

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**SECRETARÍA DE POSGRADO**

**José Manuel Ibarzábal (Abogado)**

*“Los fines del Derecho penal juvenil y la norma de sanción individual”*

**Maestría en Derecho Penal**

**Cohorte 2013**

## ÍNDICE

Introducción.....	1
-------------------	---

### PRIMERA PARTE

#### El Derecho penal juvenil: nociones preliminares

##### Capítulo I

###### Un caso disparador

a) Crónica del caso L.N.M.....	4
b) Buscando respuestas científicas.....	6
c) Preguntas decisivas, respuestas provisionarias. <i>Dura lex sed lex</i> .....	8

##### Capítulo II

###### Los sistemas penales juveniles: modelo tutelar vs modelo de la responsabilidad

a) El modelo tutelar de la infancia.....	13
b) El modelo de la responsabilidad penal juvenil.....	17
c) Un nuevo Derecho penal juvenil, síntesis de garantías más respuestas jurídicas específicas.....	22
d) La situación del Régimen penal de la minoridad en Argentina.....	27
e) Conclusiones parciales y nuevas preguntas.....	29

##### Capítulo III

###### Consecuencias de un modelo de responsabilidad penal juvenil. Hacia un sistema integral de Derecho penal para adolescentes

a) Introducción.....	29
b) El adolescente ante el proceso penal.....	31
c) Reconstitución de las medidas cautelares.....	32
d) Nuevas estructuras judiciales.....	34

e) Los fines del Derecho penal juvenil.....	35
f) La resignificación de la cesura de juicio y del llamado “tratamiento tutelar”.....	38
g) Multiplicidad de sanciones y la prisión como excepción.....	40
h) Conclusiones.....	42

## SEGUNDA PARTE

### Los fines del Derecho penal juvenil como parte de un sistema penal integral

#### Capítulo IV

##### La Constitución y los fines del sistema penal en general. El caso especial del Derecho penal juvenil. Los aportes de la dogmática

a) Aclaraciones metodológicas previas.....	45
b) El bloque de constitucionalidad y el Derecho penal en general.....	50
c) El caso específico del Derecho penal juvenil.....	52
d) <i>Excursus</i> : el principio del “interés superior del niño”.....	58
e) La dogmática de la teoría de la pena.....	59

#### Capítulo V

##### La prevención y el Derecho penal juvenil

a) La prevención especial.....	63
1) Precisiones conceptuales.....	63
2) La prevención especial durante la investigación.....	70
3) La prevención especial en la cesura de juicio.....	72
4) La prevención especial en la sentencia integrativa de la pena.....	73
5) Conclusiones parciales.....	74
b) La prevención general.....	74
1) Precisiones conceptuales.....	74
2) La prevención general positiva y el <i>corpus iuris internacional</i> .....	82
3) La prevención general positiva y el proceso penal juvenil.....	84

## TERCERA PARTE

### Los fines del Derecho penal juvenil en la norma de sanción individual

#### Capítulo VI

##### Breve referencia a la sentencia como construcción argumentativa

<b>a) Introducción.....</b>	<b>86</b>
<b>b) El concepto de sentencia y los criterios de necesidad.....</b>	<b>86</b>

#### Capítulo VII

##### La etapa previa a la sentencia integrativa

<b>a) Introducción.....</b>	<b>90</b>
<b>b) Cesura de juicio y tratamiento tutelar.....</b>	<b>91</b>
1) El inicio del tratamiento tutelar.....	91
2) El cese del tratamiento tutelar.....	92
3) La defensa del modelo “bifásico” de juicio.....	95
4) El concepto de “tratamiento tutelar” en clave convencional.....	95

#### Capítulo VIII

##### La construcción de la norma de sanción individual

<b>a) Enunciación de los pasos ponderativos.....</b>	<b>101</b>
<b>b) Verificación de los requisitos que habilitan la cuestión sancionatoria.....</b>	<b>101</b>
<b>c) El juicio de necesidad de pena.....</b>	<b>102</b>
1) El injusto culpable, sustrato de la necesidad de pena.....	102
2) La incidencia del “tratamiento tutelar” y los “antecedentes del menor”.....	107
3) La figura del columpio.....	109
<b>d) El juicio de cuantificación de la pena.....</b>	<b>111</b>
1) Introducción.....	111
2) El proceso de cuantificación.....	116
3) La escala penal prevista para el delito atribuido.....	117
4) La escala penal de la tentativa y la posibilidad de la tentativa inidónea.....	119
5) La individualización de la pena juvenil dentro de la escala punitiva elegida.....	123

6) La condena de prisión de ejecución condicional.....	128
7) Síntesis final.....	132
e) ¿Una respuesta posible al caso L.N.M?.....	134
Conclusiones finales.....	137
Índice de autores y temas.....	140
Bibliografía.....	144

## Abreviaturas

C.A.D.H.....	Convención Americana de Derechos Humanos
C.D.N.....	Convención de los Derechos del Niño
C.I.D.H.....	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
C.N.....	Constitución Nacional
Corte I.D.H.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
C.P.P.E.R.....	Código Procesal Penal de Entre Ríos
Cód. Penal.....	Código Penal
C.S.J.N.....	Corte Suprema de Justicia de la Nación
D.U.D.H.....	Declaración Universal de los Derechos Humanos
D.A.D.D.H.....	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
Obs. Gral. n°10.....	Observación General n°10
Op. Cons. n°17.....	Opinión Consultiva n°17
P.I.D.C.P.....	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Reglas de “Beijing”.....	Reglas de la O.N.U. para la Administración de la justicia penal de menores
S.T.J.E.R.....	Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos

## Introducción

El propósito de la siguiente investigación ha sido fundamentar cuáles deben ser los fines del Derecho penal juvenil en un Estado constitucional de Derecho. En otras palabras, qué se pretende conseguir cuando se decide institucionalmente la persecución penal de un adolescente menor de 18 años, ya sea a través del impulso de la acción penal hasta la eventual imposición de una condena; o bien, mediante la adopción de medios alternativos al conflicto penal (V.gr. Suspensión de Juicio a Prueba, Remisión del caso, Conciliación o Mediación).

Dado que la idea de “fin” implica una justificación o *ratio essendi* en sentido aristotélico<sup>1</sup> –y realista clásico, en general-, el interrogante sobre el o los fines siempre será, en suma, un planteo sobre los fundamentos mismos del ente cuya causa final se indaga: ¿porqué y para qué el Estado ha de regular un sistema punitivo dirigido a adolescentes? En el fondo, se trata de un problema de *legitimidad*, el célebre *quid iuris* del célebre Kant.

Bajo el amparo de este objetivo, es menester confesar que, en puridad, al inicio de esta tarea intelectual pretendí elucidar cómo se insertan los fines del Derecho penal juvenil en el hilo argumental de una sentencia condenatoria o absolutoria, con la intención de superar la fuerte discrecionalidad que, como veremos, impera en este campo.

Sin embargo, a poco que me adentré en las primeras lecturas de la doctrina y la jurisprudencia más relevantes, confrontadas con la experiencia cotidiana de haber trabajado casi 10 años en un juzgado de instrucción con competencia penal juvenil exclusiva, advertí que ese propósito primigenio reclamaba un estudio comprensivo de la doctrina de la “situación irregular” como del “modelo de la responsabilidad penal juvenil”. Es que, vislumbré que la teleología de esta peculiar materia jurídica, depende básicamente de dos presupuestos, por un lado del modelo institucional de la infancia que se adopte y, por otro, de la teoría de la pena que se acoja cuan fundamento último del sistema.

A mayor precisión, el *telos* del Derecho penal juvenil variará si nos colocamos en una orientación *tutelar y correccionalista* o si nos situamos en una perspectiva de la *responsabilidad penal*. Del mismo modo, el contexto de justificación sufrirá un profundo cambio si partimos de un Derecho Penal *retribucionista* o, por el contrario, si se adopta un

---

<sup>1</sup> REALE GIOVANNI-ANTÍSERI, DARIO. *Historia de la Filosofía. T.1 Filosofía pagana antigua*. 2da. Edición. Trad. Jorge Gómez. Ed. San Pablo, Bogotá, 2010. Pp.301/302.

Derecho Penal *preventivo*. Y en este último aspecto, es necesario determinar si el Derecho penal juvenil se sostiene *pura y exclusivamente* en un tipo de prevención especial negativa o positiva; o bien, si la prevención general en su moderna faz positiva tiene algo que decir.

Por consiguiente, esta auto-comprensión me obligó a ampliar el horizonte de la indagación como condición *sine qua non* para satisfacer ese objetivo inicial, esto es, determinar los fines que orientan la argumentación de un acto sentencial. El razonamiento es simple: si la sentencia adjudicativa de una consecuencia jurídico-penal ha de estar orientada por los fines que guían el sistema penal juvenil, será preciso, en primer lugar, delimitar cuáles son esos fines y, para esta empresa, a su vez, debemos diferenciar qué paradigma relativo a la tríadica relación Estado-Sociedad-Infancia, en definitiva, se encuentra en la base de tal o cual sistema penal juvenil.

Después de este largo rodeo, estimo que se entenderá la organización de la tesis en su totalidad. La primera parte se inicia con la crónica de un caso real que ilustra con elocuencia los enormes contrastes entre el modelo tutelar y el modelo de la responsabilidad; de esa manera, se podrá delimitar y diferenciar un paradigma del otro y, a su vez, se enunciarán las consecuencias que implica avanzar hacia un sistema de responsabilidad penal juvenil. Se concluirá, en este punto, que este último paradigma es el plasmado por el conjunto de tratados constitucionalizados, en especial, la Convención de los Derechos del Niño y, por ende, se constituye en la clave hermenéutica para la elaboración de un régimen penal juvenil, su interpretación y aplicación.

Consecuente con ello, la segunda parte está destinada a desarrollar cómo decantan los fines del Derecho penal juvenil desde el bloque de constitucionalidad –Constitución Nacional y Tratados internacionales de Derechos Humanos-. Se ahondará, también, cómo se perfilen los fines políticos-criminales de la pena desde la óptica de una dogmática jurídico-penal de corte *preventivo*, bajo el entendimiento de que la idea de prevención, inherente a la teoría de la pena, es la que mejor se ajusta al mandato convencional. En este aspecto, cabe adelantar, se abordará la tensión subyacente entre prevención general y especial cuya síntesis o armonización, si es posible, deviene un desafío insoslayable que me propuse afrontar.

Finalmente, equipado con este bagaje conceptual y normativo, se arribará a la tercera parte cuyo cometido no será sino trasvasar, los fines que orientan de *iure* el sistema penal juvenil en general, a la sentencia en particular. Se ofrecerá una propuesta para la construcción argumentativa de una sentencia que englobe la totalidad de los ítems desarrollados en los

capítulos precedentes. Como toda propuesta, será tentativa y perfectible; procurará más el incentivo de aportes futuros que postular conceptos concluyentes.

Resta decir que esta investigación, inevitablemente, contiene comentarios de *lege lata* y propuestas interpretativas atinentes a la principal norma de fondo en la materia, el Régimen penal de la minoridad. Sin embargo, he intentado adicionar a la literatura jurídico-penal, un panorama del Derecho penal juvenil que trascienda la mera exégesis y crítica del vetusto Decreto-ley n°22.278. Más aún, he procurado delinear el contenido y los cometidos de un sistema de responsabilidad juvenil acorde al paradigma convencional de los Derechos humanos; sustraído del lastre de la vieja tutela positivista y encaminado, por tanto, a la aplicación racional de la ley penal sustantiva del Estado respecto a los adolescentes punibles, obturando de tal modo una larga tradición forense que se empeñaba en resolver los problemas sociales de la infancia por vía del aparato punitivo.

## PRIMERA PARTE

### El Derecho penal juvenil: nociones preliminares

#### Capítulo I

#### Un caso disparador<sup>1</sup>

##### a) Crónica del caso L.N.M

En abril de 2001 la adolescente L.N.M, de 17 años, embarazada, da a luz en la letrina del fondo de su casa y luego –en hipótesis- arroja el *nascitorus* a un pozo ciego y éste fallece. Momentos después, L.N.M sufre una hemorragia y es trasladada al hospital por su madre y su hermana. Cuando ingresa al nosocomio, la guardia policial sospecha de un aborto e interviene de oficio. Ese mismo día, a la tarde, tras una inspección ocular hallan el neonato enterrado y envuelto en prendas con sangre junto a una tijera. A la noche L.N.M, todavía convaleciente, es notificada del inicio de actuaciones en su contra y se avoca el Juez instructor del Juzgado de Menores.

Por orden judicial<sup>2</sup> y después del alta, L.N.M es alojada en un instituto del Consejo Provincial del Menor por tiempo indeterminado y se le imputa el hecho en audiencia indagatoria, previa entrevista con un Equipo Técnico Interdisciplinario compuesto de psicólogos, una médica psiquiátrica y asistentes sociales. El juez de instrucción –con competencia penal de menores- califica el evento como Homicidio agravado por el vínculo (Art.80 inc.1° del C.P.) y la adolescente se abstiene de declarar. No obstante ello, al ser interrogada por su historia de vida y sus vínculos familiares relata lo que ocurrió, precisando detalles. Es decir, confiesa en su contra por vía de la inquisición sobre los aspectos de su vida. La defensa técnica figura presente en el acto y no formuló objeciones. Del acta también se colige que no se dieron a conocer las evidencias recolectadas hasta entonces.

Al poco tiempo, la defensa solicita una nueva indagatoria. El juez accede y además cita 4 testigos, los hermanos de la imputada y su presunta pareja. Hasta entonces la única

---

<sup>1</sup> Causa n°2059 f°190 “M.L.N S/Homicidio Calificado por el vínculo art.80 inc. 1 C.P.” 11/04/01, Juzgado de Menores n°1, Secretaría n°1, Paraná, Entre Ríos, fecha de cierre: 30/09/2010.

<sup>2</sup> La medida se sustenta en la Ley n°8490 de Entre Ríos (B.O. 17.07.1991) vigente al momento del hecho. Constituía el “Estatuto jurídico de los menores” que plasmaba en la provincia los lineamientos de la Ley nacional marco del Patronato del Estado n°10903. La norma fue derogada por la Ley n°9324 (B.O.23/05/2001) cuya única innovación con respecto a la anterior fue la creación de un fuero penal específico, separado del fuero de familia.

evidencia consistía en las actas preventionales, la autopsia y algunos efectos secuestrados. Sorpresivamente, la defensa técnica pide la suspensión de la indagatoria en dos ocasiones aduciendo que faltan los informes periciales del Equipo Técnico. Ahora bien, una vez que se agregan las pericias requeridas, sin motivos explícitos la indagatoria tampoco se realiza. En los informes se resaltan indicadores de vulnerabilidad y se describen las tareas que L.N.M realiza en el hogar de acogimiento, por ejemplo, limpieza diaria y manualidades. Se detalla que recibe visita de familiares y se da a conocer que la joven ya tenía un hijo de otra relación.

Transcurren los días y el expediente penal continúa acumulando informes del Equipo Técnico, no se cumple la indagatoria peticionada, no se producen las testimoniales ordenadas y no se resuelve, en definitiva, la situación procesal de la adolescente. Mientras tanto, la imputada permaneció institucionalizada hasta el mes de septiembre hasta que se retira sin autorización y no regresa.

El organismo administrativo y el Juzgado de Menores requieren la localización a la policía en tres oportunidades; sin embargo, la pesquisa es infructuosa y en febrero de 2002 la causa se paraliza sin registrar movimientos procesales en los siguientes 8 años. En mayo de 2010<sup>3</sup>, un lacónico informe de Secretaría advierte que el expediente está en un casillero denominado “con pedidos de localización”. Se reitera la orden de captura y en 5 días la policía encuentra a L.N.M. En realidad, sucedió que L.N.M se había retirado del hogar y regresado a su barrio. Ahora contaba con 27 años, 3 hijos más y una nueva pareja. Trasladan a la joven para ampliar su declaración solicitada casi 9 años atrás y la realiza por escrito.

En septiembre del mismo año, se dicta el sobreseimiento a instancia de la defensa en base a dos líneas argumentales. La primera, en clave de política criminal, el juez instructor aduce “ausencia de fines preventivos de la pena” en razón del tiempo transcurrido y la evidente inutilidad de una eventual imposición de un castigo en términos de prevención general o especial. Asimismo, con apoyo de jurisprudencia de la C.S.J.N.<sup>4</sup>, se esgrime la clara insubsistencia de la acción penal. La segunda razón reside en la escasa cantidad de elementos probatorios reunidos en la defectuosa instrucción y la imposibilidad de recolectar nuevas evidencias luego del tiempo transcurrido<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Por entonces, el organismo contaba no solo con otros funcionarios a cargo sino también con otra denominación –Juzgado Penal de Menores”, producto de un cambio normativo que reemplazó la mencionada Ley n°8490 –*supra* Nota 2, Pp.4.-

<sup>4</sup> Fallo 272:188: “Mattei, Ángel s/contrabando de importación en Abasto”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/11/1968.

<sup>5</sup> Al respecto, argumentó el sentenciante: “Sin perjuicio de ello en esta causa no hay prueba del hecho que se imputa como delito, porque no se llamó a ningún testigo, ni se colectó ningún otro elemento que pueda vincular a la “L.N.M” con el

En definitiva, la justicia penal en 9 años mantuvo un expediente abierto sin resolver sobre un caso grave en todos los aspectos: la magnitud del ilícito y la situación de extrema vulnerabilidad de la imputada menor de edad. En 2010 L.N.M seguía angustiada, en la misma situación de precariedad social y económica y el Poder Judicial dicta el sobreseimiento porque no tiene evidencias para llevar el caso a juicio o siquiera dictar un procesamiento.

Un último detalle: nunca se registró si el *nascitorus* nació vivo o muerto. El informe final de la autopsia que debía acreditar ese extremo no figura en el expediente.

## **b) Buscando respuestas científicas**

La crónica del caso de la adolescente en cuestión, puede ser tomada como otro mojón más de una larga historia de desidia judicial y lo es. Sin embargo, el objetivo de su exposición es ilustrar con elocuencia un conjunto de prácticas jurídicas que la investigación científica-crítica debe analizar, en pos de la construcción de un Derecho penal juvenil más humanizado, racional y ajustado a Derecho. Sin dudas, el método de partir de un expediente concreto, rastreando el proceder de los vetustos y célebres Juzgados de Menores que rigieron la vida de justiciables adolescentes en los tribunales de Argentina –y Latinoamérica en general- del Siglo XX y que aún persiste en mayor o menor grado según cada provincia, intenta humildemente emular una suerte de “arqueología del saber” y “genealogía crítica” a la manera de Foucault<sup>6</sup>. En ese sentido, un registro exhaustivo de las normas vigentes, el contenido de los informes interdisciplinarios y las resoluciones judiciales cuyas huellas relucen en el expediente –documento imprescindible-, acaso podría arrojar luz a una auto-comprensión del caso bastante certera.

