterioridad a la convención.

Como ya hemos señalado la adecuación de las normas internas de los países en estudio giro en torno a ciertos principios que vimos con anterioridad y se puede decir que encontramos una cierta homogeneidad entre las distintas legislaciones al momento de hablar edades de imputabilidad, servicios de justicia especializados, derechos y garantías en el proceso judicial y las limitaciones en las penas impuestas a individuos que no hayan cumplido su mayoría de edad. En general la franja etaria en cuestión diferencia niños de jóvenes y en su gran mayoría las normas estipulan para los primeros hasta los doce o catorce años y para los segundos de esa edad hasta los 18 años, separando quienes son y no punibles de una sanción pero no así exentos de ser declarados responsables por determinadas infracciones.

En este tramo citaremos algunas normas que nos servirán de comparación para con nuestra legislación respecto de algunos aspectos de la temática por nosotros planteada en este trabajo, para ello y, retomando la idea de un vuelco a favor de la protección de los derechos del niño a partir de fines de la década del 80’ y principios de los 90’, debemos

iniciar el análisis exponiendo lo acontecido en el año 1990 en la República Federativa del Brasil, en donde se promulgó el Estatuto del Niño y el Adolescente.

1.2 Brasil

El Estatuto o denominado comúnmente ECA, establece por primera vez en la nuestra región ciertas precisiones en relación a la respuesta que debe dar el estado a las conductas tipificadas como delitos o faltas cuando son llevadas a cabo por personas que tienen no han cumplido los dieciocho años.

De este Estatuto podemos traer a análisis ciertos puntos de los capítulos I, II, y III del Título III, en donde se regula lo referido a Disposiciones Generales, Derechos Individuales y Garantías Procesales en ese orden. Del capítulo I los artículos 103, donde nos indica que se considera acto infractor, el 104 que expresa la diferenciación de los niños hasta los 18 años de edad respecto de los adultos y el 105 el cual delimita las acciones a tomar contra niños menores de doce años, remitiéndonos al artículo 101 del capítulo que habla sobre las diferentes medidas de protección adecuadas a la edad. En relación al capítulo II los derechos individuales de los niños en contacto con el sistema penal, dichos derechos en varios puntos tienen coincidencia con leyes provinciales de nuestro país promulgadas con posterioridad a la celebración de la convención. Y para finalizar con el capítulo III de este Estatuto, tanto el artículo 110 como el artículo 111 equiparan las garantías procesales a la de los adultos.

Otro aspecto comparable en cuanto a la temática de la determinación de la pena es el instituto de la remisión que trata el Estatuto en su capítulo comprendido entre los artículos 126 y 128, en donde ofrece a los magistrados la facultad de suspender o extinguir el proceso llevado adelante contra el joven.

1.3 Perú

En el caso del Perú debemos comenzar a decir que el Código de los Niños y Adolescentes fue promulgado en julio del año 2000, diez años con posterioridad al ECA del Brasil, y once años después de la convención, dicho código presenta con una propuesta similar al de su par del Brasil en cuanto a la separación de niños y adolescentes por edades y por su tratamiento ante un conflicto con la ley penal, dejando a los primeros como no imputables y bajo un sistema de protección integral y a los segundos a ser presentados frente a un proceso penal con garantías y derechos que antes de este código no contaban. Esto puede verse en el artículo 1 del Título Preliminar que habla sobre definiciones nos especifica que se entiende por niño y por adolescente.

En su artículo VII del Título Preliminar, el código nos indica que principios deberán tener en cuenta para su interpretación, citando los de orden interna, como así también los pactos de orden internacionales de los cuales el Estado del Perú forma parte. Dejando de esta manera en forma muy clara el cambio hacia un nuevo paradigma de garantías y derechos de protección integral del niño y adolescente.

En el Libro II Capítulo I Artículo 27 no brinda una definición de lo que el Estado entiende por Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente, de esta manera específica instituciones que actuaran en dicho sistema de protección ampliado.

En relación a la temática por nosotros tratada podemos identificar ciertos aspectos a tener en cuenta en el Libro IV Título II capítulo III Generalidades comenzando por el artículo 183 en donde define claramente que solo serán pasibles de acción penal los adolescentes, es decir mayores de 12 años y hasta los 18. Dejando medidas de protección aquel niño que cometiese una infracción.