En ese menester, si se prestare atención a los actos procesales en la causa *sub examine*, se advertirán las siguientes irregularidades:

---

*hecho que se le atribuye. Después de nueve años obviamente no es posible reconstruir el hecho ni las circunstancias en que ocurriera. Pero aún si se pudiera tener por la acreditada la autoría, no es posible demostrar a esta altura si el hecho fue cometido bajo una de las circunstancias extraordinarias de atenuación, prevista en el art. 80 último párrafo del C.P., o si actuó bajo algún estado que excluyera su capacidad de culpabilidad”.*

<sup>6</sup> Michel Foucault revisando el proceso de la Ilustración –Die Aufklärung-, propone una ontología histórico-crítica pero crítica no trascendental a lo Kant, sino genealógica en su finalidad y arqueológica en su método. Esto significa el ejercicio de una investigación histórica sobre los orígenes de quiénes somos, dónde estamos, porque pensamos y decidimos tal o cual cosa etc. Un esfuerzo individual para investigar los orígenes (de ahí genealógico) de nuestra constitución presente, a través de un método arqueológico. Este método implica el análisis del saber y el poder de una época determinada (FOUCAULT, MICHEL. “¿Qué es la Ilustración?”, en *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales. TIII*. Barcelona, Paidós, 1999. pp. 335-352) En otras obras, el filósofo francés pasa revista a los documentos de una época para reconstruir el origen de una institución apoyado en un saber cuya crítica se pretende. Por ejemplo, en el libro “Vigilar y castigar”, busca el origen de la institución carcelaria moderna y para ello estudia las condenas bestiales pre-ilustradas y el progreso hacia la pena de prisión pos-ilustrada a través de archivos de periódicos, expedientes y textos legales (*passim* FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Capítulo I.0 1era Edición. Trad. Aurelio Garzón del Camino. Ed. Siglo XXI, Bs. As., 2008)

1) Desde el inicio, la notificación policial de un sumario a una adolescente hospitalizada implica un avasallamiento a sus derechos humanos como la salud y la intimidad<sup>7</sup>, cuando dicho acto podía suplirse a través del abogado defensor o su representante legal.

2) La instrucción formal según el Código Procesal Penal de Entre Ríos<sup>8</sup>, Art.201 tenía por objeto: 1º) *Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad;* 2º) *Establecer circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen, o influyan en su punibilidad;* 3º) *Individualizar los partícipes (...).* Sin embargo, los actos procesales en su mayoría se ocuparon en la tutela de L.N.M en vez de recolectar la prueba necesaria para el dictado de una pieza acusatoria. La plataforma fáctica, en efecto, nunca logró cristalizarse con respaldo en evidencia a los fines de la correcta *adecuatio legis ad factum*. El sentenciante que dispone el sobreseimiento lo dice con claridad: las circunstancias que rodearon el hecho no se acreditaron al punto que la calificación legal primigenia continuaba en estado de duda 9 años después.

3) En la audiencia indagatoria, primera manifestación material de la defensa<sup>9</sup>, L.N.M confesó el hecho, pese a la prohibición de declarar contra sí mismo (Art.18 C.N.) y su expresa decisión de abstenerse de declarar<sup>10</sup>.

4) L.N.M permaneció en situación de encierro<sup>11</sup> debido a una medida de internación sin plazo, en una residencia de un organismo administrativo. En los hechos, constituyó una auténtica privación de libertad sin fundamentos<sup>12</sup>. Prueba de ello es que al retirarse del hogar se libraron órdenes de localización a la autoridad policial.

---

<sup>7</sup> El derecho humano a la intimidad que implica el resguardo de la vida privada están contemplados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Art.11 incs. 2 y 3 Convención Americana de Derechos Humanos; Art.17 incs. 1 y 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Y en el caso de niños está previsto específicamente en el Art.16 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y Regla n°8 de las Reglas de Beijing (Reglas de la ONU para la administración de justicia penal de menores)

<sup>8</sup> Ley n°4843, Libro Segundo Capítulo IV Titulo II. Las reglas de la instrucción formal se aplicaban al proceso penal de menores por remisión de la Ley n°8490 (Art.80°). El Estatuto jurídico del menor contemplaba normas procesales específicas pero en líneas generales remitía al Cód. Procesal Penal. Lo mismo sucedía con respecto a las competencias civiles del Juzgado de Menores.

<sup>9</sup> La defensa en juicio, asociado al principio de inocencia, son derechos humanos transversales en los Tratados Internacionales cuando se enuncian las garantías penales básicas (Art. 8 incs.1º, 2º C.A.D.H.; Art. 14, incs. 1º y 2º; Art. 40 inc. b C.D.N. y Regla n°10.1 de Beijing).

<sup>10</sup> Como se hizo referencia en la crónica, la confesión del hecho por parte de la joven derivó a partir del interrogatorio del Juez sobre su historia de vida y condiciones sociales, de conformidad al Art.82 de la Ley n°8490 que facultaba al Juez de Menores para dirigir el interrogatorio a los fines de "(...) conocer el hecho delictuoso, su capacidad mental, instrucción, afectividad, tendencias, hábitos y demás circunstancias de orden moral, psíquico o de ambiente". En función de este interrogatorio, la imputada declaró abiertamente sobre las circunstancias del parto y cómo habría matado a su hijo.

<sup>11</sup> Según el Art.19 inc. c) de la Ley n°26061 se debe considerar privación de la libertad del niño a su ubicación en un lugar del cual no pueda salir por su propia voluntad. Esta norma está en consonancia con el concepto fundamental desarrollado en las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad" (Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990), en el Art.11 b): "Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública".

<sup>12</sup> En realidad el fundamento residía en la mera remisión a la Ley n°8490 que facultaba al Juez de Menores a disponer medidas de internación de tal naturaleza sin mayor referencia que los supuestos de aplicación del "patronato institucional".

5) La defensa técnica no ejerció la actividad esencial de ser “oposición”<sup>13</sup> a la acusación. Al contrario, fue acompañando pasiva y activamente las disposiciones inquisitivas del Juzgado de Menores. En concreto, durante la indagatoria no se opuso a que la joven se autoincrimine, no cuestionó vía recursiva la internación por tiempo indeterminado, no instó la producción de evidencia favorable a la situación procesal de su defendido, por ejemplo, orientada a acreditar un supuesto de atenuación extraordinaria o comprobar si realmente el feto nació con vida o muerto.

6) El Ministerio Público Fiscal registra una intervención meramente formal. No insta la producción de evidencia, no cuestiona la dilación innecesaria de la instrucción ni corrige su rumbo.

7) La situación procesal de L.N.M en términos de responsabilidad jurídico-penal quedó en una nebulosa. Nunca se terminó de definir mediante un auto fundado<sup>14</sup>, no obstante, fue objeto de una intervención tutelar intensiva, de carácter administrativo e interdisciplinario.

### **c) Preguntas decisivas, respuestas provisionales. *Dura lex sed lex.***

Frente a la acumulación de los errores procesales y materiales señalados, la pregunta perentoria a postular es la siguiente: ¿cómo es posible que en el año 2001 se cometieran las falencias señaladas, en relación al enjuiciamiento *penal* de una adolescente de 17 años, frente a un presunto hecho ilícito grave, cuando ya habían transcurrido 12 años de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño<sup>15</sup> y 7 años desde que la Asamblea Constituyente incorporara la mentada Convención en el bloque de tratados internacionales con jerarquía constitucional (Art.75 inc.22 C.N.)?

---

<sup>13</sup> Enseña Vázquez Rossi que la defensa penal constituye un poder de realización del Derecho Penal junto a la acusación y la jurisdicción y le reconoce una naturaleza triádica puesto que se muestra como un derecho –constitucional-, un poder -elemento esencial del debido proceso- y una actividad -básicamente oposición a la acción- (VAZQUEZ ROSSI, JORGE E. *La defensa penal*. 4ta. Edición. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, Pp.150)

<sup>14</sup> La Ley n°8490 prescribía un plazo ordenatorio de 10 días para dictar el auto de responsabilidad a partir de la indagatoria (Art.85). El plazo razonable y la evitación de la demora en el proceso penal, constituyen una preocupación central en el conjunto de instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Arts. 7 inc.5° C.A.D.H., Art.14 inc.3.c P.I.D.C.P.) En el caso especial de niños sometidos a proceso penal se ha dicho que: “... *el tiempo de duración del proceso debe respetar los principios de máxima brevedad y celeridad, sin que ello implique, claro está, menoscabar o negar las garantías del debido proceso penal*” (BARBIROTTA, PABLO. *Proceso penal juvenil*. 1era. Edición, Ed. Delta Editora, Paraná, Argentina, 2013, Pág. 91). En ese sentido, la exigencia del juzgamiento en plazo razonable se enfatiza para el caso de los jóvenes en conflicto con la ley penal (Art. 10.2.b P.I.D.C.P.; Art. 5.5 C.A.D.H.; Art.40 inc.2 b.iii C.D.N., Regla n°20 de Beijing; Regla 17 de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad). La Observación General n°10 (ONU, 2007), instrumento interpretativo medular de la C.D.N., en relación a los derechos de los niños en la justicia de menores, refiere en el párrafo 51: “*Hay consenso internacional en el sentido de que, para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado*”.

<sup>15</sup> La Convención internacional de los Derechos del Niño fue sancionada por la O.N.U. mediante Resolución 44/25 del 20/11/1989 y entrada en vigor 02/09/1990. Argentina la incorporó mediante la Ley N°23.849 sancionada en fecha 27/09/90, promulgada el 16/10/90 y elevada al rango de jerarquía constitucional en la Reforma Constitucional de 1994, Art. 75 inc. 22 Const. Nacional (Art.75 inc. 22 C.N.).

Una primera respuesta provisional al interrogante planteado, emergería sin mayor complejidad de un somero análisis de la legislación por entonces vigente a nivel provincial y nacional. En puridad, los mencionados yerros jurídicos no eran tales, constituían decisiones jurisdiccionales legitimadas en normas vigentes cuya constitucionalidad<sup>16</sup> no se cuestionaba en ese momento<sup>17</sup>. *Dura lex sed lex*.

Sin embargo, propongo un abordaje de la problemática más amplio que una mera exégesis legal, por cuanto es preciso develar que, detrás de las normas jurídicas, operaron un entramado de ideas, prácticas forenses y administrativas arraigadas que, en su conjunto, instauraron las condiciones de posibilidad para que el caso de L.N.M fuera procesado de esta manera. En otras palabras, debió existir necesariamente *un modelo* de persecución jurídico-penal<sup>18</sup> de la adolescencia que hiciera posible el tratamiento institucional de L.N.M. por parte del poder jurisdiccional del Estado del modo descripto.

Hacer explícito ese modelo, su crítica y reemplazo, es lo que la doctrina especializada<sup>19</sup> y alguna jurisprudencia<sup>20</sup> aislada han venido desarrollando a través de la

---

<sup>16</sup> Recién en el fallo C22.909, “Famoso, Elizabeth y otro s/procesamiento e internación” de fecha 17/03/2004, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, de la Capital Federal, declaró la inconstitucionalidad de los Arts.2° y 3° de la Ley n°22278.

<sup>17</sup> Enseña Mary Beloff que los países latinoamericanos adoptaron tres caminos diferentes en cuanto a la adecuación de la legislación interna a la C.D.N. En algunos países no produjo ningún impacto y/o modificación legal; en otros se dio una “adecuación meramente formal” que implica una reforma legal sin cambiar la óptica y finalmente, en algunos países hubo una “adecuación sustancial” de las leyes internas a la C.D.N. (BELOFF, MARY. “Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular”, en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. 1era. Edición., 3era. Reimp. Editorial Del Puerto, Bs As., 2009. Pp. 6-8) En el período 1990-2000 Argentina se ubicó en el primer grupo aún con la doctrina de la C.S.J.N en los precedentes “Ekmekdjian c/Sofovich”, 07/07/1992 (Fallo 315:1492) y “Fibrica Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta”, 07/07/1993; en los cuales se estableció que los principios, derechos y garantías plasmados en un Tratado internacional resultan operativos desde su incorporación al derecho interno. En la actualidad solamente ha adecuado la protección integral, no así la materia penal.

<sup>18</sup> Vid. GARCÍA MENDEZ, EMILIO. “Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano”, en *Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia*, Año VI N°10 B, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000. Pp. 261/276. En este artículo, el autor describe tres grandes etapas en la historia latinoamericana del adolescente y la ley penal. Una primera del “tratamiento penal indiferenciado” en la que el menor era tratado igual que los adultos hasta fines del siglo XIX, principios del XX; una segunda, “tutelar”, en la que el adolescente acusado de un ilícito es sobreprotegido por el Estado mediante un paternalismo exagerado. Finalmente, una tercera etapa de la responsabilidad penal que no se trata de un mero retribucionismo represivo, sino de concebir que el adolescente se haga responsable de sus actos, a través de respuestas ajustadas a su madurez, diferentes a la pena clásica y respetándose enfáticamente sus garantías.

<sup>19</sup> Todos los autores consultados para esta unidad han caracterizado y criticado el modelo tutelar como punto de partida. En la doctrina nacional, he seguido básicamente a CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil*. 1era. Edición. Ed. B de f., Bs As, 2014 (específicamente el Capítulo II); GARCIA MENDEZ, EMILIO. *Infancia de los derechos y de la justicia*. 2da. Edición. Ed. Editores del Puerto, Bs. As., 2004 y BELOFF, MARY. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. 1era. Edición, 3era. Reimp. Ed. Del Puerto, Bs As., 2004. BELOFF, MARY. *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, 1era Edición. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2018. Pp.35/50.

<sup>20</sup> Ya vimos en la nota 16, el precedente “Famoso” de un Tribunal inferior. El leading case en Argentina es el Fallo RECURSO DE HECHO, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, Causa N° 1174C (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/07/2006, Fallos 328:4343) donde la C.S.J.N. aborda de manera sustancial las condiciones de punibilidad de los adolescentes conforme el Decreto Ley n°22278, denunciando la práctica histórico-institucional desarrollada respecto a la grave confusión en materia de niñez entre menores

oposición teórica entre dos modelos políticos y jurídicos para el abordaje de la infancia en conflicto con la ley penal: el modelo de la “situación irregular” o “tutelar” frente al modelo de la responsabilidad penal juvenil. El primero, se implementó y se afianzó ampliamente en Europa y América latina desde el inicio del siglo XX y el segundo empezó a imponerse, no sin arduos procesos transicionales aún no finalizados<sup>21</sup>, y con distintos avances y retrocesos, a partir de la mitad del siglo XX hasta nuestros días.

En efecto, a la fecha del caso en estudio –abril de 2001- estaba vigente la Ley del Patronato del Estado n°10903<sup>22</sup>, el instrumento legal más importante para el abordaje tutelar de la infancia vulnerable en Argentina. En cuanto a la materia penal, regía el Decreto Ley n°22.278<sup>23</sup>, denominado “Régimen penal de la minoridad”. Este último, todavía vigente, está engarzado ideológicamente con la Ley n°10903 ya derogada. Y en el ámbito local estaba vigente la ya mencionada Ley n°8490, la regulación en la provincia de Entre Ríos de la Ley n°10903.

---

vulnerables y menores en conflicto con la ley penal. Sin embargo, en otra sentencia la misma Corte en oportunidad de resolver el Habeas Corpus colectivo en beneficio de un conjunto de niños no-punibles privados de la libertad en institutos cerrados por orden judicial basada en el dispositivo de la tutela (Art.1° Decreto Ley n°22278), no sólo suspendió la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal que había acogido la acción, sino que tampoco declaró la inconstitucionalidad del dispositivo legal. De ese modo, optó por una decisión más conservadora al criticar severamente la situación de jóvenes no punibles detenidos por motivos asistenciales sin ordenar; sin embargo, el cese de la detención a todas luces arbitraria e instando a un proceso de soltura gradual, analizando caso por caso, a la vez que exhortando al poder legislativo a adecuar la normativa en un plazo razonable (vid C.S.J.N, RECURSO DE HECHO, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537, 02/12/2008 Fallos: 331:2691).

<sup>21</sup> Para ver el estado actual y evolución de las legislaciones provinciales en Argentina, *passim* KROTTER, LAURA. “El proceso penal juvenil y su regulación en los ordenamientos provinciales argentinos”, en el *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 2015.

<sup>22</sup> Se sancionó en fecha 21/10/1919, conocida como “Ley Agote” en honor al Dr. Luis Agote, médico, diputado y mentor de la ley del patronato. El fundamento principal de su sanción fue la existencia de miles de niños abandonados, en situación de calle, la mayoría hijos de inmigrantes, imbuidos en el anarquismo que rondaban a su suerte en los grandes centros urbanos. Para medir la concepción reaccionaria de la ley basta con citar el testimonio del Dr. Agote en la sesión de diputados del 28/08/1919, quien expresó: “*El Estado tiene el derecho de secuestrar a los menores cuya conducta sea manifiestamente antisocial, peligrosa, antes de que cometan delitos... No hay en ello restricción de libertad civil: el menor no la tiene y sólo se trata de sustituir la patria potestad por la tutela del Estado... El niño no tiene derechos, no tiene por sí representación, no es persona según la ley. Es menor*”, (citado en IMBRIANO, AMELIA. “¿Porqué matan los niños? Un aporte del psicoanálisis a la prevención del delito y la justicia penal juvenil”. 1era. Edición. Ed. Letra viva, Bs. As. 2012, pp43/44). O como dice Esther Giménez-Salinas y Colomer, una de las principales características del sistema tutelar es que “*Deben tener un tribunal especial, del que no necesariamente deba formar parte un Juez, ya que lo que importa no es garantizar el derecho y su correcta aplicación, sino el conseguir la reeducación del niño. No importan los medios, sino sólo el fin*” (GIMENEZ-SALINAS Y COLOMER, ESTHER. “Justicia de Menores y ejecución penal”, en *Prevención y Teoría de la Pena*. 1era. Edición. Ed. Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1995, Pp.219).

<sup>23</sup> El Derecho penal juvenil positivo en Argentina gira alrededor del Decreto-Ley n°22278. Su regulación es muy parecida a la que previó el Código Penal de 1921 –Arts.36-39, reemplazados por la Ley N°14394 –Arts.1° a 14°, llamada ley ómnibus que introdujo importantes reformas en el Código Civil de Vélez Sarsfield, finalmente derogados dichos artículos en la época de la última dictadura mediante el referido Decreto-Ley n°22278 de fecha 25/08/1980, y otro Decreto modificatorio ulterior (Decreto Ley n°22.803). En síntesis, los tres cuerpos normativos referidos, estructuran un régimen penal diferenciado para jóvenes infractores menores de 18 años, de los cuales considera punibles a los adolescentes entre 16 a 18 años que hayan cometido delitos cuyo máximo de pena exceda los dos (2) años de prisión (Art.1° Dec-Ley cit.) Así pues, no pueden ser castigados los adolescentes menores a 16 años al momento del hecho y/o que hayan cometido un delito que no tenga una pena de prisión mayor a 2 años (Por ej.: el Hurto, Art.162 C.P.). Una síntesis de la evolución legislativa del Derecho Penal minoril pueden encontrarse en SOLER, SEBASTIAN. *Derecho Penal argentino*. Tomo II. 4ta. Edición. 10ma. Reimp. Ed. T.E.A., Bs. As, 1992, Pp. 59/65, cuando desarrolla la inimputabilidad por inmadurez en el caso de los menores.