En capítulos subsiguientes en el apartado referido a derechos y garantías procesales debemos decir que presenta varias similitudes con lo estipulado en el Estatuto del Niño y Adolescente del Brasil, al hablar de información al adolescente sobre la causa, derechos procesales diversos, al ser oído, implementación del Defensor del Niño, una justicia especializada. Como así también en este Código se plantea el instituto de la remisión dándole facultades al juzgador por sobre el destino de la causa que estuviese en su estudio.

1.4 Guatemala

Ahora daremos una mirada sobre la Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia, del año 2003 y posterior al Código de la Niñez y Adolescencia, nos enmarca en una mirada como las ya vista, superadora del paradigma tutelar del estado, llevándonos hacia una legislación donde el niño y adolescente se encuentre en pleno goce de sus derechos y garantías como sujeto de derecho activo.

En esta ley la norma estipula en el artículo 2 de las Definiciones Generales, que se es niño desde la concepción hasta los 13 años y desde los 13 a los 18 años adolescentes, parámetros casi similares a lo analizado hasta ahora en relación a Brasil y Perú. En esta línea también como en el Perú debemos decir que al momento de identificar el conflicto con la ley penal menciona al adolescente infractor, dejando de lado la figura de niño, artículo 132 Capítulo I Título II.

En forma posterior el artículo 136, que divide en grupos etarios la aplicación de la ley indica que en cuanto al proceso, las medidas y su ejecución entre dos grupos, a

partir de los trece y hasta los quince años de edad, ya partir de los quince hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años de edad. Dicha división en pos de la aplicación de diferentes sanciones según su grado de madurez.

Como fuente de derecho la ley nos remite, en el artículo 140, por un lado a la constitución nacional de Guatemala y sus leyes, y por otro a los pactos y tratados internacionales en donde el estado fuera parte. De esta manera vemos en forma explícita la atención por los estándares internacionales que deben ser de tenidos en cuenta al momento de llevarse un proceso judicial a un adolescentes infractor, ya sean las garantías procesales como los principios y derechos consagrados por dichos instrumentos supranacionales.

En el Capítulo II del mismo Título II plantea en forma enunciativa los derechos y garantías fundamentales dentro proceso penal juvenil, enumerando desde el artículo 142 al artículo 159 varios de los principios y garantías que deben ser tenidos en cuenta para la protección de los derechos del adolescentes que transite por este proceso, como ser el derecho a la igualdad artículo 143, principio de justicia especializada artículo 144, principio del "Non bis in ídem" del artículo 150, principios de racionalidad y de proporcionalidad artículo 157, Principios de determinación de las sanciones artículo 158, para citar algunos.

En la Sección III esta ley plantea institutos o formas de terminación anticipada del proceso, donde podemos ver nuevamente la aparición de la remisión como instrumento para la finalización del proceso penal juvenil, como así también la figura del criterio de oportunidad reglado.

Asimismo en capítulos posteriores la ley enmarca la actuación de la justicia en caso de la flagrancia, como accionar y detalla cómo debe de ser llevado adelante el juicio, desde la etapa preliminar hasta la de determinación de sanción. Con posterioridad, en otro capítulo, enumera diferentes sanciones a imponer como orden socioeducativo para con el adolescente que fuese declarado culpable de haber cometido una infracción o delito.

CAPÍTULO VI

1. CONCLUSIÓN

En esta parte del trabajo realizaremos la conclusión sobre lo planteado durante los capítulos que preceden, asimismo, trataremos de expresar nuestra mirada sobre lo que entendemos por determinación de la pena en el proceso penal juvenil. Trataremos de determinar si las hipótesis elaboradas a comienzos del mismo se cumplen en su totalidad, en forma parcial o no se cumplen.

En su comienzo hacemos un breve repaso sobre la historia legislativa en nuestro país sobre la temática de la niñez, nuestro enfoque se basa particularmente en los aspectos relacionados con la problemática penal de los niños y adolescentes en situaciones de contacto con un proceso judicial, pero aún más específicamente con la opacidad de la norma al momento que un actor judicial se plantea la tarea de determinar el monto o quantum de una pena a u adolescente dentro de este proceso, como así también destacamos la falta de modificaciones o adecuaciones que las normas, a lo largo de la historia han sufrido.