En este contexto normativo, el Juez de Menores estaba dotado de amplísimas y discrecionales facultades para tutelar y resolver aspectos trascendentes de la vida de cualquier menor de 18 años, una vez verificado el presupuesto de la situación irregular<sup>24</sup>. El proceso tutelar se registraba en un expediente judicial escrito, burocrático y extenso, en el cual intervenían múltiples actores procesales y se mezclaban, sin orden lógica ni coherencia, cuestiones asistenciales y penales.

A mayor abundamiento, el “Estatuto jurídico del menor” asignaba al magistrado competencia<sup>25</sup> civil, asistencial y penal. Respecto a esta última competencia<sup>26</sup>, la penal, la ley dotaba al órgano jurisdiccional de facultades para investigar un hecho punible, producir prueba, dictar medidas de coerción personal –V.gr. prisión preventiva en instituto especializado-, procesar y llevar a juicio oral como Juez unipersonal y en su caso, condenarlo y también ejecutar la pena. En fin, la ley creaba un magistrado polifacético<sup>27</sup>, evocando el dworkiniano Juez Hércules<sup>28</sup> que podía al mismo tiempo y sin contradicción aparente, exonerar de responsabilidad penal a un adolescente y aún así privarlo de la libertad dictando una medida de protección hasta su mayoría de edad.

Este Juez de Menores, a su vez, como se señaló, era auxiliado por múltiples actores institucionales. Por un lado, un Equipo Técnico<sup>29</sup> conformado por un profesional médico psiquiatra, psicólogos y asistentes sociales, en virtud de los cuales obtenía el asesoramiento y

---

<sup>24</sup> Por “situación irregular” debe entenderse el estado del menor que una vez verificado habilitaba la intervención del Patronato del Estado. La norma definía: “Entiéndase por menor en situación de patrocinio institucional a todo aquel que carezca de representantes legales, o que teniéndolo no goce de las condiciones esenciales para lograr su desarrollo integral, o que se encuentren en estado de abandono material o moral, o en situación irregular por la comisión de actos sancionados por la Ley Penal” (Art.19). A continuación, se contemplaban casos especiales con carácter enunciativo, por ejemplo, niños maltratados, desposeídos, desamparados, privados de las condiciones esenciales para su subsistencia, víctimas de delitos, explotados laboralmente, fugado o extraviado y, reiteraba, incursos en conducta punible (Art.19 inc.a-i). Esta norma no era más que la concreción de la Ley nacional n°10903 Art. 14 (texto conforme decreto-ley 5286/57) “Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la Capital de la República y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del Menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor (...)”. Este es el origen de la expresión “paradigma de la situación irregular” para describir o denominar el modelo tutelar de la infancia.

<sup>25</sup> Art.53-61, Ley n°8490 (Capítulo III. De la competencia).

<sup>26</sup> Asimismo en materia civil podía privar de la patria potestad a los responsables legales, restituirla, alojarlo en un centro de internación; adoptar medidas asistenciales como procurar educación y cuidados de la salud, e incluso intervenía para discernir la concesión de guardas, tutela, inscripción de nacimientos, rectificación de partidas, obtención de documentos de identidad, autorización para salir del país o viajar dentro de él, ingresar a establecimientos.

<sup>27</sup> Una de las características del sistema tutelar es la centralización y concentración de funciones en la misma persona, el juez de menores, en el territorio y para las más diversas materias (BELOFF, MARY. *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano...* Pp.26-27)

<sup>28</sup> Ronald Dworkin postuló un juez ficticio –modelo ideal- que llamó “Hércules” por su capacidad omnímoda de resolver cualquier conflicto jurídico aplicando correctamente el derecho, a los efectos de describir y fundamentar su teoría de la adjudicación judicial bajo el concepto de derecho como integridad de reglas y principios jurídicos (*passim* DWORKIN, RONALD. *Los Derechos en serio*, Capítulo 4. 1era Edición, 8va. Reimp. Trad. Marta Guastavino. Ed. Ariel, Bs. As. 2010, pp.176/208)

<sup>29</sup> Art.47, Ley n°8490.

conocimiento de la personalidad, temperamento, cuestiones de intimidad y el entorno familiar y social del adolescente. También intervenía un organismo administrativo (Consejo Provincial del Menor<sup>30</sup>) como brazo ejecutor de sus decisiones.

La figura del Ministerio Público Pupilar, aparecía diseñada como un híbrido que hacía las veces de defensa penal y representante promiscuo de los intereses de su pupilo<sup>31</sup>. Por tal razón, el defensor no se oponía a la acusación, acompañaba pasiva o activamente el conjunto de decisiones que restringían fuertemente la libertad del adolescente; no discutía la evidencia o la calificación legal, permitía que declare contra sí mismo y legitimaba que transcurriera el tiempo sin que se resuelva la situación procesal. Su función principal era colaborar con el ejercicio de la tutela que el Juez de Menores llevaba adelante por encima del entuerto penal.

Continuando con el análisis normativo, en lo que respecta a la situación específicamente penal, amén que la Ley n°8490 remitía<sup>32</sup> a las reglas de la instrucción formal contempladas en el C.P.P.E.R., según Ley n°4843, para el juzgamiento del caso; consagraba el instituto de la “cesura de juicio”<sup>33</sup> por expresa imposición del Decreto Ley n°22.278<sup>34</sup> principal norma de fondo a nivel nacional que sigue aún vigente. Y con ello se cierra el cuadro normativo y se halla por tanto una explicación formalista<sup>35</sup> desde el punto de vista legal de la pregunta esbozada al comienzo.

---

<sup>30</sup> Título IV, Arts.30-45, Ley n°8490.

<sup>31</sup> Siguiendo a Julián Axat, este autor en su interesantísima tesis etnográfica sobre la justicia penal juvenil, describe tres tipos ideales de defensor penal juvenil: escolástico, aquél que solo contempla el aspecto lógico-jurídico del caso y se desentiende del aspecto sociológico; el inquisitivo, que desarrolla la tarea mínima e indispensable y solo arriesga en los casos de éxito probable evitando perder el capital de su investidura. Finalmente, está el defensor tutelar-paternalista, como el del caso bajo examen, que intenta “ayudar” al joven en el fin educativo y correccional sin importar que ello implique entregarlo al Estado (AXAT, JULIAN. *Una voz no menor. Apuntes etnográficos sobre la justicia penal juvenil*. Capítulo V Punto b. Tesis de posgrado. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. En Memoria Académica, [en línea consultado en fecha 24/05/2018]. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1016/te.1016.pdf>)

<sup>32</sup> Art.80, Ley N°8490

<sup>33</sup> Art.87, Ley N°8490

<sup>34</sup> Respecto de los jóvenes punibles, el Dec-Ley n°22.278/803 remite a las penas previstas en la parte especial del Código Penal y demás leyes penales especiales, sin embargo, establece un mecanismo diferenciado para imponer el castigo. En ese aspecto el Art.4° de la mentada norma supedita el debate en torno a la imposición de una pena a la observancia de tres requisitos: “1°) *Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales*, 2°) *Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad*, 3°) *Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad*”. Es decir, el juez estará habilitado para sancionar o no una vez que se verifiquen los tres requisitos de mención siendo esta disposición de orden público. Ahora bien, cumplido esos requisitos, el juez debe merituar a los fines de imponer una sanción: “*si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirse en la forma prevista para la tentativa*” (Art.4° Dec-ley cit.). Cualquiera fuera el resultado de la causa, el Art.2° otorga enormes y discrecionales facultades al juez para disponer definitivamente del menor por auto fundado, “*si de los estudios realizados apareciera que el menor se haya abandonado, faltar de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta...*” (Art.2 Ley cit.).

<sup>35</sup> El formalismo es el término utilizado para describir las principales escuelas decimonónicas del Derecho en el siglo XIX que circunscribían el Derecho a la Ley, producto racional por excelencia del Estado republicano post-revolución francesa, limitando el campo de interpretación de los jueces a su letra. La dogmática nace a partir del análisis exegético de la ley, y solo ello. (CALVO GARCÍA, MANUEL. *Los fundamentos del método jurídico*. 1era. Edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1994. Capítulo III, Pp. 62/97).

*Dura lex sed lex*, decía un viejo adagio romano.

Una vez realizada la exégesis de la ley vigente como primera tarea para la comprensión del caso L.N.M, deviene necesario poner en contraste las diferencias fundamentales entre, el modelo tutelar y la base ideológica de las leyes analizadas, con el modelo de la responsabilidad penal juvenil, a los efectos de comprender por qué éste último se instituye como el subsistema normativo más adecuado a la dignidad humana y las garantías constitucionales de un adolescente en el proceso penal.

## Capítulo II

### Los sistemas penales juveniles: modelo tutelar vs modelo de la responsabilidad

#### a) El modelo tutelar de la infancia

Así pues, continuando el hilo conductor de las reflexiones precedentes, el cuadro legal descripto en los acápites anteriores responde al modelo o paradigma<sup>36</sup> de la situación irregular. Este modelo nace como política pública del Estado a fines del siglo XIX y siglo XX<sup>37</sup> para afrontar la grave problemática de niños desamparados ya fueren huérfanos, mendigos, *delinquentes tempranos* o víctimas de delinquentes; humildes, marginales o abandonados a su suerte, sin o cuasi nulo control parental o referente adulto y/o en situación de calle. Vulnerables en sentido amplio y por ende, etiquetados potencialmente peligrosos<sup>38</sup>. La aparición de niños en esas condiciones se debió a los progresivos procesos de inmigración

---

<sup>36</sup> Cabe aclarar que se emplea el vocablo “paradigma” en el más fiel sentido kuhneano, pues las críticas y el fracaso del paradigma tutelar –teórica y práctica-, devinieron en una “crisis” cuyo desenlace aún no se ha terminado y, según Kuhn, constituye la antesala de la revolución que da lugar al surgimiento de un nuevo paradigma (Ver.: KUHN, THOMAS S. *La estructura de las revoluciones científicas*. 1era. Edición. Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1971).

<sup>37</sup> Aníbal Crivelli desarrolla en el Capítulo III de su tesis doctoral, in extenso, la evolución de los sistemas de control socio-penal de la infancia. En relación al modelo tutelar, asistencial, paternalistas o de la situación irregular, lo emplaza históricamente a fines del siglo XIX y comienzos del XX concomitante al nacimiento de la sociedad industrial y el consecuente proceso migratorio hacia los centros urbanos (CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil...* Pp.67/71) En el Capítulo V detalla la evolución del sistema de justicia penal juvenil argentino específicamente (Ibidem, Pp.217/263). La autora Carolina González Laurino, por su parte, describe los modelos de la tutela y de la responsabilidad desde un punto de vista sociológico; detalla la adopción de leyes tutelares en distintos países en la primera mitad del siglo XX por la preocupación del control social de la infancia “no normalizada” (GONZALEZ LAURINO, CAROLINA. “Modelos de justicia penal juvenil en debate a inicios del siglo XXI”, en *Questio iuris* revista Vol. 09 N°2 Río de Janeiro, 2016 – consultado en internet en fecha 18 de mayo de 2018, disponible en [www.researchgate.net/publication/301664766\\_Modelos\\_de\\_justicia\\_penal\\_juvenil\\_en\\_debate\\_a\\_inicios\\_del\\_siglo\\_XXI](http://www.researchgate.net/publication/301664766_Modelos_de_justicia_penal_juvenil_en_debate_a_inicios_del_siglo_XXI))

<sup>38</sup> Explica Nicolás Grappasonno que “es ilustrativo recordar que a principios del siglo XX se adoptó un régimen especial de menores y que bajo el revestimiento de su protección ante el desamparado, constituyó claramente un mecanismo de defensa de la sociedad frente a la peligrosidad de ese estamento subalterno que significó la infancia” (GRAPPASONNO, NICOLAS. “El debido proceso penal y el caso de niños en conflicto con la ley penal. Apuntes acerca de un procedimiento penal juvenil en la república Argentina”, en *Responsabilidad penal juvenil. Garantías procesales penales*. 1era. Edición. Ed. La Rocca, Bs As. 2010, pp.32).

interna del campo a la periferia de las grandes ciudades, como la externa proveniente de otros países signados por la guerra y las crisis económicas<sup>39</sup>.

En ese contexto social de nefastas consecuencias para la infancia, se pergeñó un sistema de protección a través de la creación de instituciones públicas, *i.e.* organismos administrativos, Juzgados de Menores<sup>40</sup>, que acapararon las políticas de control social de los niños desamparados que otrora realizaban instituciones altruistas y de beneficencia, la mayoría nacidas en el seno de las instituciones religiosas –principalmente la Iglesia Católica-. La institucionalización de la tutela, fue acompañada por una legislación especial y de emergencia inspirada en ideas propias del positivismo biologicista<sup>41</sup>, criminológico<sup>42</sup> y el correccionalismo<sup>43</sup> por entonces en boga en Europa cuando se sancionó. Bajo este paradigma se considera al niño un incapaz. En la Argentina, como ya se señaló, irrumpe formalmente a través de la célebre Ley n°10903<sup>44</sup> conocida como “Ley Agote” cuyo autor casualmente era médico.

La nomenclatura utilizada en los textos legales de la tutela refleja con elocuencia la ideología de fondo. Por ejemplo, dos términos resultan emblemáticos: “*disponer*” y “*tratamiento*”. Las normas en cuestión iteran estos vocablos que remiten, el primero, al poder *erga omnes* que el Derecho Civil confiere al titular de un derecho de propiedad. Hay pues una equiparación semántica entre un menor<sup>45</sup> y una cosa o res *objeto de un derecho real de*

---

<sup>39</sup> Nació un derecho penal bajo el “dogma de la defensa social”, “policial y vigilante” para contener las clases emergentes en ese nuevo período de la sociedad industrial, en el cual las garantías liberales del Derecho penal clásico decimonónico se empobrecieron. La situación del niño en conflicto con la ley penal y el sistema tutelar ha de comprenderse en ese contexto. (ZAFFARONI, EUGENIO- SLOKAR, ALEJANDRO.-ALAGIA, ALEJANDRO. *Manual de Derecho Penal-Parte General*, 2da. Edición. Ed. Ediar, Bs.As., 2010, Pp.225).

<sup>40</sup> El primer tribunal menores se instituyó en EE:UU, en el año 1899, Juvenile Court del condado de Cook, Illinois (CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil...* pp.77); GIMÉNEZ-SALINAS y COLOMER, ESTHER. “Justicia de menores y ejecución penal”... Pp.214/221).

<sup>41</sup> Acuñado en la Escuela positiva italiana, autores como Enrico Ferri y Raffaele Garofalo, entre otros, entendían al delincuente como “un ser antropológicamente inferior, más o menos desviado o degenerado”. La respuesta del sistema punitivo no ha de ser por tanto la pena sino las “medidas higiénico-preventivas” (FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*. 11va.Edición, 1era. Reimp. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Ed. Trotta, Madrid, 2014. Pp.266/267).

<sup>42</sup> Precisamente, el paradigma etiológico era una tesis criminológica que implicaba una “biologización del delito”. Desarrollada por Cesare Lombroso, asociaba el delito con los rasgos fisiológicos del delincuente –V.gr. Negro, feo etc.- (ZAFFARONI, E.-SLOKAR, A.-ALAGIA, A. Ob cit. pp240/241) Trazando un paralelismo con la tesis de la situación irregular, el menor pobre y desamparado era sinónimo de delincuente y por tanto causa de su detención (BELOFF MARY. *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano...* pp. 21/22; CRIVELLI, ANIBAL E, Ob cit. Pp.79/83.)

<sup>43</sup> Enseña Ferrajoli que “*En la literatura correccionalista el proyecto disciplinar se encuentra casi siempre articulado con arreglo a las dos finalidades de la prevención especial, la positiva de la reeducación del reo y la negativa de su eliminación o neutralización*” (FERRAJOLI, LUIGI. Ob. cit. Pp.264/265).

<sup>44</sup> El autor denomina la Ley n°10903 como la “génesis del modelo tutelar en Argentina” (CRIVELLI, ANÍBAL E. Ob. cit., Pp.230/240)

<sup>45</sup> La primera gran denuncia sobre la “cosificación” del menor fue en la jurisprudencia y en EEUU, por paradójico que sea, en el célebre caso “Gault” (1967) donde se dijo que el niño en el proceso penal juvenil debe contar con las mismas garantías

*propiedad*<sup>46</sup>. Y el segundo, connota una indudable intervención multidisciplinar de carácter médico-curativo por la cual el adolescente sujeto al patronato, es tratado como un paciente enfermo y se le receta un “tratamiento”<sup>47</sup> para paliar su mal y en el mejor de los casos obtener su cura.

Ahora bien, resulta determinante señalar que **este modelo absorbió el abordaje específicamente jurídico-penal de la adolescencia** en conflicto con la ley penal. Así pues, en el sistema tutelar el menor imputado de un hecho contrario a la norma penal es inmediatamente equiparado a un menor vulnerable o en peligro en clara afrenta a un Derecho Penal de acto; ergo, se propugna la aplicación de idéntica respuesta sistémica. De tal manera, si el fin de la norma es proteger al joven de una supuesta situación de indefensión –en este caso un menor acusado de un delito- se legitiman un conjunto de prácticas que incluso pueden ser abiertamente contrarias a las elementales garantías del debido proceso<sup>48</sup>. De tal modo, el adolescente penalmente enjuiciado, se encuentra en peores condiciones que un adulto en idéntica situación porque al primero se le retacean las garantías que al segundo nadie duda en reconocer bajo el eufemismo de que, al adolescente, con este trato dispensado, es protegido para su “bien”<sup>49</sup>.

En concreto, el menor acusado de un delito, no es abordado en los hechos como ciudadano alcanzado por el principio de inocencia, sino que se considera un menor en peligro moral que ha de ser intervenido como un auténtico inimputable<sup>50</sup>, bajo la protección

---

que un proceso penal de adultos. Entre ellos refirieron el derecho a conocer la imputación, ser asistido por un abogado, carear e interrogar testigos y no autoincriminarse (CRIVELLI, ANÍBAL. *Derecho penal juvenil...* Pp. 110/111).

<sup>46</sup> Refieren Zaffaroni, Slokar y Alagia comentando la Ley n° 22278 que “*En el sistema vigente en el país los niños no son responsables penalmente hasta los diez y seis años, pero el art. 10 de la llamada ley 22278, entendido literalmente, dispone en síntesis que el juez puede hacer con el niño lo que quiera, es decir, internarlo hasta los veintidós años, entregarlos a los padres, o sea, disponer del menor (expresión que evoca el derecho de propiedad)*” (ZAFFARONI, EUGENIO-SLOKAR, ALEJANDRO.-ALAGIA, ALEJANDRO. *Manual de Derecho Penal...* pp.143).