Asimismo, y en virtud de lo antes mencionado, en relación a la historia legislativa, no está de más soslayar que para el desarrollo de este trabajo únicamente hemos realizado una recopilación y estudio de leyes y normas a nivel federal o nacional, dejando de lado las leyes o normativas provinciales, incluyendo a la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que están en ciertos casos resultan haber sido adecuadas a la normativa internacionales vigente desde la reforma de nuestra constitución nacional en el año 1994. Para ello podríamos citar algunos ejemplos como ser la provincia de Mendoza, la provincia de Buenos Aires o mismo la ciudad de Buenos Aires, jurisdicciones que incorporar en su cuerpo normativo estándares internacionales referidos a la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes.

En virtud de lo antes indicado y a fin de clarificar, debemos expresar que nuestro interés recae sobre las normas nacionales que aún se encuentran en vigencia, específicamente el Decreto Ley N° 22.278, desde ya casi 40 años rige en la temática penal juvenil en nuestro país sin modificaciones sustanciales que pudiesen inferir que la misma contempla algunos de los cambios que se han venido dando desde la celebración de la Convención hasta la fecha. No obstante ello, es dable indicar que desde la promulgación de la Ley N° 26.061 allá por el año 2005, en muchos aspecto y de gran importancia en lo relacionado con la niñez, dicha norma encamino la política sobre la protección integral

de los derechos del niño hacia un paradigma superador al impuesto, desde varias décadas, por las leyes sancionadas con anterioridad.

Siguiendo con este último punto es significativo destacar un inicio en el cambio de paradigma imperante en nuestro país, transformando una visión del “menor” como individuo a ser tutelado y estar a plena disposición, según ciertas circunstancias, bajo la autoridad, a una mirada del niño y adolescente como sujeto de derecho, dándole a este las garantías y responsabilidades acorde a su edad y grado de madurez, en este aspecto se puede decir que hemos avanzado como sociedad hacia, aunque en algunos casos esa sociedad ha avanzado de manera exponencial en relación a las leyes e instituciones encargadas de la protección de la infancia.

Asimismo, y en relación al último proyecto presentado en año 2019 para la reforma legislativa del decreto ley 22.278, creemos que es más que necesario y urgente el tratamiento efectivo por parte del Poder Legislativo de una ley para la concreción de un sistema de responsabilidad penal juvenil acorde a nuestros tiempos y más aún, acorde a nuestros adolescentes. Nos resulta difícil entender como al día de hoy, ya pasados 30 años de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y más aun 40 años de la sanción de la ley vigente sobre la temática, que no sea una política de Estado con el compromiso de las diferentes fuerzas políticas atacar de forma clara, amplia y sin miramientos partidarios la problemática penal juvenil.

Ahora debemos realizar una crítica al proyecto presentado, creemos que los puntos más destacados a observar son, por un lado la no determinación de un marco legal en referencia puntual a adolescentes que son acusados de la comisión de un ilícito. Y por otro, la regresión legislativa a la cual será sometida la temática, es decir bajar a los 15 años la edad de punibilidad, dejando constancia que no sólo la Convención habla de una no regresión sino también la Observa con N° 24 del año 2019 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, en su artículo 27 del Punto C analiza esta problemática.

Más aun y relacionado específicamente sobre lo propuesto por el Ejecutivo en dicho proyecto en forma contraria un artículo de la misma observación se refiere de la siguiente manera, “25. *Preocupan al Comité las prácticas que permiten la aplicación de una edad mínima de responsabilidad penal inferior en los casos en que, por ejemplo, se acusa al niño de haber cometido un delito grave. Tales prácticas se llevan a cabo generalmente para responder a la presión de la opinión pública y no se basan en una comprensión racional del desarrollo del niño. El Comité recomienda encarecidamente a los Estados partes que supriman esos enfoques y fijen una edad estándar por debajo de*

*la cual los niños no puedan ser considerados responsables en el derecho penal, sin excepción.*³²

Continuando lo planteado en los párrafos anteriores en relación a la insuficiente adecuación de la normativa interna en relación a estándares internacionales, es preciso volver al análisis, ya expuesto en el capítulo IV, sobre la Convención Sobre los Derechos del Niño. Mas puntualmente en lo expresado en su artículo 37 en donde se encomienda a los estados partes a velar por ciertos derechos específicos de todo niño que se encuentre en contacto con la ley penal, y en este aspecto notamos una clara discordancia entre la norma foránea y nuestro ordenamiento jurídico.

Toda vez que la Convención determina que es niño todo aquel que no haya cumplido los 18 años de edad, y en el caso del artículo tratado, su inciso A estipula que ellos no serán objeto de penas de prisión perpetua sin posibilidad excarcelación. De manera distinta nuestro cuerpo normativo vigente no realiza ningún reparo sobre este tema, como así tampoco se impone un monto o tope para las penas a delitos cometidos por adolescentes no mayores de 18 años.

Esta característica ha sido resaltada por resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos en el fallo Mendoza, indicando que lo sentenciado en el citado caso era incongruente con los lineamientos internacionales vigentes, y en este sentido han actuado los tribunales nacionales, pero debemos destacar que han sido dictadas sentencias contrarias a ésta postura, las cuales fueron apeladas y revisadas por instancias superiores. Entendiendo que al no haber una modificación legislativa al respecto, solo se tendrá como criterio lo expresado en la jurisprudencia obrante.

Para mayor comprensión podemos traer a análisis lo indicado en la Observación N° 24 sobre el tema puntual de la edad de punibilidad, en el artículo 20 del Punto C, se encomienda a los Estados parte que los niños que no hayan alcanzado la edad de punibilidad no podrán ser objeto de responsabilidad penal alguna, y que los que si la tenga e incurrieren en la comisión de un ilícito y no hayan cumplido los 18 años podrán ser acusados formalmente y ser parte de un proceso judicial, siempre en conformidad a lo estipulado por la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Este último punto, en donde hacemos referencia a que dicho proceso siempre ha de ser en conformidad a la Convención, interpretamos que nos debe remitir a lo ya expresado en relación al artículo 37 sobre la no aplicación de penas absolutas a jóvenes.

³² Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, Comité Sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas

Teniendo en cuenta lo antes desarrollado podemos concluir que en este punto la diferenciación entre lo postulado por la Convención y lo normado por la legislación nacional en relación a la edad de punibilidad de los adolescentes genera, como mínimo, confusión. Dicho sentimiento se hace más notorio al momento de analizar la Observación N° 24 en su artículo 21 del Punto C, en donde señala que la Convención encomienda a los Estados partes a fijar una edad de punibilidad, pero no determina específicamente cual debe ésta de ser. Pero si en su artículo posterior la citada observación menciona que la edad de punibilidad debe de ser lo más alta posible.

Es por lo antes expuesto que creemos que se encuentran vulnerados derechos y garantías procesales de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, ya que la opacidad o insuficiencia legislativa favorece la desprotección de ellos.

1.1 Hipótesis

En virtud de lo analizado debemos decir que en relación a una de las hipótesis planteadas al comienzo del trabajo, "la facultad que brinda la ley a los jueces en la disposición de los adolescentes en conflicto con la ley continua el paradigma del modelo tutelar de menores", es en cierto punto verdadera, ya que según lo investigado, ya sea en cuenta a normativas y a fallos judiciales entendemos que en cierto punto no ha sido dejado de la lado el viejo paradigma tutelar por parte de quienes tienen en su deber y poder la disposición de jóvenes encontrados responsables de algún ilícito.

Y siguiendo con el análisis de las hipótesis, y vinculándolas con el capítulo donde se trata la jurisprudencia, es que debemos inferir que aquí también en un cierto grado la opacidad de las normas vulnera garantías constitucionales de los jóvenes en cuestión, ya que al no haber un instrumento legislativo que enmarque o delimite los montos en forma de las penas en forma clara y específica para cada tipo de delito pasible de sanción, seguiremos estando bajo el arbitrio y el azar de una autoridad juzgadora, que según su sano criterio puede sentenciar a un joven a una pena de 2 años por un hecho y a otro joven a 6 años por mismo delito.