<sup>47</sup> La asociación del delito como patología o enfermedad (moral o social) conlleva la idea de la cura a través de un tratamiento análogo a la medicina. El delincuente es un enfermo que hay curar y rehabilitar. Aquí no hay Derecho Penal liberal de acto, sino Derecho penal antiliberal de autor. Dice Ferrajoli: “La pena, en efecto, asume la forma de tratamiento diferenciado, que apunta a la transformación o a la neutralización de la personalidad del condenado”, (Ob. cit. Pp.270).

<sup>48</sup> Reflexiona GIMÉNEZ-SALINAS y COLOMER, ESTHER: “*puesto que el menor era un «enfermo» y se le tenía «que curar» mediante la reeducación, no era necesario un proceso en regla ni tan siquiera los requisitos legales mínimos. Si de lo que se trataba, pues, era de «curar», todo estaba permitido y no había ninguna necesidad de respetar las garantías jurídicas, consideradas como superfluas, puesto que no se trataba de actuar represivamente*” (en “Justicia de Menores y ejecución penal”... Pp.221).

<sup>49</sup> En orden a estas reflexiones, declaman Zaffaroni, Alagia y Slokar que “*respecto de los niños y adolescentes el poder punitivo muestra sus mayores contradicciones (...) ha optado por encubrirse bajo el manto tutelar y ser allí más autoritario que respecto de los adultos (...) durante años se ha cubierto con una máscara de piedad y ha pretendido que los niños y adolescentes debían quedar fuera del derecho penal, tutelados con medidas educativas y formadoras*” (Ob. cit. Pp.142).

<sup>50</sup> La neutralización del inimputable como un foco peligroso para las libertades y bienes de tercero es explicado magistralmente por Günther Jakobs en la parábola de los tres reinos (JAKOBS, GÜNTHER. “Principio de culpabilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo XLV, Fascículo III. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1992) Tres reinos limítrofes deciden pagar una multa cada vez que los habitantes de uno saqueen en otro reino. La falta de pago acarrea la intervención del reino por su incapacidad de evitar a sus saqueadores y por ende, la pérdida

benefactora del Estado<sup>51</sup>; por eso se justifican medidas judiciales como el encierro por tiempo indeterminado en un establecimiento de tipo educativo<sup>52</sup>; o bien, se imponen pautas de conducta bajo vigilancia a los fines de adaptar al joven a ciertos parámetros de comportamiento considerados “normales” por la sociedad<sup>53</sup>.

En ese horizonte, la tutela se coloca como objetivo primordial de la intervención y la comprobación formal del hecho punible se soslaya a un segundo plano. La ley del patronato confirma esta idea: el Juez está facultado a continuar la tutela hasta la mayoría de edad incluso habiendo sobrepasado penalmente al menor imputado. De este modo, el sistema tutelar no distingue entre un joven vulnerable, afectado en sus derechos por acción u omisión de la familia, la sociedad y/o el Estado, de aquél joven que es sancionado de haber cometido un hecho punible. Los confunde. A partir de esa arbitraria indistinción, surgieron productos normativos esquizofrénicos, auto-contradictorios y, en definitiva, incapaces de resolver ninguno de los problemas subyacentes, ni la vulnerabilidad en sí, ni el conflicto propiamente penal.

A la luz del andamiaje jurídico e ideológico del paradigma tutelar, se comprende el trasfondo del caso con el cual iniciamos estas reflexiones. La adolescente L.N.M reunía el universo de estereotipos para el patrocinio institucional del Estado. Se trataba de una joven marginal, vivía en un barrio humilde, sin empleo ni estudios formales, cursando el segundo embarazo en su adolescencia y el hombre responsable ausente; los propios familiares ignoraban el embarazo y, finalmente, fue acusada de homicidio calificado por el vínculo. En el marco de esa extrema vulnerabilidad, el hecho penal fue el evento legitimador de la intervención paternalista del Estado y en ese sentido, daba lo mismo que hubiera sido acusada de un Hurto simple, pues a partir de la mera imputación el esfuerzo de los operadores

---

de autoadministración. Si el menor es inimputable no tiene competencia para auto-administrarse, entonces, la respuesta es la intervención para neutralizarlo y no una pena, es decir, “la multa” en la metáfora utilizada por Jakobs.

<sup>51</sup> Refiere García Méndez que *“una concepción jurídica tutelar como la que imperó por casi un siglo en la región debió su vigencia al predominio de dos ideas hegemónicas: la convicción sobre la incapacidad total de la infancia y las bondades intrínsecas de la acción discrecional”* (GARCIA MENDEZ, EMILIO. *Infancia de los derechos y de la justicia...* pp. 275)

<sup>52</sup> Resulta fecunda la reflexión de la C.S.J.N., en “Maldonado”, considerando 26): *“Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la “libertad ambulatoria”, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias”.*

<sup>53</sup> Dice GIMÉNEZ-SALINAS y COLOMER: *“El ideal rehabilitador y la profunda creencia de la necesidad de cambiar «a los menores» y adaptarlos al sistema de las clases dominantes. Así la reeducación se basaba en la formación de hábitos y costumbres”* (en “Justicia de Menores y ejecución penal”... pp.220).

jurídicos se enfocó en resolver la grave situación de la adolescente, perdiendo relevancia la recolección de evidencia probatoria sobre el hecho imputado. Sin embargo, como se describió, ninguna de las problemáticas fue resuelta satisfactoriamente.

En suma, la tutela de L.N.M destinada a su bienestar<sup>54</sup> justificaba la privación de la libertad sin plazo ni motivos de riesgo procesal; como también autorizaba la separación de su hijo y su familia, la educación forzada en manualidades y la falta de resolución de su situación procesal en plazo oportuno en tanto y en cuanto persistiera el patrocinio institucional<sup>55</sup>.

De todo lo referenciado, resulta legítimo concluir que un Derecho penal juvenil construido sobre el concepto de la situación irregular, importa un modelo de persecución penal deficitario en el núcleo pétreo de las garantías constitucionales y más próximo a un derecho cautelar o de medidas de seguridad inocuizadoras en el cual, la expectativa de comprobar formalmente la comisión de un injusto culpable y eventualmente aplicar una sanción razonable, se diluye en la finalidad primordial de salvar y reeducar al menor a través de específicas medidas de neutralización<sup>56</sup> justificadas en el ideal de protección; por ejemplo, el encierro tuitivo o el control institucional ambulatorio. Desde esta perspectiva, el modelo de la tutela responde a la pregunta formulada al comienzo de este apartado.

El paradigma diametralmente opuesto es el modelo de la responsabilidad penal juvenil.

## **b) El modelo de la responsabilidad penal juvenil**

Este paradigma de Derecho penal juvenil<sup>57</sup> constituye la adecuación legal del *ius puniendi* dirigido a adolescentes, a los estándares de la protección integral<sup>58</sup> de la infancia,

---

<sup>54</sup> García Méndez asocia la idea de hacer el “bien” con la “banalización conservadora” afirmando que “si consideramos cuantos más perjuicios se han cometido contra la infancia en nombre del amor y la compasión que en nombre de la propia represión, entonces, no puede sorprendernos que la banalización conservadora se configure en realidad como una sucesión permanente de eufemismos” (GARCIA MENDEZ, EMILIO. *Infancia de los derechos y de la justicia...* pp.278)

<sup>55</sup> Es un ejemplo de cómo, siguiendo la tesis de Foucault, la pena de encierro –ligada a las revoluciones burguesas- si bien más benigna que los tormentos punitivos –ligados a las monarquías absolutas y el derecho irracional-, se secuestra el cuerpo y se lo somete a una disciplina ordenada y rigurosa en la institución carcelaria (FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar...* pp. 117/119)

<sup>56</sup> Reflexiona Cillero Bruñol que “el sistema de menores pretende prescindir de la garantía de culpabilidad señalando que las medidas no son penas, no son un mal, sino un bien” y citando a un autor español de principio del siglo XX, concluye desde esta óptica que “en el bien no hay exceso” (CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes”, en *Justicia y Derechos del Niño*, N°3, UNICEF, Bs. As., 2001).-

<sup>57</sup> Es preciso señalar que, en puridad, hay otros modelos de tratamiento de adolescentes en conflicto con la ley penal, además del tutelar y el de la responsabilidad. Por ejemplo, el modelo educativo de despenalización –concebido en Europa a partir de 1950-; el modelo de justicia restaurativa que propugna el diálogo entre víctima, victimario y comunidad –surgido en Canadá y Nueva Zelanda-; y el modelo de tratamiento diferencial propiciando un tratamiento ad hoc según el perfil del adolescente desarrollado en Canadá (VALENCIA COROMINAS, JORGE J.M. “La justicia penal juvenil en el Perú. La evolución de la

delineados por la Convención de los Derechos del Niño más los tratados internacionales de derechos humanos que, en su conjunto, forman el llamado “*corpus iuris internacional*” de la infancia.<sup>59</sup>

La clave hermenéutica de este paradigma se halla en los preceptos de la C.D.N., Artículos 3, 37 y 40 que instituyen un programa general y nuclear<sup>60</sup> para un Derecho penal adolescente en la medida que establecen el principio rector en materia de interpretación y decisión administrativa y judicial concernientes a niños (Art.3º, “principio de interés superior del niño”); se fijan los lineamientos básicos en virtud de los cuales procede la privación de la libertad de un adolescente y estipula las condiciones de detención (Art.37); se plasman los fines preponderantes de un sistema punitivo juvenil –que se trasladan a los fines de la pena en el ámbito de la Teoría de la Sanción-, lo cual ha de conectarse con el mandato de adoptar medidas alternativas al proceso judicial clásico y excepcionalidad del recurso punitivo con multiplicidad de sanciones (Art.40, incs. 1, 3.b y 4) Y, se consagran, por último, las garantías mínimas del debido proceso –culpabilidad, legalidad, presunción de inocencia, derecho a

---

normativa y el nuevo modelo de tratamiento diferencial”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III, 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015. Pp.3621)

<sup>58</sup> La protección integral de la niñez abarca el conjunto de derechos humanos de toda persona considerada niño, con lo cual, las garantías relativas al proceso penal son solo una parte. De esta manera, los Estados que han adecuado sustancialmente la normativa interna a la C.D.N. han sancionado Códigos integrales de la niñez que contempla los aspectos de protección y justicia de familia y penal, o bien, sancionados leyes específicas por cada materia -V.gr. Familia, Penal etc.- (BELOFF, MARY. “Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular”, en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editorial Del Puerto, Bs As., 2004. Pp.11) En otro texto, la misma autora refiere con mayor precisión que la protección integral –en sentido estricto- de los derechos del niño comprende tres áreas: trabajo infantil, adopción internacional y menores de 18 años en conflicto con la ley penal (BELOFF, MARY. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. 1era. Edición. Ed. Temis, Bogotá, 1998. Pp.162)

<sup>59</sup> María R. Custet Llambi efectuó una enumeración de lo que comprendería el marco jurídico de un sistema penal juvenil en la actualidad, es decir, el mentado corpus iuris internacional en materia de niñez en conflicto con la ley penal: Convención Americana de Derechos Humanos, Convención de los Derechos del Niño, Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la libertad (Reglas de Tokio); Reglas para la Protección de Menores Privados de la Libertad (Reglas de la Habana); Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del Riad); Decisiones del Comité de los Derechos del Niño (Observaciones Generales y Recomendaciones específicas); Opiniones Consultivas y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; más las interpretaciones de de organismos competentes en el control de convencionalidad (CUSTET LLAMBI, MARÍA R. “Medida privativas de la libertad en el sistema penal juvenil. Estándares internacionales de Derechos Humanos”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015. Pp.3525/3570.-

<sup>60</sup> Gonzalo Berríos Díaz, comentando la Ley de Responsabilidad juvenil de Chile, dijo que: “la CDN en sus artículos 37 y 40 establece ciertas garantías especiales de los adolescentes como expresión de su derecho a una respuesta penal especial, distinta de los adultos, ante las infracciones penales que cometan. Estos derechos particulares serían: 1) a una respuesta cualitativamente diferente de la de los adultos; 2) a una respuesta cuantitativamente menos aflictiva; 3) a especiales garantías durante la ejecución de sanciones; y, 4) a que se fije una edad por debajo de la cual no se impondrá sanción alguna” (BERRIOZ DÍAS, GONZALO. “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y presupuestos”, en *Política Criminal, Revista de Estudios de la Justicia*, Vol.6 N°11, junio 2011. Pp.166. Consultado on –line y disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000100006>).

asistencia letrada e intérpretes, plazo razonable, prohibición de declarar contra sí mismo y doble conforme (Art.40, punto 2)<sup>61</sup>.

El aspecto antropológico más relevante del conjunto de los Tratados de Derechos Humanos -y por ende, de este paradigma-, entre ellos la C.D.N., es el reconocimiento normativo<sup>62</sup> de la persona humana como centro y fin<sup>63</sup> del Derecho, la sociedad y el Estado, en el marco de su dignidad intrínseca, inviolable e insaclicable por ninguna mayoría circunstancial o propósito social.

A ello cabe agregar que la irrupción de los Tratados internacionales en la posguerra viene a concretar el viejo sueño kantiano -y de la Ilustración en general- de un cosmopolitismo universal que implique un Derecho internacional por encima de los sistemas jurídicos nacionales. Esta es la visión contractualista<sup>64</sup>, o consensualista e, incluso pragmática del fenómeno jurídico de posguerra que presupone el consenso racional entre individuos

---

<sup>61</sup> A este núcleo de garantías específicas de los menores de 18 años en materia penal, se deben adicionar las garantías consagradas en el Art. 18 de la C. N., el Art. 8 de la C.A.D.H. y el Art.14 del P.I.D.C.P.

<sup>62</sup> Reconocimiento normativo que, cabe advertir, no es nuevo sino que se remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, decretados por la Convención Nacional francesa de 1793 cuyo célebre preámbulo refería con elocuencia que:“El pueblo francés, convencido de que el olvido y el menosprecio de los derechos naturales del hombre, son la única causa de la desdicha del mundo, ha resuelto exponer en una declaración solemne esos derechos sagrados e inalienables, a fin de que todos los ciudadanos puedan comparar incesantemente los actos del gobierno con el fin de toda institución social, y no se dejen jamás oprimir y envilecer por la tiranía; a fin de que el pueblo tenga siempre delante de los ojos las bases de su libertad y de su felicidad, el magistrado la regla de sus deberes, el legislador el objeto de su misión”.

<sup>63</sup> La fuente directa es la “Zweck an sich selbst Formel” kantiana o segunda máxima del imperativo categórico que reza “...el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para el uso a discreción de esta o aquella voluntad” (KANT, IMMANUEL. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 1era. Edición bilingüe y traducción de José Mardomingo. Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1996. Pp.187)

<sup>64</sup> El contractualismo o consensualismo, ahora neoconstitucionalismo contractualista, es la vertiente jurídica heredera del pensamiento político moderno que ubica el origen de la sociedad y el Estado en un pacto artificial entre sujetos naturalmente libres, para resguardar sus derechos fundamentales, frente a los peligros que los amenazan en un estado de naturaleza previo (HOBBES, THOMAS. *Leviathan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. 2da. Edición, 8va. Reimp. Trad. Manuel Sánchez Sarto. Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs As., 2011); LOCKE, JOHN. *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*. Ladosur, Bs. As., 2002; ROSSEAU, JEAN-JACQUES. *Contrato social*. 1era Edición. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. Ed. Biblioteca Nueva S.L., Madrid, 2003). El contractualismo ha tenido influencia directa en propuestas políticas y jurídicas del Siglo XX. Por ejemplo, cito a los autores más representativos: John Rawls (*Teoría de la justicia*. 2da. Edición, 8va. Reimp. Trad. María Dolores González. Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico D.F., 2011) quien propone la justicia como un equilibrio reflexivo entre sujetos diferentes, a partir del consenso racional de principios de justicia alcanzados en una posición originaria como constructo artificial previo a la sociedad y similar al estado de naturaleza descrito por los contractualistas modernos. Por otro lado, Robert Alexy (ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. . 1era. Edición. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997). En este ya fundamental libro de Filosofía del Derecho, el célebre autor alemán desarrolla la teoría del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general a los efectos de aplicar las reglas del discurso práctico en la argumentación jurídica. Una de las tesis de base es la pragmática discursiva o teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas, (ibidem, ALEXY, Pp.110/142). Luigi Ferrajoli, por su parte, se enrola en la tradición positivista de Hobbes, abogando por el respeto de los derechos fundamentales consagrados –convencionalmente- en las constituciones nacionales. Su concepto de derecho humano es meramente formal, no sustancial, por tanto, tiene un sentido débil y derrotable (FERRAJOLI, LUIGI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3era. Edición. Trad. Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado y Gerardo Pisarello. Ed. Trotta, Madrid, Pp.19/56)

autónomos<sup>65</sup> e iguales expresado en un contrato social –ficticio- por el cual nace la sociedad y el Estado para la custodia de los derechos fundamentales.

Desde otra mirada iusfilosófica, pero deduciendo consecuencias similares, el Realismo Jurídico clásico<sup>66</sup> entiende que el fenómeno normativo de los tratados internacionales, no son más que la positivización de un Derecho Natural superior y preexistente al Derecho positivo. Desde esta perspectiva se comprende el hombre bajo el concepto metafísico de *persona*<sup>67</sup>. En ambos casos, es decir, en la tradición liberal ilustrada o en la realista clásica, se rechaza el utilitarismo ético y jurídico deslegitimando o sospechando de la instrumentación del individuo en pos de un beneficio mayoritario.

Dicho ello, aparece un concepto inherente al de persona o sujeto que es el de “**responsabilidad**” y este concepto resume, en definitiva, el centro del paradigma bajo examen y atraviesa el espíritu de la C.D.N, toda vez que la capacidad de responder está íntimamente ligada al concepto de dignidad<sup>68</sup>. Reconocer que un adolescente, puede y debe responder de acuerdo a su madurez, implica considerarlo como persona digna y autónoma y ya no como un incapaz imposibilitado de hacerse cargo de sus acciones. Como afirma Welzel:

---

<sup>65</sup> La autonomía es el fundamento de la dignidad de la persona humana en el campo del contractualismo (NINO, CARLOS S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2da. Edición. 3era. Reimp. Ed. Astrea, Bs. As. 2012. Capítulo V Principio de autonomía de la persona, Pp.199/236). La autonomía del hombre, según Kant, reside en la capacidad de darse su propia ley moral; es decir, se auto-legisla. Dice Kant: “... el tercer principio práctico de la voluntad, como condición suprema de la concordancia de la misma con la razón práctica universal, la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora” (KANT, IMMANUEL. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.... Pp.193)

<sup>66</sup> El Realismo Jurídico clásico, es el modo de entender el fenómeno jurídico desde Aristóteles, pasando por el estoicismo, los juristas romanos, hasta completar el desarrollo en Santo Tomás de Aquino, en contraposición a la moderna ciencia jurídica desde Descartes hasta la actualidad. Justifica la existencia de un Derecho Natural que no es puesto por el hombre y por ende, resulta previo al Derecho positivo, y asocia el Derecho –término análogo- a “lo justo” (VIGO, RODOLFO L. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. 1era. Edición. Ed. Rubinzal y Culzoni S.C.C., Santa Fe, 1983, Pp.19/45). Una concepción contemporánea y renovada del Derecho Natural puede encontrarse en FINNIS, JOHN. *Ley natural y Derechos Naturales*. 1era. Edición. Trad. Cristóbal Orrego. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, donde se dedica a rechazar con énfasis la principal objeción de la falacia naturalista que el Derecho Natural ha recibido (Ibídem, Pp.66/80) a partir de una correcta lectura de Santo Tomás de Aquino y la razón práctica.