En relación al párrafo anterior es dable destacar que en nuestro país la tipificación de los delitos se encuentra volcada en el Código Penal, dando éste un marco legal brindado por el legislador a quien debe impartir justicia sobre un caso concreto, lo que nosotros entendemos es que al intentarse crear un sistema de responsabilidad juvenil con una justicia especializada es que debería de plantearse la alternativa de especificar con mayor precisión, de ser posible con la estipulación de penas máximas, a delitos en los que se vean involucrados como autores a jóvenes no mayores de edad.

Podemos concluir que según lo analizado en el trabajo, es que la normativa específica sobre jóvenes en conflicto con la ley penal no se encuentra adecuada a las normativas internacionales, por ende, a nuestro humilde criterio en ciertos aspectos podría tildarse de inconstitucional, toda vez que como sabemos los pactos y tratados firmados por nuestro país que gozan de jerarquía constitucional, desde la reforma de 1994 y se encuentran por sobre las leyes nacionales. Asimismo, la misma constitución se encontraría en cierta medida forzada o vulnerada en su artículo 16, ya que con la amplia facultad brindada a los magistrados, en la actualidad por el Decreto Ley N° 22.278, para disponer en mayor o menor medida de los jóvenes declarados culpables de un delito, se violaría el principio de igualdad ante la ley.

Asimismo, es de suma importancia destacar que a fin de mitigar lo planteado en capítulo anterior, los magistrados realizan un esfuerzo inmenso para armonizar las normas internas con los estándares planteados en los instrumentos internacionales, y a nuestro entendimiento esto no debería de ser de esta manera, ya que con la adecuación o creación de leyes específicas en la temática podría de evitarse esta tarea.

En conclusión podemos decir que del presente trabajo se desprende que en medida que no se halle una solución, ya sea con una modificación sustancial o la promulgación de una nueva norma sobre el sistema penal juvenil, se estará frente a un arbitrio constante por parte del ámbito judicial al momento de determinar cuál es el quantum de la pena atribuible a un hecho ilícito cometido por un adolescente, lo que conllevará a una duda permanente de saber si se protegen integralmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

CAPÍTULO VII

1. PROPUESTA

Visto lo expresado durante el trabajo y puntualmente lo analizado como conclusión por nuestra parte, debemos presentar algunas propuestas superados a la problemática tratada, a saber:

- Adecuación de la normativa interna referida a la problemática de los jóvenes en conflicto con la ley penal a los estándares nacionales, Ley N° 26.061, y asimismo, a los principios enunciados en los diferentes tratados y pactos de los cuales nuestra república forma parte, además de contar los mismos con jerarquía constitucional.
- La creación, a través de ley, de un sistema de responsabilidad penal juvenil, fijando entre otros temas un marco penal, con montos y tipos de sanciones, siempre persiguiendo el principio de ultima ratio y de mínimo tiempo de pena, y por supuesto el interés superior del adolescente.
- Fijación de penas máximas, a través de una ley, en consideración a la disminución de culpabilidad en razón de la edad y según los estándares internacionales.
- Unificación de criterios en el ámbito judicial a través de acordadas del máximo tribunal sobre distintos aspecto de la problemática en cuestión.

Índice:

Resumen	pág. 2
Introducción	pág. 8

Capítulo I

1. Historia legislativa	
1.1 Historia legislativa en relación a la temática penal juvenil en la Argentina	pág. 9
1.2 Ley N° 10.903.....	pág. 10
1.3 Ley N° 14.394.....	pág. 14
1.4 Decreto Ley N° 22.278.....	pág. 15
1.5 Ley N° 26.061.....	pág. 18

Capítulo II

1.1 Generalidades.....	pág. 22
1.2 Derecho Penal.....	pág. 22
1.3 Concepto y Teoría del Delito	pág. 23
1.4 Determinación de la Pena.....	pág. 23
1.5 Necesidad de Imposición de Pena.....	pág. 24
1.6 Concepto de Niño y Niñez	pág. 25
1.7 Justicia Juvenil	pág. 25
1.8 Edad mínima de responsabilidad penal	pág. 25