<sup>67</sup> Define Kalinowski “*toda persona es... un ente único en el mundo, no conociendo ningún ente que le sea idéntico, más aún que el individuo animal, vegetal o mineral. El conjunto de sus notas particulares constituye su personalidad*” (KALINOWSKI, GEORGES. *Concepto, fundamento y concreción del derecho*. 1era. Edición. Trad. Catalina E. Arias de Ronchietto, Bernardo B. Calderón y Carlos I. Massini. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1982, Pp.99)

<sup>68</sup> Con enorme claridad explica Hans Welzel la idea de Derecho natural en todos los tiempos ha puesto en evidencia “*la existencia de un deber ser trascendente*” al derecho meramente positivo y “*con ello no solo se había encontrado el polo superior, del que pende toda teoría jurídica, sino que también se había descubierto implícitamente el correlato del deber ser vinculante: la persona responsable... la obligatoriedad le impone la responsabilidad por un orden de su vida dotado de sentido, haciendo de él el sujeto de la conformación de su vida. En el momento, por eso, en que frente a la coacción del poder superior se descubrió el carácter obligatorio del Derecho, se descubrió también, a la vez, por lo menos en el germen, la personalidad del sujeto obligado*” (WELZEL, HANS. *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*. Reimp. Trad. Felipe González Vicen. Ed. B de f, Bs. As, 2011, Pp.323.)

*“El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social, si éste no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho”<sup>69</sup>.*

Aclarado el horizonte antropológico de un modelo de Derecho penal juvenil acorde a la dimensión de los derechos humanos, el primer gran postulado de este paradigma es la separación<sup>70</sup> definitiva de la señera confusión entre menores víctimas -en sentido amplio- y menores victimarios. A partir de ello, se comprende correctamente que el problema de un niño vulnerable cuyos derechos fundamentales se encuentran vejados, es muy distinto al problema de un adolescente acusado de la comisión de un delito, por lo tanto, deben estructurarse instituciones y dispositivos legales diferenciados para abordar uno y otro problema.

El efecto inmediato es que, para el abordaje de un adolescente en conflicto con la ley penal, se aboga por la implementación de una justicia especializada<sup>71</sup>, con competencia en la cuestión penal exclusivamente; mientras que los problemas de la vulnerabilidad infantil, se derivan a los organismos de protección en la órbita de los Poderes Ejecutivos -nacional y provinciales- bajo estatutos jurídicos específicos, con el contralor judicial de los juzgados de familia. De tal manera, esta concepción, lejos de desentenderse de la vulnerabilidad de niños y adolescentes, reordena las cosas en su adecuado ámbito de intervención, deslindando claramente la función específicamente jurídico-penal del Estado de la obligación insustituible de ese mismo Estado de asegurar y restaurar los derechos fundamentales de aquéllos.

En nuestro país, este giro copernicano en materia de protección de la infancia se dio a partir de la derogación de la Ley n°10903 y entrada en vigencia de la Ley n°26061<sup>72</sup> de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esta ley nacional vino a reglamentar la C.D.N. y funcionó como ley marco para el resto de las jurisdicciones

---

<sup>69</sup> *Ibíd*em, Pp.324.

<sup>70</sup> *“El concepto de separación se refiere aquí a la neta y necesaria distinción para comenzar en el plano normativo, de los problemas de naturaleza social de aquellos conflictos específicos con las leyes penales”* (GARCÍA MENDEZ, EMILIO. *Infancia de los derechos y de la justicia...* Pp.249).

<sup>71</sup> Una de las ramificaciones del “principio de especialidad” es el establecimiento de una Justicia Penal Juvenil especializada en el sentido de que los operadores del sistema estén capacitados en problemática de la infancia en conflicto con la ley penal y que, en virtud de ello, la toma de decisiones sea equidistante al criterio de decisiones para los adultos en casos análogos. Así la Observación General n°10 de la O.N.U. (2007) ha dicho (Cap. V, párrafo 92) *“Un sistema amplio de justicia de menores requiere además el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada”*.

<sup>72</sup> Sancionada el 28/09/2005, y publicada en B.O. 26/10/2005, derogando la Ley Agote luego de 86 años de vigencia. Se ha sostenido al respecto que con esta ley el Estado argentino canceló una parte de la *“deuda colosal en materia de protección de la infancia en el contexto internacional de los derechos humanos”*. (CATALDI, MYRIAM M. *“La noción de centro de vida como parte integrante del concepto del superior interés del niño y su impacto procesal”*, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015. Pp.2471)

federales<sup>73</sup>, estableciendo un sistema de protección integral donde se respeta la personalidad jurídica<sup>74</sup> del niño. Ahora bien, lo mismo no puede afirmarse de la materia específicamente penal en la medida de que el Decreto Ley n°22278, de ideología tutelar, continúa vigente en un incoherente estado de desarmonía legislativa.

Por consiguiente, más allá de la peculiar situación legal argentina, en términos generales, el establecimiento de una justicia penal especializada importa su separación de la asistencia social, más la comprobación formal de hechos delictivos cometidos por adolescentes y eventualmente aplicación de una sanción penal –ya veremos con qué características-.

### **c) Un nuevo Derecho penal juvenil, síntesis de garantías más respuestas jurídicas específicas.**

Asentada la distinción anterior, surge un nuevo Derecho penal juvenil que se desprende de la tutela como condición de operatividad<sup>75</sup>; reviste un carácter no retributivo y se orienta fuertemente a la prevención en términos jurídicos penales. Más adelante se analizará qué tipo de prevención rige en el Derecho penal juvenil, general o especial, y en su caso que subespecie de las tesis de la prevención, negativa o positiva.

El punto de partida es la postulación del adolescente punible como un sujeto de derechos con asequibilidad normativa en términos de Roxin<sup>76</sup>, es decir, con capacidad para motivarse por las normas y responder por sus actos contrarios a la ley. En prístinas palabras de Crivelli, implica que: *"en el ámbito jurídico penal, el joven es considerado un sujeto responsable por la comisión de infracciones de este carácter, debiendo asumir, por tanto, las consecuencias que de ella se deriven. De este modo, se rompe la tradicional consideración de niños, niñas y adolescentes como inimputables y se reconoce que los mismos ostentan capacidad para motivarse en las normas"*<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> En el ámbito de la provincia de Entre Ríos, se sancionó la Ley n°9861 que derogó –en parte- la ya mencionada Ley n°9324 que se aplicó en el último tramo en la causa seguida contra L.N.. La Ley n°9861 significó la adecuación provincial del paradigma de la protección integral siguiendo la Ley n°26061 y posteriormente, mediante la Ley n°10.450, se introdujo el proceso penal juvenil de corte acusatorio.

<sup>74</sup> La C.A.D.H. establece en el Art.3° que *"toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"*.

<sup>75</sup> El presupuesto habilitante de la justicia penal juvenil en este paradigma, es estrictamente la acusación formal de la comisión de un punible.

<sup>76</sup> El penalista alemán dice que la culpabilidad es *"actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Con ello se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma"* (ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. T I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. 2da. Edición, 7ma. Reimp., Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Thomson Civitas, Madrid, España, 2006, pp.807) Así, la asequibilidad normativa se atribuye –imputa- como regla a toda persona mayor de 10 años según el Código Civil argentino (Art.261 inc b) para los actos ilícitos en general y el ilícito específicamente penal a partir de los 16. No hay disponibilidad para el llamado de la norma en los supuestos legales de inimputabilidad (V.gr. enfermo mental).

<sup>77</sup> CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil*...pp.125/126.-

En esa línea, queda claro que el Derecho penal juvenil se transforma en Derecho Penal en sentido enfático<sup>78</sup>. Como tal, va a compartir las características del Derecho Penal liberal vertebrado sobre los principios angulares de legalidad estricta<sup>79</sup>, culpabilidad, lesividad, derecho penal de acto, subsidiariedad y fragmentariedad. Asimismo, se han de observar para su praxis forense las reglas generales del debido proceso<sup>80</sup>: garantía de juez natural, imparcial e imparcial; presunción de inocencia, derecho de defensa, juicio previo, *non bis in idem*, derecho al recurso amplio, es decir, la máxima expresión del garantismo penal<sup>81</sup> como cabal expresión de un modelo de enjuiciamiento acorde a la Constitución Nacional (Art.18 C.N.) y, asimismo, el Derecho penal juvenil declama para sí los aportes de la ciencia dogmática penal con el principal cometido de abonar por una aplicación racional del poder punitivo del Estado<sup>82</sup>. En este aspecto, la Teoría del Delito<sup>83</sup>, principal constructo teórico de la dogmática penal, cobra fundamental relevancia para la determinación del injusto culpable cometido por un adolescente, como paso previo a la sancionabilidad del mismo.

---

<sup>78</sup> En este contexto ya los autores hablan de una relación de complementariedad entre Derecho Penal general y el Derecho Penal juvenil, por ejemplo, Cibory Mauricio Miranda Martínez ubica el derecho penal juvenil en la ciencia del derecho penal “por constituir un conjunto de normas jurídicas sobre el juzgamiento de menores en conflicto con la ley penal y la imposición de las medidas correspondientes al caso concreto, donde tienen aplicación, la gran parte de principios, contenidos en la parte general del derecho penal, con las modalidades acordes al régimen especial de menores” (MIRANDA MARTÍNEZ, CIBORY MAURICIO. “El Derecho penal juvenil. Su ubicación en la ciencia del derecho penal y relación de complementariedad”. Consultado [on line] en fecha 25/05/2018, disponible en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20100617\\_04.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_04.pdf))

<sup>79</sup> Un Sistema Garantista (S.G.), explica Ferrajoli, no se conforma con la mera legalidad como condición de la pena, sino que exige legalidad estricta o principio de máxima taxatividad en materia penal, axioma 3 de los 10 axiomas de S.G. que comprende los principios de necesidad, acción, injuria, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa. FERRAJOLI, LUIGI. Ob Cit. pp.91/109.

<sup>80</sup> Los autores en líneas generales, se inclinan para el enjuiciamiento penal de adolescente un proceso acusatorio por ser más respetuoso de las garantías penales y porque admite el principio de oportunidad que en esta materia resulta clave a la hora de adoptar medidas alternativas al proceso (CRIVELLI, ANIBAL. *Derecho penal juvenil...* pp.132/133). Por su parte, Pablo Barbirotto trae a colación la Recomendación n°14 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (13/07/2011) que insta a los Estados partes a asegurar la vigencia del principio de contradicción (BARBIROTTA, PABLO. *Proceso penal juvenil...* pp.96/97). A su vez Nicolás Grappasonno ha dicho que “con la lenta retirada de la cultura tutelar, también deja de tratarse de un procedimiento y consiste en un proceso –propriadamente dicho– el camino por el que debe transitar el niño o adolescente acusado de un delito ...” y más adelante, el autor citado enuncia los principios que han de estructurar el proceso penal juvenil de acuerdo a la Opinión Consultiva n°17/2002 de la C.I.D.H. y que son jurisdiccionalidad, inviolabilidad de la defensa, legalidad del procedimiento, **contradicción**, impugnación y publicidad (GRAPPASONNO, NICOLAS. “El debido proceso penal y el caso de niños en conflicto con la ley penal...” Pp.36-44)

<sup>81</sup> Las garantías judiciales enunciadas se consagran en múltiples instrumentos internacionales: Art.8 C.A.D.H.; Art.14 P.I.D.C.P., Regla 7.1 de Beijing; Art.40.2 de la C.D.N.-

<sup>82</sup> Dice Silva Sánchez: “La adopción, en el plano político-criminal básico, de una perspectiva garantista conduce en nuestro planteamiento, de modo prácticamente necesario, al cultivo de la dogmática como disciplina penal fundamental” (SILVA SANCHEZ, JESUS M. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. 2da. Edición. Ed. B de f, Bs. As., 2010. Pp. 63).

<sup>83</sup> Al respecto, señala Hernández Basualto que es cometido de la teoría del delito establecer un sistema diferenciado de presupuestos de la responsabilidad penal del adolescente, en el marco de un régimen penal más benigno y distinto en consideración de la “peculiaridad de agente”, tarea que, a su juicio, no realiza la Ley de Responsabilidad Penal juvenil de Chile” (HERNANDEZ BASUALTO, HÉCTOR. “El nuevo Derecho Penal de Adolescentes y la necesaria revisión de su teoría de su “teoría del delito”. Rev. derecho (Valdivia), 2007, vol.20, n.2, consultado on line en fecha 2018-05-20, pp.195-217, y disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v20n2/art09.pdf>

De esta manera el Derecho penal juvenil renuncia a ser un subsistema normativo para la ayuda social<sup>84</sup> y se inscribe en el sistema punitivo del Estado, a partir del cual el mecanismo de responsabilización conlleva necesariamente la amenaza de sufrir un mal o mínimo de coerción, en la medida de que un concepto de responsabilidad sin consecuencias deviene vacío.

Ahora bien –y en esto hay que ser incisivo- el Estado no deja de reconocer la peculiar condición antropológica<sup>85</sup> del adolescente, obligando un enfoque especializado en el abordaje, tanto para el proceso penal en sí como para la determinación de las consecuencias jurídicas de los delitos. Por eso Claus Roxin ha dicho correctamente que *"no por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase de autor, el Derecho penal juvenil se convierte en un campo del Derecho propio"*.<sup>86</sup>

Este reconocimiento deriva sin más, de la propia C.D.N. que obliga a los Estados a dispensar un trato privilegiado a la infancia en conflicto con la ley penal que se traduce en una serie de principios<sup>87</sup> específicos consagrados en diversos instrumentos internacionales, a saber: *principio de especialidad*<sup>88</sup>, *interés superior del niño*<sup>89</sup>, *excepcionalidad*<sup>90</sup> del castigo

---

<sup>84</sup> Declama elocuentemente Peter-Alexis Albrecht: *"El Derecho Penal juvenil es Derecho Penal. No es Derecho social, no está programado para la "ayuda", sino que sirve al control social"* (ALBRECHT, PETER-ALEXIS. . *El Derecho penal de menores*. 1era. Edición. Trad. Juan Bustos Ramírez. Ed. PPU., Barcelona, 1999. Pp.7).

<sup>85</sup> La base de esta idea es normativa, la C.D.N. establece el concepto fundamental de "autonomía progresiva". "Artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Sin perjuicio de ello, la interdisciplina acompaña y justifica la consideración del adolescente como una persona en crecimiento, distinta a un adulto.

<sup>86</sup> ROXIN, CLAUDIUS. *Derecho Penal. Parte General. Tl. Fundamentos...* pp.46.

<sup>87</sup> La noción de "principio jurídico" debe entenderse desde la perspectiva de Ronald Dworkin, Robert Alexy o autores locales como Rodolfo Vigo, en cuanto fuentes del Derecho distintos a las normas o reglas jurídicas respecto a la naturaleza –origen- y funcionamiento –modo de aplicación. Por ejemplo, Alexy caracteriza a los principios como "mandatos de optimización", porque "ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas" (ALEXY, ROBERT. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 5, 1988, pp.143. Consultado on line y disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm3353>) Por otro lado, los principios jurídicos tienen múltiples acepciones: : 1) "normas muy generales", Ej.: principios aplicables a todos los contratos; 2) términos jurídicos indeterminados, Ej.: "buena fe", 3) expresiones de valores superiores del orden jurídico, Ej.: igualdad ante ley; 4) norma programática o directriz, Ej.: afianzar la justicia; 5) normas dirigidas a los órganos de aplicación, Ej.: criterios de interpretación de una norma; 6) máximas de generalidad considerable, Ej.: iura novit curia. (RUIZ MANERO, JUAN. "Principios jurídicos", en *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. 1era. Edición. Ed. Trotta, Madrid, 1996. Pp.149/159)

<sup>88</sup> Reglas de Beijing: 2.3 *"En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto: a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos; b) Satisfacer las necesidades de la sociedad; c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación."* Otras reglas contenidas en dicho cuerpo normativo que hablan del principio de especialidad son: Regla 6.1, 6.2, 6.3 y 22. El principio, a su vez, es mencionado y profundizado en la Opinión Consultiva N°17/2002, de la Corte I.D.H., párrafos 98/109/120; en la Obs. Gral. N°10 del Comité de Derechos del Niño, párrafos 92/93; en el Art.5.5 C.A.D.H. En doctrina, Jaime Couso refiere que la especialidad, más allá de la formulación explícita en los Arts. 37 y 40 de la CDN, deriva implícitamente de los principios de excepcionalidad de la pena privativa de la libertad y la fuerte tendencia resocializadora del Derecho Penal Juvenil. En concreto, señala tres principios básicos: *"i) responsabilidad penal especial: especial consideración de la edad del*

privativo de la libertad. En ese sentido Beloff, Freedman y Terragni, señalan al respecto que: “en los últimos años, la jurisprudencia y las prácticas forenses e institucionales en materia penal juvenil consolidaron de forma paulatina y constante la expansión de las garantías constitucionales de niños, niñas y adolescentes imputados o declarados responsables de haber cometido un delito”<sup>91</sup>.

En línea con lo anterior, el reproche jurídico penal debe ser menos intenso que un adulto ante el mismo injusto penal, en la medida que el reconocimiento de una condición existencial diferente –en proceso de formación<sup>92</sup>– obliga a postular una culpabilidad disminuida.

A su vez, la respuesta sistémica al hecho punible cometido por un adolescente, es decir, la respuesta contrafáctica –pena– que el Derecho prevé para el delito en el caso de los adolescentes, debe ser distinta como consecuencia de la asignación *a-priori* de una

---

*adolescente al enjuiciar sus delitos (tanto su culpabilidad como -en ciertos casos- el injusto penal); ii) especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal, en general, y de la privación de libertad, en particular; y iii) especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva”.* (COUSO, JAIME. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online] 2012, n.38 [citado 2018-05-20], pp.267-322. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S07188512012000100007&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07188512012000100007&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000100007>). Otro estudio profundo sobre el principio de especialidad en el juzgamiento penal de adolescentes puede encontrarse en DUCE, MAURICIO-COUSO JAIME. “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho comparado”, en *Política Criminal*, Vol. 7, N°13 (Julio 2012). Art.1 Pp.1-73. Disponible [online] ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000100001>

<sup>89</sup> El Art.3.1, C.D.N.: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Recogido a su vez, en la Op. Cons. N°17/2002 de la C.I.D.H., y Obs. Gral. N°10 de la O.N.U.

<sup>90</sup> Art.40.3.b) y 40.4) C.D.N.: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) 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 (...)” –negritas a mi cargo– “4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

<sup>91</sup> BELOFF, MARY-FREEDMAN, DIEGO-TERRAGNI, MARTINIANO. “Debido proceso e imputados no punibles en la jurisprudencia argentina”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015. Pp.3467.

<sup>92</sup> Jaime Couso afirma que el reconocimiento del principio de especialidad en los tratados internacionales se debe al gran consenso de la comunidad internacional respecto a los aportes de la Psicología del desarrollo y la Criminología empírica en relación al comportamiento delictivo de niños y adolescentes. La Psicología del desarrollo, según Couso, sostiene que antes de la adultez se pasa por una serie de fases evolutivas en los procesos mentales de razonamiento y toma de decisiones. Si bien se reconoce que a partir de los 14 años ya hay un base mínima de valores y morales y éticos, se postula una menor capacidad cognitiva para razonar, entender, tener capacidad de juicio y autocontrol; a su vez, en la niñez se da una visión cortoplacista del tiempo, un limitado horizonte de experiencias y conocimiento social y fácil seducción a las presiones grupales. A la par, dicha disciplina denuncia la mayor vulnerabilidad de los adolescentes a la pena y los efectos perjudiciales del encierro. Por su parte, la criminología empírica ha afirmado que el fenómeno de la delincuencia en los adolescentes es medianamente “normal” (en el sentido de transgresión), episódica y espontánea que tiende a desaparecer en su mayoría de los casos tras cierta edad, a la vez, que se advierte sobre el mayor riesgo criminógeno de la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad y el carácter estigmatizante y desocializador del encierro temprano (COUSO, JAIME, . “La especialidad del Derecho penal de adolescentes...”Pp.267-322).

culpabilidad atenuada más el compromiso ineludible del Estado de promover la protección integral de la infancia<sup>93</sup>. Esto es, sin renunciar al instrumento de la coerción penal, un Derecho Penal mínimo acorde a la C.D.N. ha de promover la llamada “*justicia restaurativa*”, en lugar de acudir a sanciones represivas como la pena clásica. Es así que surge, como regla, el denominado modelo de las *cuatro “d”*: *despenalización, desjudicialización, desinstitucionalización y debido proceso*<sup>94</sup>.

Sin perjuicio de ello, a mi entender, la pena clásica no puede erradicarse del todo y subsiste en su condición de “amarga necesidad”<sup>95</sup> para ciertas constelaciones de casos que deben ser precisados. Justamente, uno de los objetivos de esta investigación, es justificar en qué casos excepcionales el Estado no puede dispensar de pena a un adolescente –juicio de necesidad de pena- y qué parámetros orientan la adjudicación judicial de la clase y cuantificación del castigo (juicio de *quantum* punitivo o individualización judicial de la pena)

En conclusión, podría decirse, en función de lo predicho, que la “doble vía” del Derecho penal juvenil se constituye, por un lado, de justicia restaurativa<sup>96</sup>, esto es, arsenal de medios alternativos de solución pacífica al conflicto penal<sup>97</sup>, y por otro, la pena como mal

---

<sup>93</sup> Beatriz Cruz Márquez recuerda que la conducta delictiva de un adolescente está estrechamente ligada a la fase evolutiva, entiendo que la intervención debe ser diferente a la de un adulto que comete el mismo tipo de delito. Ello se traduce, desde lo cuantitativo declarando una menor culpabilidad y desde lo cualitativo garantizando el desarrollo libre y autónomo como persona (CRUZ MARQUEZ, BEATRIZ. “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”, en *El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*, revista Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, AFDUAM, n°15, 2011, Pp.245)

<sup>94</sup> Son los cuatro postulados de un modelo mixto para la adolescencia en conflicto con la ley penal que combina la idea de justicia restaurativa para la mayoría de los casos, y para ciertos eventos delictivos se reserva la justicia penal formal (Passim) CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil...* Capítulo III. La autora Carolina González Laurino ha dicho al respecto: “En el marco de este modelo de justicia también es posible identificar el movimiento de *desjudicialización, despenalización, desinstitucionalización en correspondencia con el debido proceso surgido en Estados Unidos que lo diferencia por su tendencia a adoptar mecanismos procesales que tienden a limitar la introducción del adolescente en el sistema de justicia penal mediante un serie de procedimientos como el aumento de la edad de imputabilidad penal, la no persecución de determinadas conductas indeseables de menor jerarquía y la creación de circunstancias especiales que eximiría a los adolescentes de responsabilidad penal y de castigo*”. Más adelante señala que la justicia restaurativa reconoce tres influencias: como sanción autónoma, el impacto de la victimología y el protagonismo de la víctima y el modelo resocializador que persigue la menor desocialización posible (GONZALEZ LAURINO, CAROLINA. “Modelos de justicia penal juvenil en debate a inicios del siglo XXI”...pp.657/658). Un estudio profundo e imprescindible de la justicia restaurativa se encuentra en el monumental libro de Aída Kemelmajer de Carlucci: *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. 1era. Edición. Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2004.

<sup>95</sup> Célebre expresión acuñada en el Proyecto de Reforma del Código Penal alemán del año 1966. El párrafo entero decía: “La pena no es un fenómeno metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos”.

<sup>96</sup> Gonzalo Berríos Díaz ha remarcado como primer objetivo de la justicia penal juvenil privilegiar la desjudicialización y las alternativas a la sanción penal, es decir, el “no contacto” del adolescente con la justicia penal misma; como segundo objetivo, las sanciones no privativas de la libertad y como tercer objetivo, la legalidad, excepcionalidad y brevedad de la privación de la libertad –cautelar y sancionatoria- (BERRIOS DÍAS, GONZALO. “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y presupuestos”, en *Política Criminal*, Vol.6 N°11, junio 2011, Pp.170/171, consultado on-line en 20-05-2018, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000100006>

<sup>97</sup> En este aspecto se puede plantear un debate interesante respecto a las llamadas medidas alternativas a la sanción clásica. Como pregunta Felibert en un artículo donde explora los institutos alternativos al proceso penal: “*Ahora bien, corresponde aquí hacer una aclaración: ¿se trata de una solución alternativa al conflicto jurídico penal, o de una opción dentro del*

necesario. Y en caso de acudir a la pena, se propugna el establecimiento legal de sanciones<sup>98</sup> que se distingan de las penas clásicas, sin perjuicio de que esta última subsista para ciertos casos de extrema ilicitud.

#### **d) La situación del Régimen penal de la minoridad en Argentina**

Descrito brevemente el perfil de un Derecho penal para adolescentes acorde a la C.D.N., en contraste con el modelo tutelar, se colige que la principal norma de fondo que regula el Derecho penal juvenil en Argentina –Decreto-Ley n°22.278, modificado por Decreto-Ley n°22803- está desfasada de la manda constitucional<sup>99</sup> por las siguientes razones que, a continuación, se sintetizarán<sup>100</sup>:

- Confunde menor vulnerable con menor en conflicto con la ley penal promoviendo el abordaje tutelar para ambas situaciones<sup>101</sup> (Arts.1-3 Decreto Ley n°22.278) con todas las consecuencias negativas ya analizadas *in extenso* más arriba.
- Atribuye al Juez, amplias y discrecionales facultades de decisión y disposición sobre el menor, que se extienden hasta la mayoría de edad del niño y con independencia del grado de responsabilidad penal del adolescente<sup>102</sup>.
- A la hora de regular el mecanismo de sanción, la norma no establece sanciones diferenciadas y acordes a la madurez del adolescente<sup>103</sup>. Al contrario, remite a las penas previstas en el Código Penal y, a lo sumo, faculta a una graciosa reducción de la pena, a la escala prevista para la tentativa, dispensando de tal manera un abordaje penal

---

*propio proceso penal?* (FELIBERT, MARÍA PAOLA. “La búsqueda de nuevas alternativas en los procesos penales seguidos a jóvenes infractores”, en Revista Abeledo Perrot n°12, Bs. As., diciembre 2009, Pp. 1333/1340). Mi posición personal es que toda medida, incluso las que procuran la desjudicialización, a partir de la imputación, son de carácter jurisdiccional en sentido lato, es decir, han de pasar por la decisión de un magistrado especializado. Sin imputación, no hay judicialización primaria-

<sup>98</sup> Cibory Miranda Martínez, haciendo referencia al Derecho penal juvenil chileno, advierte que aún cuando las consecuencias jurídicas a aplicar a un menor infractor de normas penales sean propias de dicho ordenamiento, se rehúsa a negar naturaleza penal a las mismas por cuanto tienen carácter sancionatorio. Por eso, concluye que el derecho de menores conlleva una naturaleza penal con orientación a la formación de los jóvenes que infringen la ley penal (MIRANDA MARTÍNEZ, CIBORY MAURICIO. “El Derecho penal juvenil. Su ubicación en la ciencia del derecho penal y relación de complementariedad”, disponible on line en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20100617\\_04.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_04.pdf).)

<sup>99</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre la incompatibilidad del actual Régimen penal de la minoridad con los estándares de la C.D.N. (Informe n°172/10 2/11/2010) criticando duramente al país por condenas impuestas a quienes cometieron delitos siendo niños, desconociendo los estándares internacionales para la sanción de jóvenes infractores. Recordemos que este informe, se suscitó en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, Corte I.D.H., Sent. 14/05/213, a raíz de la muerte de un adolescente en la cárcel y la pérdida de la visión y actos de torturas de dos adolescentes más.

<sup>100</sup> CRIVELLI, ANIBAL. *Derecho penal juvenil* ... pp. 287/292.

<sup>101</sup> Esta equiparación es armónica con la Ley del Patronato del Estado, replicada en las leyes provinciales sobre protección de la infancia que, en su conjunto, estipulaban que un menor en conflicto con la ley penal constituía un presupuesto habilitante del patrocinio institucional.

<sup>102</sup> Cabe recordar que el Juez está facultado a continuar con la tutela incluso si el joven resulta exonerado de responsabilidad penal, siempre y cuando se verifique la situación irregular.

<sup>103</sup> Crivelli remarca que pese a que la Ley n°24660, Art.197, de ejecución de pena ordena el alojamiento separada de los jóvenes condenadas en la franja etaria de 18 a 21 años, la realidad carcelaria no condice con ese precepto (Ibíd., Pp.278/281)

prácticamente idéntico a niños y adultos<sup>104</sup>. No hay que olvidar que en caso de una pena de prisión efectiva el lugar de cumplimiento se efectúa en establecimientos comunes ante la evidente falta de instituciones carcelarias juveniles en el territorio nacional y las provincias.

- El dispositivo de la “cesura de juicio” tiene por objetivo, posponer la discusión sobre la necesidad de pena para garantizar el cumplimiento previo de un tratamiento tutelar como mínimo de un año de duración. Con la cesura de juicio, el Régimen Penal de la minoridad establece un sistema de punibilidad condicionada a la valoración de cuatro parámetros definidos legalmente: *modalidad del hecho, antecedentes del menor, resultado del tratamiento tutelar y la impresión recogida del juez en la audiencia* (Art.4° Dec-ley cit.) El producto normativo de esta segunda instancia, es otra sentencia de carácter integrativa que fija la consecuencia jurídica total, absolución o condena. En el supuesto de condena, el dispositivo legal faculta al magistrado a construir la norma de sanción sobre la base de la escala punitiva prevista para el delito cometido, o bien, reducirla a la escala de la tentativa. Se regula, pues, un complejo mecanismo de decisión abiertamente discrecional. Al respecto, ha dicho González del Solar: *“esta previsión legal que sanciona el desdoblamiento del veredicto en dos partes perfectamente diferenciadas, una declarativa de la culpabilidad del menor y otra complementaria posterior concerniente a la sanción a aplicar tiene como ventaja la de agilizar la definición del resultado en lo que respecta a la existencia del hecho y a la autoría material y responsable del sujeto activo, reconociendo la íntima y casi exclusiva dependencia del comportamiento o respuesta del menor al tratamiento tutelar ensayado con la imposición o no de una pena”*<sup>105</sup>.
- Gracias a este instituto el joven declarado responsable por un delito cuenta para sí con un período de prueba, análogo a la *diversión o condena condicional*, en el cual se somete a un “tratamiento tutelar” dirigido por el tribunal que permite en la instancia de integración evaluar el comportamiento post-delictual del adolescente y en base a ello se define preponderantemente la necesidad de imponer un castigo, soslayando –en principio– aspectos relacionados con el hecho en sí de marcado corte retributivo.

---

<sup>104</sup> Dos ejemplos jurisprudenciales son elocuentes. Por un lado la Sentencia n°65/17 del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes de fecha 04/05/2017 (Expte. 381/15, “C.G.N. s/recurso de revisión”) que rechazó un recurso de revisión de una condena a prisión perpetua, impuesta por la Cámara Criminal de la ciudad de Mercedes (Sentencia n°2/11 de fecha 05/04/2011). El defensor de quien fuera menor de edad al momento del hecho, tras el caso “Mendoza y otros vs. Argentina “ de la Corte I.D.H. (14/05/2013) donde se condenó al Estado argentino por imponer pena de privación perpetua de la libertad a 5 menores, interpuso un recurso de revisión para que se atenúe la pena de prisión perpetua ya firme de conformidad al fallo de la Corte Interamericana posterior a la pena perpetua. Por otro lado, el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil n°3 de San Isidro en la Causa n°13, sentencias de fecha 10/11/2014 y 08/11/2016, condenó a dos menores a las penas de 17 años y 27 años de prisión efectiva respectivamente. Como se ve, la ley de fondo permite imponer penas de prisión absolutamente desproporcionadas.

<sup>105</sup> GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H. *Delincuencia y Derecho de Menores*. 2da. Edición. Editorial Depalma, Bs.As., 1995, Pp. 171 y sgtes.-

- Por último, no se prevén los institutos de la justicia restaurativa<sup>106</sup>, conciliación, mediación ni remisión de casos.

### **e) Conclusiones parciales y nuevas preguntas**

En resumen, mientras que el modelo de la situación irregular orienta el Derecho penal juvenil hacia la asistencia social y las medidas de seguridad; el modelo de la responsabilidad, en cambio, desde un punto de vista epistémico y normativo, direcciona el Derecho penal juvenil hacia un sistema de Derecho penal integral como una rama especial del orden jurídico punitivo del Estado al igual que otras ramas específicas<sup>107</sup> (V.gr. Derecho penal económico o Derecho penal del medio ambiente) y solo a la luz de esta redefinición, puede auto-comprenderse sin recaer en un mecanismo de control social arbitrario y altamente selectivo.

Vale entonces a esta altura, formular una serie de preguntas teniendo en cuenta lo predicho. En el marco de un sistema de responsabilidad penal juvenil, ¿La joven L.N.M, merecía un castigo una vez decretada su culpabilidad? En su caso, ¿qué tipo de castigo?, ¿sostenido en qué finalidad? Y, en definitiva, ¿puede concluirse que es más justo procesar un caso como el de la adolescente L.N.M. mediante el Derecho Penal y su principal herramienta jurídica, la pena, en vez del pretérito modelo tutelar de la infancia?

La búsqueda de respuestas a tales interrogantes, conlleva la necesidad de indagar las consecuencias de adoptar un sistema penal juvenil cimentado en el concepto de responsabilidad y separado de la tutela; consecuencias que, a mi entender, la doctrina y la jurisprudencia<sup>108</sup> actual todavía no han desarrollado en profundidad y en forma sistemática.

## **Capítulo III**

### **Consecuencias de un modelo de responsabilidad penal juvenil. Hacia un sistema integral de Derecho penal para adolescentes**

#### **a) Introducción**

---

<sup>106</sup> En realidad a la fecha de sanción del Régimen Penal de la minoridad ni siquiera estaba vigente la Suspensión de Juicio a Prueba en el Código Penal general para los adultos como expresión de los medios alternativos de conflicto. El único instituto reductor del encierro era la condenación condicional del Art.26 y sptes del Cód. Penal.

<sup>107</sup> Beatriz Cruz Márquez, sin perjuicio de reconocer la naturaleza penal del conjunto de normas que persiguen la delincuencia juvenil, defiende el abordaje diferenciado y específico respecto del régimen pena del adultos y en relación a las diferencias principales refiere la previsión de un catálogo variado de medidas (la autora está comentando la Ley Orgánica n°5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores en España); previsión de alternativas de naturaleza desjudicializadora y flexibilización y modificación de la medida impuesta (CRUZ MARQUEZ, BEATRIZ."Presupuestos de la responsabilidad penal...pp.243/253)

<sup>108</sup> Basta recordar las sentencias citadas en la nota 104 –*supra* pp.28-

Una vez delimitados los modelos antagónicos de persecución penal juvenil y fundamentado porqué, el modelo de la responsabilidad es el que se ajusta a la C.D.N. y por ende, debería ser plasmado en la ley de fondo nacional y las leyes procesales de cada provincia, corresponde analizar en concreto las consecuencias jurídicas y dogmáticas que implica el acogimiento de dicho modelo.

En orden a este punto, cabe advertir enfáticamente que la contrapartida de adoptar un sistema penal garantista y especializado para niños y adolescentes, es el aumento –inevitable– de la expectativa de imponer un castigo; de lo contrario, debería revisarse seriamente el adjetivo “*penal*”. En otras palabras, el abandono de las medidas tutelares discrecionales, autoritativas e indeterminadas; aplicadas a todo adolescente solo por su condición de vulnerabilidad, culpable o inocente de un delito o –peor aún– por “conducta desviada”; implica la conquista de las garantías del debido proceso<sup>109</sup> y la pena como consecuencia jurídica racional, controlable y legalmente predeterminada y solo para el adolescente que infringió la ley penal de modo estrictamente comprobado, mediante la garantía del juicio previo y con independencia de su condición de vulnerabilidad.

Por tal razón, deviene imprescindible diseñar una dogmática de la sancionabilidad juvenil, con los insumos teóricos de la dogmática penal ya existentes y los principios político-criminales del *corpus iuris* internacional para niños y adolescentes, a los efectos de minimizar la arbitrariedad en un ámbito de por sí ampliamente discrecional como la sentencia penal juvenil. El filtro de la dogmática, dota de racionalidad a las decisiones judiciales, incluso en aquellas constelaciones de casos en los que el Estado prescinda de la acción penal por criterios de oportunidad, a la vez que asegura las garantías de todo ciudadano sujeto a proceso<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> A modo de adelanto podemos decir que el Derecho penal juvenil se enrola en la corriente del “garantismo” y “derecho penal mínimo” que para Ferrajoli son un programa y términos sinónimos que “*designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación jurídica– sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona*”. Esos límites no son sino las garantías penales sustanciales: legalidad, lesividad, materialidad y culpabilidad; procesales: contradictorio, paridad de armas, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad y publicidad del juicio, imparcialidad judicial y juez natural. (FERRAJOLI, LUIGI. “Garantías y derecho penal”, en *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. T. I. 1 era. Ed. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2013. Pp.347/357 (Trad. Marina Gascón), Pp.348)

<sup>110</sup> Al respecto Silva Sánchez señala el “*alto grado de formalización*” como característica esencial del Derecho penal, permitiendo un ejercicio controlado del mismo por las garantías a favor del individuo (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo* ... pp.399)

De lo anterior me ocuparé en los capítulos siguientes, basta ahora mencionar las principales consecuencias que derivan de construir un sistema de responsabilidad penal juvenil.