Capítulo III

1. Jurisprudencia	
1.1 Introducción del Análisis	pág. 26
1.2 Fallos N., D. Y Otro S/ Recurso de Casación y Á., G. A. y M., C. A. S/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad	pág. 26
1.3 Fallo V.H.V.....	pág. 29
1.4 Fallo Mendoza	pág. 31
1.5 Fallo Maldonado.....	pág. 33
1.6 Fallo García Méndez	pág. 35
1.7 Fallo O, A.R.....	pág. 38

Capítulo IV

1. Problemática	pág. 40
1.1 Pena	pág. 41

1.2 Teorías de la Pena	pág. 42
1.3 Artículos 41 y 42 del Código Penal.....	pág. 45
1.4 Determinación Judicial de la Pena	pag. 47
1.5 Convención Sobre los Derechos del Niño y Reglas Internacionales.....	pág. 51
1.6 Ley N° 26.061.....	pág. 54
1.7 Decreto Ley N° 22.278.....	pág. 55
1.7.1 Artículo 4° punto 3°.....	pág. 55
1.7.2 Artículo 4° punto 1°.....	pág. 58
1.7.3 Artículo 4° punto 2°.....	pág. 59
1.7.4 Segundo Párrafo Artículo 4°.....	pág. 60
1.8 Proyecto de ley de Responsabilidad Penal Juvenil	pág. 63

Capítulo V

1. Derecho Comparado	
1.1 Aspectos Generales.....	pág. 67
1.2 Brasil.....	pág. 69
1.3 Perú.....	pág. 69
1.4 Guatemala.....	pág. 70

Capítulo VI

1. Conclusión.....	pág. 72
--------------------	---------

Capítulo VII

1. Propuesta	pág. 77
Referencias.....	pág. 80
Bibliografía	pág. 83

Referencias:

1. Cesare Beccaria. 2015. 3.Consecuencias. Tratado de los Delitos y Penas Punto. España. Carlos III University of Madrid. Recuperado de: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1
2. Enoch Wines. 1880. ciado por Anthony Platt. Los «Salvadores del Niño» o la invención de la delincuencia. Siglo XXI, 3º edición. México, España, Argentina, Colombia. Recuperado de: http://www.surargentina.org.ar/material-interes/material/09_material_complementario/01_los_salvadores_del_nino_platt.pdf
3. Decreto del PEN del 30/7/1903, citado por el senador Maciá en Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Zapiola, María Carolina (2008).“¿Escuela regeneradora u oscuro depósito? La Colonia de Menores Varones de Marcos Paz, Buenos Aires, 1905-1919”. Buenos Aire. Recuperado de: <https://www.aacademica.org/maria.carolina.zapiola/7.pdf>
4. Mary Beloff. De los delitos y de la infancia. Nueva Sociedad N° 129 Enero-Febrero 1994, PP. 104-113. Recuperado de: https://nuso.org/media/articles/downloads/2306_1.pdf
5. Decreto Ley N.º 22.278 Regimen Penal de la Minoridad de la República Argentina. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114167/norma.htm>
6. Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. PP. 17. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
7. https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/
8. Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar 2002 Manual de Derecho Penal Parte General. Ediar segunda edición. Buenos Aires. Libro digital.
9. Patricia Ziffer.2013. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.

10. ZIFFER, Patricia. 1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.
11. Internacional. Parte I Artículo N.º 1. Convención sobre los Derechos del Niño.
12. https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/.
13. ¹ Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, Comité Sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas
Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar>
14. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal Causa Nro. 2209 -Sala II-
“N., D. y otro s/ recurso de casación” Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>
15. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Causa Nro. 2557 -Sala II-“Á., G. A. y otro s/recurso de casación e inconstitucionalidad” Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>
16. Fallo de la Corte Suprema de la Nación "García Méndez Emilio y Musa Laura s/ causa nº 7537" Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>
17. Fallo de la Corte Suprema de la Nación "García Méndez Emilio y Musa Laura s/ causa nº 7537". Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>
18. Fallo de la Corte Suprema de la Nación "García Méndez Emilio y Musa Laura s/ causa nº 7537". Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/seleccionar-opcion.html>
19. Mary Beloff/Directora. 2017. Capitulo La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad. Nuevos problemas de la justicia juvenil. pp. 89. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires libro impreso.
20. Eugenio Raúl Zaffaroni. 2009. Derecho penal y poder punitivo punto 7. Estructura básica del derecho penal. Editorial Ediar. Libro digital.
21. Diego Freedman y Martiniano Terragni. pp. 270 Capitulo 5. Aportes para una Justicia Especializada para Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal. Colección Doctrinaria Editorial .JusBaires. Buenos Aires. Recuperado de: <http://editorial.jusbaires.gob.ar/>
22. ZIFFER, Patricia. 1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.