## **b) El adolescente ante el proceso penal**

En principio, un proceso penal juvenil razonable solo ha de activar el mecanismo de persecución ante la sospecha de un hecho cometido por un adolescente subsumible, en principio, en una figura delictiva prevista en el Código Penal y/o leyes especiales. Es necesaria esta afirmación de perogrullo, habida cuenta que en el modelo anterior la intervención represiva incluía, además de delitos, todo lo etiquetado como conducta desviada, anormal, antisocial o meras contravenciones<sup>111</sup>.-

Por consiguiente, ante la *noticia criminis*, con independencia de cuál sea el órgano investigador<sup>112</sup> –judicial o fiscal-, una vez considerado que el hecho denunciado encuadra en un tipo penal se inicia la actividad probatoria tendiente a reconstruir el evento típico, antijurídico y culpable atribuido a un adolescente<sup>113</sup>. En esa línea, el operador jurídico debe privilegiar los actos procesales tendientes a la comprobación del hecho, el encuadre típico; las circunstancias que lo rodean y que puedan dar lugar a causas de justificación o eximentes disculpantes; como de igual modo, extremos atenuantes y/o agravantes el encuadre jurídico.

A mayor abundamiento, es dable insistir que un proceso penal juvenil tiene que abogar por definir la situación jurídico penal del adolescente, en la medida de que históricamente la práctica tribunalicia, bajo el modelo de la tutela operaba a la inversa. El proceso penal, era la

---

<sup>111</sup> La persecución a través de la policía y la justicia penal de conductas inocuas o penalmente no típicas, direccionada en general a los menores de clases bajas, implicando una clara afectación al principio de no discriminación (Art.2 C.D.N), se denuncia enfáticamente en la Obs. Gral. n°10 de la ONU: Punto III. 8. Es muy corriente que los códigos penales contengan disposiciones en los que se tipifique como delito determinados problemas de comportamiento de los niños, por ejemplo el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. Es motivo de especial preocupación que las niñas y los niños de la calle frecuentemente sean víctimas de esta forma de criminalización. Esos actos, también conocidos como delitos en razón de la condición, no se consideran tales si son cometidos por adultos. El Comité recomienda la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley. A este respecto, el Comité también se remite al Artículo 56 de las Directrices de Riad, que dice lo siguiente: "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven".

<sup>112</sup> La competencia para investigar delitos en las fases preliminares al juicio depende del sistema de enjuiciamiento penal adoptado por la ley procesal de cada provincia y el Estado federal. No obstante ello, el sistema acusatorio es el que mejor garantiza el equilibrio de los sujetos procesales y la imparcialidad del juez, redundando en la optimización del derecho de defensa en juicio tal como se señaló en la nota 80 –supra pp.23-

<sup>113</sup> Siguiendo a Héctor Hernández Basualto: "lo que ahora se impone es la aplicación técnicamente fundada y coherente del derecho penal, aplicación que puede y debe ser objeto de análisis crítico a partir de los criterios de racionalidad propios de la dogmática penal. Se puede afirmar entonces que para el tratamiento jurídico de los adolescentes ha llegado, por primera vez en nuestra historia, la hora de la dogmática penal" (HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. *El nuevo Derecho Penal de adolescentes...* Pp. 195-217). En igual sentido, vid, CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "Nulla poena sine culpa... Punto 4)

puerta de entrada al sistema de protección, sin importar la relevancia o existencia del hecho ni la autoría, el tipo de delito y/o la magnitud de la antijuricidad o culpabilidad<sup>114</sup>; cuestiones que se relegaban en pos del tratamiento. En ese sentido, el caso aquí examinado es paradigmático.

De tal manera, la comprobación de que el hecho es atípico o no fue cometido por el adolescente, o que éste obró amparado por una causa de justificación o de modo inculpable permite archivar el proceso penal en sí, sin necesidad de que el Estado se entrometa en su situación personal<sup>115</sup>. Por el contrario, si la pesquisa arroja la comisión probable de un hecho delictivo, el joven contará con las garantías procesales y podrá acceder a las salidas alternativas al proceso, o defenderse en una instancia de juicio oral y, como se verá más adelante, se podrá diseñar un tratamiento tutelar que tenga que ver con la naturaleza de la norma penal transgredida y no con los aspectos que hacen a la restauración de derechos vulnerados.

### **c) Reconstitución de las medidas cautelares**

En consonancia con lo anterior, las medidas cautelares personales sufren, en esta materia, un impacto como ningún otro campo del Derecho Penal a partir del cambio de modelo<sup>116</sup>. Antes, la medida de protección judicial<sup>117</sup> de institucionalización del menor en situación de riesgo que se activaba ante la mera *noticia criminis*, era la decisión jurisdiccional por antonomasia en el modelo de la situación irregular. La institucionalización se materializaba, como regla, en el confinamiento del adolescente en institutos de pupilos, funcionando en los hechos como una privación de la libertad<sup>118</sup>. En estos establecimientos, se acogían a jóvenes con las más variopintas problemáticas, desde niños abusados o niños en

---

<sup>114</sup> Durante la investigación encontré numerosos expedientes del Juzgado de Menores de Paraná iniciados por hechos absolutamente atípicos o de bagatela y con extensas intervenciones tutelares.

<sup>115</sup> Por ejemplo, la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de Menores de España reduce su ámbito de aplicación material a los casos de comisión de delitos o faltas, eliminando cualquier posibilidad de intervenir por razones de situación irregular (CRIVELLI, ANÍBAL. *Derecho penal juvenil...* pp. 161).

<sup>116</sup> CUSTET LLAMBI, MARÍA R. “Medida privativas de la libertad en el sistema penal juvenil. Estándares internacionales de Derechos Humanos”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III, 1era Edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015. *Passim*.

<sup>117</sup> En Entre Ríos, la Cámara Primera en lo Criminal, Sala II, con asiento en Paraná, en un breve pero contundente fallo revocó una resolución de un Juez de Menores que había dispuesto la internación cautelar de dos adolescentes acusados de un Homicidio basándose exclusivamente en motivos protectorios, sin invocar ningún riesgo jurídico procesal (Expte. n°25349 “A.V.H.E.-R.J.E.E. S/Homicidio”, 06/03/2012). Esta resolución marcó un hito fundamental en la provincia, en cuanto significó el paso de un criterio tutelar de decisiones jurisdiccionales, fuertemente arraigado en la jurisprudencia local, hacia un criterio de la responsabilidad que se enriqueció en los años siguientes hasta la actualidad.

<sup>118</sup> BELOFF, MARY, FREEDMAN, DIEGO, TERRAGNI, MARTINIANO. “Debido proceso e imputados no punibles en la jurisprudencia argentina”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015 (Pp.3484/3486).

estado de adoptabilidad, hasta jóvenes acusados de graves delitos. Las internaciones, a menudo, se prolongaban por mucho tiempo, a veces años, perjudicando el crecimiento y desarrollo del adolescente y agravando, en suma, su condición de vulnerabilidad.

En esa línea, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad<sup>119</sup> entiende por privación de libertad: “...*toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública*”.

En la mayoría de las ocasiones, el fundamento de la medida no era la prevención de riesgos jurídicos-procesales, sino la protección, cuidado y restauración de los derechos vulnerados del adolescente cuando, al contrario, la C.D.N. establece que la detención y privación de los niños por razones penales debe ser la *última ratio* del sistema y por el tiempo más breve posible<sup>120</sup>. Por eso, una vez deslindados normativamente la protección integral de la infancia (Ley n°26061) del Derecho penal juvenil y, concebido éste, como parte del Derecho penal, los únicos motivos que justifican la privación de la libertad durante el proceso son la constatación de riesgos procesales<sup>121</sup> en sus dos vertientes de peligro, fuga y entorpecimiento de la investigación. En consecuencia, el avance normativo, doctrinario y jurisprudencial<sup>122</sup> en los últimos años, en materia de medidas cautelares personales en el proceso penal, se traslada *ipso iure* al ámbito del Derecho penal juvenil y se acentúa el carácter de excepcionalidad, brevedad en el tiempo y revisión periódica<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, en el Art.11 b)

<sup>120</sup> Es necesario destacar que los instrumentos internacionales no descartan la aplicación de medidas cautelares durante el proceso penal de adolescentes, por ejemplo, “*Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.*” (Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por O.N.U, resolución 45/113, de 14/12/1990). La Obs. Gral. n°10 de la O.N.U., Punto F, párrafos 78-89 directamente habla de prisión preventiva (si bien provisional, de última ratio y excepcional), delineando las condiciones de detención, la revisibilidad e impugnabilidad de la decisión judicial que la ordena y abogando por que los Estados partes de la C.D.N., establezcan por ley los supuestos de procedencia y las medidas sustitutivas más benignas.

<sup>121</sup> Como dice Crivelli “En este caso, a diferencia de lo que ocurre con los menores inimputables, existe expectativa de pena, por lo que cobra sentido la necesidad de asegurar los fines del proceso” (Ob cit. Pp. 275).-

<sup>122</sup>V.gr. Fallo Plenario Cámara Nacional de Casación Penal, “DIAZ BESSONE, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, 30/10/2008; Cámara Nacional de Casación Penal; “NAPOLI, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art.139 bis del C.P.” 22/12/1998, C.S.J.N., por nombrar la doctrina judicial más difundida.

<sup>123</sup> CUSTET LLAMBI, MARÍA R. “Medida privativas de la libertad en el sistema penal juvenil...” pp.3542/3554). En este texto, la autora citada remarca la práctica in malam partem del uso del Derecho Penal respecto a los niños que no han alcanzado la edad de responsabilidad penal (no-punibles) para ofrecer respuestas a fines sociales o proteccionales, recordando que tales medidas de protección deben canalizarse por fuera del Derecho penal. En esa línea, la Ley n°9861, según Ley n°10450, de procedimiento penal juvenil de Entre Ríos establece en el Art.111 la prohibición absoluta para privar de la libertad a jóvenes no-punibles incluso por medidas cautelares.

Por el contrario, las medidas de protección de carácter asistencial se destierran<sup>124</sup> de la competencia penal, transformándose lisa y llanamente inconstitucional privar de la libertad a un adolescente acusado de un delito sobre la base de motivos tutelares<sup>125</sup>.-

#### **d) Nuevas estructuras judiciales**

Una vez redefinida la auténtica competencia penal de un juez penal de niños y adolescentes, la prohibición normativa de estos magistrados para diseñar y ordenar *medidas de protección* con carácter asistencial a jóvenes punibles o no-punibles sometidos a un proceso penal, obliga a una reestructuración forzosa de los órganos jurisdiccionales y ejecutivos, toda vez que la competencia en materia asistencial se traslada exclusiva y excluyentemente a los juzgados de familia y los entes estatales de protección de la niñez. Con lo cual, no sólo se torna indispensable la readecuación normativa para la creación de fueros especializados y una correcta distribución de competencias; sino también, se necesitan complejas modificaciones en los perfiles de los operadores jurídicos que se desempeñan en cada organismo.

A título de ejemplo, tanto el rol de los equipos técnicos interdisciplinarios<sup>126</sup> en cuanto auxiliares de la justicia, como la clase de profesionales que los integran, han de rediscutirse de acuerdo a las exigencias de un Derecho penal juvenil que ya no tiene la misión de amparar y socorrer niños vulnerables<sup>127</sup> y restaurar derechos, sino que aplica la ley penal sustantiva en el marco de las especiales garantías estatuidas en la C.D.N. En este nuevo paradigma, corresponde entonces formular interrogantes de este estilo: ¿cuáles serían los profesionales de un equipo técnico interdisciplinario?, ¿cuáles deberían ser sus funciones en este ámbito? Y, si

---

<sup>124</sup>Con claridad expresa González Laurino: “*El modelo garantista de los derechos en el proceso judicial constituye sin dudas una avance frente al modelo de indiscriminación de abandono y delincuencia, pero no responde al problema de la justificación judicial de la internación como medida de protección social de los adolescentes más desamparados*” (GONZALEZ LAURINO, CAROLINA. “Medida privativas de la libertad en el sistema penal juvenil...”Pp.665).

<sup>125</sup> Esta posición no es pacífica, de hecho en un libro reciente se persiste todavía en asociar la internación –privación de la libertad- con la tutela y protección del adolescente fundado en el interés superior del niño. Dice Carlos Parma: “*La medida de internación solo es posible en adolescentes que tengan de dieciséis a diecisiete años. Se trata de una medida tutelar que requiere un tratamiento permanente del órgano judicial e interdisciplinario. Tiene un objetivo basado en el interés superior del adolescente... No es una prisión preventiva*” (PARMA, CARLOS. *Derecho penal de menores*. 1era. Edición. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2018. Pp.42).

<sup>126</sup> BACA PAUNERO, DIEGO. “Espacios que nacen. La posibilidad de lo instituyente. Reflexiones sobre el cuerpo técnico auxiliar en el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil”, en *Responsabilidad penal juvenil. Garantías procesales penales*. 1era Edición. Ed. Editorial La Rocca, Bs As. 2010, Capítulo II, Pp.57/76.-

<sup>127</sup> Julián Axat describe el perfil tradicional de los profesionales de salud mental que: “*continúan aferrados al imaginario ideológico de la institución total de encierro, y hasta defienden el dispositivo creyendo que se trata del único con cierta capacidad "real" de rehabilitación (neutralización) de jóvenes con la subjetividad arrasada. Este tipo de profesional funciona como un guardia-cárcel más, con la sutileza que se trata de un mecanismo de suplicio, confesión y control; y colabora en la pedagogía de la neutralización*” (AXAT, JULIAN. “Apuntes para una intervención en salud mental juvenil sin amenazas”, consultado on-line en fecha 24/05/2018, disponible en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) (Id SAIJ: DACF120101).

es posible determinar las funciones, ¿en qué instancia procesal amerita la intervención del equipo técnico<sup>128</sup>? y ¿con qué fines?

Por ahora, basta adelantar que estos profesionales van a ocupar un rol fundamental en la etapa de cesura de juicio, cuando ya el adolescente ha sido declarado autor penalmente responsable de un delito<sup>129</sup>, coadyuvando al diseño y ejecución de un tratamiento tutelar interpretado en clave convencional; sin perjuicio de que también, se convierten en asesores de fuste para la adopción de medidas previas a la judicialización del caso y/o durante la investigación del hecho<sup>130</sup> (V.gr.: Remisión de casos<sup>131</sup>, conciliación, juicio abreviado)

### e) Los fines del Derecho penal juvenil

En el contexto de profunda revisión del modelo de persecución penal juvenil, a la par de las discusiones que se suscitan en torno a las medidas cautelares o el perfil y función de los equipo técnicos interdisciplinarios, resulta decisivo redefinir los fines del Derecho penal juvenil, tópico íntimamente ligado a los fines del castigo<sup>132</sup> (V.gr. Teoría de los fines de la pena). En ese orden de ideas, si se sitúa esta específica rama del *ius puniendi* en un sistema de Derecho Penal integral, las discusiones dogmáticas<sup>133</sup> que se suscitan en el seno de dicho

---

<sup>128</sup> *Infra*, Tercera Parte, Capítulo VII.

<sup>129</sup> Como se verá, en el marco del nuevo paradigma cualquier abordaje previo a una sentencia declarativa de responsabilidad es rayana a la vulneración del principio de inocencia.

<sup>130</sup> “*Los profesionales cualificados tienen un papel fundamental a la hora de determinar la medida que mejor se ajuste al objetivo de la justicia juvenil conforme las circunstancias concretas del niño... En este nuevo paradigma, los organismos administrativos... deben enfocar su actividad en ilustrar al fiscal sobre las necesidades socioeducativas del niño a efectos de que este funcionario solicite, como sanción, la medida que más se ajuste al Interés Superior del Niño*” (CUSTET LLAMBI, MARÍA R. “Medida privativas de la libertad en el sistema penal juvenil...” pp.3560)

<sup>131</sup> Las Reglas de Beijing, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985) establece en la Regla 11: Remisión de casos.11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 *infra*, para que los juzguen oficialmente.11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

<sup>132</sup> Para Cruz Márquez, los fundamentos de la separación entre Derecho penal juvenil y Derecho penal para adultos reside en los fines, remarcando que el primero tiene un carácter educativo y orientado a la resocialización. (CRUZ MARQUEZ, BEATRIZ. “Presupuestos de la responsabilidad penal...” pp.243).

<sup>133</sup> Por ejemplo, particularmente, en este aspecto, me interesaría recordar un concepto clave de la moderna dogmática jurídico-penal: el concepto de culpabilidad y su capacidad de rendimiento para fundamentar racionalmente la imposición de un castigo en términos de su contrastabilidad científica. La culpabilidad, en el Derecho penal clásico, es el fundamento del reproche jurídico-penal y por tanto, el presupuesto de la pena. Las críticas formuladas a su constitución, impactan directamente con la legitimidad del castigo. El trabajo disparador de esta idea es el ya célebre texto de Enrique Gimbernat Ordeig “¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?”, en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971), en el cual señala que si se critica, como se hizo en la década del 60 del siglo pasado, a los fundamentos angulares del principio de culpabilidad se desmorona el fundamento de la dogmática penal como al soltar una pieza de dominó: “¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal? No lo tiene si se argumenta así: La dogmática penal presupone el Derecho penal, el

sistema se trasladan al campo del Derecho penal juvenil. Con lo cual, las añejas y siempre vigentes discusiones sobre los fines de la pena<sup>134</sup> repercuten de lleno a la hora de fijar las razones que sustentan la aplicación o no de un castigo a un adolescente.

Arribados a este punto, si sostenemos que el Derecho penal juvenil ya no ha de ser concebido como un subsistema normativo de protección de la infancia vulnerable, sino un auténtico Derecho penal que sirve a los fines del Derecho penal común<sup>135</sup>, por tanto no renuncia a la sanción como consecuencia jurídica de un comportamiento anti-normativo; sin perjuicio de reservar una especial consideración de la condición del sujeto infractor, un adolescente, deviene imposible soslayar las funciones propias que la sociedad, en su configuración normativa, le asigna al poder represivo del Estado; sin renunciar, empero, a la armonización de dichas funciones con las finalidades específicas que orientan el Derecho Penal para adolescentes; finalidades que se plasman, sobre todo, en la C.D.N. y en las interpretaciones que el Comité de los Derechos del Niño hacen de ella<sup>136</sup>.