23. ZIFFER, Patricia. 1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.
24. Abel Fleming y Pablo López Viñals. 2014. Las Penas Los factores puntuales que inciden en la determinación de la pena pp. 351 Capitulo IX. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Libro impreso.
25. ZIFFER, Patricia. 1996. Lineamientos de la determinación de la pena. Editorial AdHoc, Buenos Aires. Libro impreso.
26. Marco Antonio Terragni 2017 Proporcionalidad de la Pena Pautas para la individualización de la pena pp. 206 puntos 37 Capítulo V. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Libro impreso.
27. Abel Fleming y Pablo López Viñals. 2014. Las Penas. Los factores que inciden en la determinación de la pena, punto 23 Las circunstancias personales del autor pp. 393 Capitulo IX. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Libro Impreso.
28. Silvia Guemureman. 2011. Capítulo 4: El Régimen penal de la minoridad, ley 22.278/80 y las pretensiones de reforma legislativa. pp. 152. La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales orales de menores. Editores del Puerto. Buenos Aires. Libro digital.
29. Silvia Guemureman. 2011. Capítulo 4: El Régimen penal de la minoridad, ley 22.278/80 y las pretensiones de reforma legislativa. pp. 155. La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales orales de menores. Editores del Puerto. Buenos Aires. Libro digital.
30. Mary Beloff/Directora 2017.El sistema de responsabilidad penal juvenil y las personas inimputables en razón de la edad. pp. 72. Nuevos problemas de la justicia juvenil.. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Libro impreso.
31. Mary Beloff/Directora. 2017. Pp. 111 punto 5 Conclusiones. Nuevos problemas de la justicia juvenil. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Libro impreso.
32. Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, Comité Sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar>

BIBLIOGRAFIA:

- ❖ Leyes 10.093, 22.278, 26.061
- ❖ Código Penal
- ❖ Dossier Régimen Penal Juvenil Ministerio de Justicia de la Nación
- ❖ El menor ante el delito Daniel Hugo D'Antonio editores Astrea
- ❖ Manual de Derecho Penal parte general Raúl E. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar
- ❖ Niñas niños y adolescentes en conflicto con la ley penal Infojus Ministerio de Justicia de la Nación
- ❖ Nuevos problemas de la justicia juvenil Mary Beloff editores AD-Hoc
- ❖ Determinación judicial de la pena compilador Julio B. J. Mayer editores Del Puerto
- ❖ Las penas Abel Felming Pablo López Viñals editores Rubinzal-Culzoni
- ❖ Proporcionalidad de la Pena, determinación legal e individualización judicial Marco Antonio Terregani editores Rubinzal-Culzoni
- ❖ Informe N° 172-10 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Mendoza y otros año 2010
- ❖ Revista del Ministerio Público de la Defensa N° 13 año 2018 editora Estela Maris Martínez.
- ❖ Los unos y los otros dossier Conicet digital N° 15 por Silvia Guemureman.
- ❖ Lineamientos de la determinación de la pena Patricia S. Ziffer editorial Ad-Hoc
- ❖ Convención Sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas
- ❖ Observación N° 24 Comité Sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas

Aceptación del Tutor por parte de la Universidad Abierta Interamericana

RE: CV postulante a tutor externo

Respondió el Mié 8/7/2020 10:07.

Miceli, **Marilina** - **Marilina** Miceli@UAI.edu.ar
 Mié 8/7/2020 10:05
 Para: United
 CC: Cepedes, Viviana Elisabet
 Tutor aceptado, Atte

De: Julian Iglesias <julianiglesias07@hotmail.com>
 Enviado el: miércoles, 8 de julio de 2020 9:30 a. m.
 Para: Miceli, **Marilina** - **Marilina** Miceli@UAI.edu.ar
 Asunto: CV postulante a tutor externo

Atención: Este email proviene de un origen externo a la institución. No ingrese a links y tampoco abra archivos adjuntos en el mismo, salvo que Ud. conozca a la persona que se lo envió y sepa que el contenido es seguro.

Dra. Miceli

Buen día por medio del presente envío adjunto, para su análisis, Curriculum Vitae del Dr. Omar Manuel Dib, el mismo es quien propongo como tutor externo para la elaboración y presentación de mi Trabajo Final.

Desde ya gracias por la atención

Saluda a usted muy Atte.

Julian C. Iglesias
 26.273.324

[Responder](#) | [Responder a todos](#) | [Reenviar](#)

Aceptación de la temática de trabajo

RE: solicitud de reserva de tema Trabajo Final

Miceli, **Marilina** Miceli@UAI.edu.ar
 Mié 8/7/2020 11:07
 Para: United
 Tema registrado, Atte

Dra. Marilina Andrea Miceli
 Secretaria Técnica de la
 Facultad de Derecho y Cs. Políticas y
 Directora de la carrera de Maestría en
 Comedor y Administrador de consorcios
 Universidad Abierta Interamericana
 Tel. 4342-7788 int. 139 Fax 4342-7654

De: Julian Iglesias [mailto:julianiglesias07@hotmail.com]
 Enviado el: lunes, 27 de abril de 2019 04:35 p.m.
 Para: Miceli, **Marilina** - **Marilina** Miceli@UAI.edu.ar
 Asunto: solicitud de reserva de tema Trabajo Final

Dra. Marilina Miceli

Por medio del presente tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de solicitar tenga a bien evaluar la reserva del tema para la realización de mi Trabajo Final, a continuación detallo el tema y mis datos personales, desde ya gracias por la atención.

Tema: la carencia de una ley clara, vigente y adecuada a los normativas internacional para la determinación de la pena en el proceso penal juvenil argentino.

Datos: Julian Gustavo Iglesias DNI 26.273.324 cel 1159371271

Tutor: Dr. Luis Damián Forlani

[Responder](#) | [Reenviar](#)

Buenos Aires, julio de 2020

UNIVERSIDAD ABIERTA

INTERAMERICANA

A quien corresponda

Por medio del presente tengo el agrado de dirigirme a usted con el fin de comunicar mi aceptación como tutor del Sr. Julian G. Iglesias, para asistirlo en la elaboración del Trabajo Final correspondiente a la carrera de Abogacía.

Saluda Atte.



OMAR MANUEL DÍAZ
C.P.A.C. Tº 64 - Fº 478
C.A.B.J.M. Tº VII - Fº 818
C.F.B.M. Tº 101 - Fº 588

Buenos Aires, julio de 2020

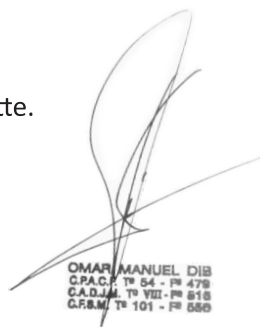
UNIVERSIDAD ABIERTA

INTERAMERICANA

A quien corresponda

Por medio del presente tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de manifestar que el Trabajo Final, aquí presentado por el Sr. Julian G. Iglesias fue elaborado bajo mi supervisión.

Saluda Atte.



OMAR MANUEL DÍAZ
C.A.C.P. Tº 54 - Fº 479
C.A.D.J. Tº VIII - Fº 818
C.F.S.M. Tº 101 - Fº 888

Buenos Aires, octubre de 2020

**UNIVERSIDAD ABIERTA
INTERAMERICANA**
A quien corresponda

Por medio del presente tengo el agrado de dirigirme a usted, a fin de informar que la corrección sobre las observaciones planteadas en la evaluación del Trabajo Final del Sr. Julian Iglesias, ha sido supervisada por quien suscribe.

Saluda a usted atte.



OMAR MANUEL DÍAZ
C.P.A.C. Tº 54 - Fº 478
C.A.D.J. Tº VIII - Fº 818
C.F.S.M. Tº 101 - Fº 688