Precisamente, donde puede vislumbrarse con mayor énfasis el acabado cumplimiento de los fines del Derecho penal juvenil, en consonancia con los fines generales del Derecho

---

*Derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe. De esta argumentación se ha admitido aquí el último postulado (la culpabilidad es indemostrable)...*” Por otro lado, Roxin aclara que en la Teoría del Hecho Punible, “*existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad*”, pero luego, el contenido de cada categoría varía conforme el modelo de teoría del delito” (ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. T I. Fundamentos...* pp190/231). Por su parte, Jesús María Silva Sánchez inicia el análisis del Derecho penal contemporáneo, destacando la “crisis” como su característica principal, provocada, principalmente, por la antinomia entre libertad y seguridad, expresada entre prevención y garantías, legalidad y política-criminal (SILVA SANCHEZ, JESÚS M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo...* pp.3/8).

<sup>134</sup> Cualquiera de los manuales de Derecho penal más conocidos describen detalladamente las teorías de los fines de la pena y su evolución, por ejemplo, por citar algunos, STRATENWERTH, GÜNTER. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. 4ta. Edición. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pp.28/50.-FRISTER, HELMUT. *Derecho Penal. Parte General*. 4ta. Edición. Trad. Marcelo Sancinetti. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2011. , pp.59/72; BACIGALUPO, ENRIQUE. *Derecho penal. Parte general*. 2da. Edición. Ed. Hammurabi, Bs As., 1998, pp.31/46. A su vez, los dos exponentes más reconocidos del funcionalismo en dogmática penal, Günther Jakobs y Claus Roxin, enrolan el fin de la pena con la función del Derecho penal en general y reformulan el concepto de culpabilidad a partir de la finalidad de la pena. Roxin, por su parte, establece que la finalidad de la pena es prevención general-especial positiva, postulando una “teoría unificadora preventiva de la pena”, en la que “la persecución simultánea del fin preventivo general y especial no es problemática donde la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible” (ROXIN, CLAUS. Ob. cit. Pp. 95/103). Para Jakobs, el fin de la sanción –y el Derecho penal en general- es garantizar la vigencia de las normas jurídicas, para ello, armoniza el concepto de culpabilidad con el fin de la sanción. El autor de un injusto es culpable si con su hecho controvierte la vigencia de la norma: niega el Derecho. El fin de la pena es contestar esa negación, reafirmando el Derecho y lo hace mediante el castigo porque éste, el castigo, comunica a la sociedad que el orden jurídico continúa vigente pese al quebranto normativo del autor. (JAKOBS, GÜNTHER. “Principio de culpabilidad...”

<sup>135</sup>La idea clave de reinsertar el Derecho penal juvenil en el Sistema de Derecho penal se puede encontrar también en CRUZ MARQUEZ, BEATRIZ. “Presupuestos de la responsabilidad penal...”; también en MIRANDA MARTÍNEZ, CIBORY M. “El Derecho penal juvenil. Su ubicación en la ciencia del derecho penal...” y en PAREDES CASTAÑON, JOSÉ M. “El principio del interés del menor en Derecho penal: una visión crítica, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3era. época N°X, Ed. UNED, Madrid, 2013. Pp. 156/186. Disponible (on line) en <http://espacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4020>

<sup>136</sup>BELOFF, MARY-FREEDMAN, DIEGO-TERRAGNI, MARTINIANO. “Reseña del informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, consultado on-line en fecha 25/05/2018, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34440.pdf>

Penal en una sociedad democrática y moderna, es en *la construcción de la norma jurídica individual*, vale decir, la norma de sanción incoada en la sentencia de condena o absolutoria por parte de un tribunal –unipersonal o colegiado–, espacio de decisión jurisdiccional complejo en el que confluyen, en permanente tensión, teorías preventivas de la pena<sup>137</sup> dicotómicas: *prevención general vs prevención especial*.

En consonancia con lo anterior, la tarea que cabe es doble y en permanente tensión. Por un lado, hay que fundamentar cuál es la finalidad preponderante del Derecho penal juvenil, su función social como sistema normativo-punitivo y, al mismo tiempo, aunque pareciera paradójico, se debe procurar, en la medida de lo posible, la protección del adolescente frente a la estigmatización del proceso penal, sobre todo, en el ámbito de la sancionabilidad.

Consecuencia directa de esta tensión, es la necesidad de fundamentar los fines que guían el acto concreto de individualizar judicialmente la pena una vez que se ha decidido imponer el castigo. En este aspecto, resulta medular definir cuál es la finalidad del juicio de necesidad de pena<sup>138</sup> (V.gr. “hay necesidad de castigar –o no- este delito cometido por este adolescente”) y cuál es la finalidad que va a guiar el juicio de cantidad de pena (V.gr.: cuánto de pena y modalidad de pena) para evitar, precisamente, una mayor intervención y desocialización del adolescente.

En otras palabras, entiendo que esta discusión en torno a los fines del Derecho penal juvenil, remite sin más a un problema de justificación externa: la discusión metajurídica sobre la justificación ética de instituir un sistema de persecución penal dirigida a niños en un Estado de Derecho y esta sería, en realidad, la gran preocupación que subyace a lo largo de la presente investigación.

---

<sup>137</sup> La marcada orientación preventiva del Derecho penal contemporáneo, se debe al abandono de las teorías absolutas de la pena y el abrazo al principio utilitarista en materia penal como único fundamento constitucionalmente válido para justificar la intervención punitiva. Ahora bien, la discusión sobre qué utilidad –general o individual- prima, ha devenido no menos que interminable (SILVA SANCHEZ, JESUS M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*... pp.291/491). El giro decisivo lo encarnó Claus Roxin cuando argumentó que no es suficiente la culpabilidad por el hecho como fundamento único de la pena, sino se verifican necesidades preventivas adicionales (ROXIN CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. T I. Fundamentos*... pp. 791/818 y ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. 1era. Edición. Trad. Francisco Muñoz Conde. Ed. Reus S.A. Instituto Editorial, Madrid, 1981.*Passim*).

<sup>138</sup> Como ya intuía Carrara, si bien toda pena requiere un injusto culpable no toda verificación de un injusto culpable conlleva necesariamente una pena. El maestro italiano dijo: “...si bien no puede existir pena cuando no hay imputación, puede existir imputación no seguida de pena, y si bien todo lo que modifica la imputación debe en justicia influir sobre la pena, puede esta, a menudo, tener que modificarse, aun cuando permanezca inalterable la imputación” (CARRARA, FRANCESCO. *Programa de derecho criminal. Parte General. T I*. 4ta.Edición. 1era. Reimp., Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Ed. Temis S.A., Bogotá, 1988. Pp.31).

## f) La resignificación de la cesura de juicio y del llamado “tratamiento tutelar”

Un aspecto sustancial del cambio de paradigma, íntimamente relacionado con los fines del Derecho penal juvenil, es la resignificación de la denominada “cesura de juicio”<sup>139</sup> que explicamos en el punto 1.2). A mi modo de ver, la cesura de juicio debe postularse como una *garantía específica* del adolescente imputado en el sentido fuerte del concepto porque cumple el mandato constitucional de instrumentar un juzgamiento penal más benigno, en la medida de que consagra la facultad judicial de absolución como un derecho que el adolescente puede acceder en virtud de su comportamiento post delictual. Este beneficio no existe en los adultos, por eso en la actualidad, un proceso penal juvenil privado de cesura de juicio deviene *nulo de nulidad insanable*.

Dicho ello, es necesario realizar ciertas precisiones puesto que previo, a la cesura la ley de fondo adolece de vaguedad, en cuanto no define qué consiste el tratamiento tutelar y no estipula qué medidas el juez puede disponer. Asimismo, exige un mínimo (un año) y un máximo que resulta arbitrario y facultativo (hasta la mayoría de edad). De esa manera, el Juez en la práctica hace y deshace discrecionalmente tanto el contenido del tratamiento como su duración<sup>140</sup>.

Es decir, a falta de regulación legal, el juez elige cualquier medida que juzgue conveniente, por el tiempo que le parezca, siempre que garantice el mínimo de un año. Con ello, se afecta hondamente el principio de legalidad penal ya en sentido *lato*. A su vez, la lógica del paradigma tutelar condiciona el juicio de necesidad de pena a las resultas de un tratamiento tutelar favorable, al extremo tal que, se justifica la exoneración de pena en aquéllos casos en los que un adolescente cometió un hecho gravísimo y luego se acogió a las pautas impuestas judicialmente en el marco del abordaje previo a la cesura de juicio. Y, al contrario, no excluye la sanción en los casos de infracciones leves acompañados de un desfavorable tratamiento tutelar.

---

<sup>139</sup> La cesura de juicio, conforme fuera adelantado en el punto 1.2) está prevista en el Régimen Penal de la minoridad, Art.4° Decreto-ley n°22278 e implica el desdoblamiento del enjuiciamiento penal de un adolescente punible en dos instancias orales y contradictorias bien definidas; una instancia de juicio oral donde se dirime la materialidad del hecho y la autoría responsable del imputado y concluye con una sentencia declarativa de responsabilidad o de ausencia de ello. Si la sentencia es declarativa de responsabilidad penal, se abre una etapa de prueba del adolescente en la que la ley ordena dispensar un “tratamiento tutelar” (Art.4° Decreto-Ley n°22278) hasta que el joven cumpla 18 años. Cuando esto ocurre, se realiza la segunda instancia de juicio oral donde se discute exclusivamente la necesidad de imponer una pena al joven que fuera declarado responsable de un delito.

<sup>140</sup> “A diferencia del sistema de protección integral que impone la Convención de los Derechos del Niño, el sistema de patronato contemplaba implícitamente el derecho a la protección de la niñez desamparada. Ésta era una “protección” que no estaba garantizada ni limitada en su determinación y aplicación. El juez resolvía, conforme su criterio y prácticamente en ausencia de límite alguno, sobre el destino de los niños y adolescentes” (CUSTET LLAMBI, MARIA R. “Medida privativas de la libertad en el sistema penal juvenil...”pp..3526).

Sin embargo, a partir de la derogación de la Ley Agote mediante la sanción de la Ley n°26061 de protección de la infancia<sup>141</sup>, se dismanteló el contenido tutelar del tratamiento, habida cuenta que el juez penal tiene vedado en forma heterónoma disponer medidas de carácter reeducativo, correctivas, curativas y/o normalizadora con motivo de la ley penal transgredida. Por lo tanto, es legítimo preguntarse qué queda de ese instituto previsto en el Art.4° inc.3° del Decreto-Ley n°22278 como condición *sine qua non* para discutir y fijar la necesidad de imponer una pena a un adolescente.

A la luz de ello, corresponde advertir de *lege lata* que una interpretación *contra legem* del dispositivo actualmente vigente sería en este caso *in malam partem* y por ende inconstitucional. Así pues, en todos los casos se debe garantizar el cumplimiento del período de prueba, aun cuando genere serios problemas hermenéuticos<sup>142</sup>. En segundo lugar, cabe referir de *lege ferenda* que, en mi opinión, sería un retroceso cualquier modificación del Régimen penal de la minoridad que no prevea la cesura de juicio y juzgue en una sola instancia el hecho, la autoría, calificación jurídica, culpabilidad y la sanción.

El desafío implica, por tanto, reinterpretar el sentido del instituto en clave convencional despojándolo de todo resabio tutelar y dotándolo de un contenido acorde a los fines del Derecho penal juvenil, en el marco no solamente de los instrumentos internacionales performativos de la persecución penal de la adolescencia, sino también del Derecho Penal general.

A los efectos de precisar y comprender mejor este desafío, cabe recordar que el tratamiento tutelar constituía el corazón del sistema punitivo en el paradigma de la situación irregular, comandando el núcleo de las decisiones jurisdiccionales. Previo al proceso, la *necesidad de tutela* determinaba el conjunto de decisiones más relevantes: iniciar o no el proceso penal, imponer una medida proteccional de internación o ambulatoria; prorrogar el patronato difiriendo *sine die* la definición sobre la situación procesal. Y luego de la sentencia

---

<sup>141</sup> Recordemos que esta ley diferencia y reasigna las competencias penal y asistencial.

<sup>142</sup> Aníbal Crivelli argumenta que la ley de mayoría de edad que fijó la misma a los 18 años (Ley n°26579) generó un gran impacto en orden al requisito legal de un (1) año de tratamiento tutelar como condición previa para la discusión sobre la necesidad de sanción, toda vez que en muchos casos el adolescente imputado alcanza la mayoría de edad sin haber cumplido todavía el año de tratamiento tutelar (CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil...*pp.312/321) En ese sentido, el cumplimiento del dispositivo parece claro en el grupo de adolescentes enjuiciados que no han cumplido los 18 años, pero se complica en los casos periféricos o zonas grises donde la doctrina y la jurisprudencia debate si corresponde observar la cesura de juicio o no. Son los casos de jóvenes que ya han alcanzado la mayoría de edad y son imputados por hechos cometidos cuando eran menores de 18 años, o bien, alcanzan la mayoría de edad durante el período de tratamiento tutelar. Aún más, ¿qué pasa con aquellos jóvenes que están privados de la libertad cautelarmente?, ¿deben continuar la medida cautelar en prisión común?, ¿es legítimo seguir “tutelando” a un mayor de edad o ésta cesa de pleno derecho?, ¿cómo se interpreta y aplica, en definitiva, el requisito establecido en el Art.4 inc. 3 del Decreto-Ley n°22278?) estas son las grandes preguntas que se abordarán en el Capítulo III.

declarativa de responsabilidad, *el resultado de la tutela* en términos de éxito o fracaso condicionaba exclusivamente la imposición o no de un castigo. En definitiva, traducido en nomenclatura jurídico-penal, el tratamiento tutelar era una mixtura de prevención especial negativa y en algunos aspectos positiva en clave de ideología resocializadora. Por ello, de los cuatro baremos para el juicio de necesidad de pena que prevé el Art.4° del Decreto-Ley n°22278, se privilegiaba el *resultado* del tratamiento tutelar.

La sustitución del paradigma implica, por todo lo expresado, el complejo reto de sostener la cesura de juicio y por tanto reconocer al adolescente la oportunidad de un período de prueba (llamado hoy tratamiento tutelar por imposición legal, concepto que bien puede redefinirse) y, al mismo tiempo, insuflar ese período de prueba de un contenido distinto que no tenga que ver con la heteropuesta de determinados valores o direccionamientos morales, y menos resolver problemáticas sociales como ausencia de educación y cuidado de la salud; entornos de pobreza, marginalidad y conflictos familiares. Al contrario, el contenido del abordaje en clave convencional es acercar al joven imputado a las metas fijadas en el Art.40 inc.1° de la C.D.N.<sup>143</sup> para un Derecho penal juvenil.

#### **g) Multiplicidad de sanciones y la prisión como excepción**

Otra de las consecuencias no menos relevantes de adoptar un Derecho penal juvenil en sintonía a la C.D.N. y derivada del principio de igualdad ante la ley<sup>144</sup>, es la necesidad de establecer legalmente un sistema que prevea un catálogo de sanciones de menor a mayor intensidad en función de la magnitud de injusto, grado de culpabilidad, edad del condenado, circunstancias objetivas y subjetivas del hecho y que reemplacen a la pena de prisión, principal castigo del Derecho Penal clásico sin, empero, soslayarla para los casos de grave ilicitud.

En ese cometido, las sanciones que se instituyan han de tener idéntica estructura que la norma jurídica<sup>145</sup> que impone una pena de prisión; es decir, un mandato dirigido al juez bajo

---

<sup>143</sup> Dice la norma: *"Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales (...) a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad."*

<sup>144</sup> Afirma Hernández Basualto que *"la diferencia en términos de relativa moderación o benignidad viene impuesta en consideración a las peculiaridades del agente... Desde una elemental y clásica noción de justicia e igualdad ante la ley se impone entonces el deber de un tratamiento diferenciado sobre la base de una situación reconocidamente diferente"*. (HERNANDEZ BASUALTO, HÉCTOR. *"El nuevo Derecho Penal de adolescentes..."* pp.195-217)

<sup>145</sup> Sobre la estructura de la norma jurídica véase: NINO, CARLOS S. *Introducción al análisis del derecho*. 2da. Edición, 16va. Reimp. Ed. Astrea, Bs. As., 2012. Capítulo II "El concepto de norma jurídica". El iusfilósofo argentino caracteriza el

la fórmula deóntica propia de la norma secundaria “*dada la conducta x, debe ser la sanción y*”, del cual se deduce una norma –primaria- dirigida al ciudadano a los efectos de prescribir comportamientos. Con ello, estoy poniendo de relieve que el Derecho penal juvenil no deja de ser un orden normativo coactivo, respecto de lo cual la necesidad de instaurar sanciones diferenciadas, no es sino consecuencia de reconocer que la pena de prisión clásica tiene un alto contenido estigmatizante; dificulta –sino impide- el proceso de reinserción social, afecta muchas veces la proporcionalidad entre injusto y sanción y no logra, en definitiva, alcanzar los específicos fines del Derecho penal juvenil.

Por el contrario, el establecimiento de un catálogo de sanciones que no impliquen privación de la libertad, que estén orientadas a la prevención especial positiva y que sean flexibles, de corta duración, intercambiables y revisables conforme la evolución del condenado; no sólo afianzan el mandato convencional de evitar las medidas privativas de libertad y facilitar el proceso de resocialización del adolescente<sup>146</sup>, sino que satisfacen, al mismo tiempo –al menos mínimamente- cuotas de prevención general en la medida de que, la sociedad en su conjunto no deja de percibir que el injusto penal cometido por un adolescente recibe un juicio de reproche negativo (“esto no debió ser y no debe ser”) y se responde contrafácticamente con una sanción coactiva.

En efecto, legislaciones comparadas que han avanzado hacia auténticos sistemas de responsabilidad penal juvenil, como el caso de Chile y España, han establecido un catálogo de sanciones en los cuales las penas de encierro constituyen la última ratio del ordenamiento, reservadas para los delitos más graves. Por ejemplo, el país trasandino tras la sanción de la Ley n°20084<sup>147</sup>, avanzó hacia un modelo de responsabilidad penal del adolescente en el marco de la C.D.N. para jóvenes entre 14 y 17 años que hayan cometido un delito. Según Gonzalo Berríos la ley establece un Derecho penal especial porque “*además de las garantías penales y procesales comunes a todas las personas, se les han de reconocer mayores derechos y garantías*” en consideración de

---

lenguaje prescriptivo y realiza una excelente exposición sobre los distintos enfoques de la norma jurídica (Ej. Von Wright, Kelsen y Hart).

<sup>146</sup> Refuerza este concepto Mary Beloff cuando al referirse a un sistema penal propiamente juvenil dice que “*la responsabilidad del joven por el acto cometido debe expresarse en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos*”. Más adelante pone como ejemplo la advertencia, la amonestación hasta arrestos domiciliarios o privación de la libertad en instituciones especializadas (BELOFF, MARY. *Los derechos del niño en el sistema interamericano...* Capítulo I Pp. 40)

<sup>147</sup>La Ley n°20.084 de Chile, entró en vigor el 7 de diciembre 2005, adopta un régimen de responsabilidad juvenil, diferenciando dos franjas etarias, de 14 a 16 años, y de 16 a 18, con sistemas de responsabilidad y respuestas jurídicas distintas. Lo novedoso es un catálogo de sanciones, como el régimen jurídico español, que incluye medidas alternativas a la prisión y el principio de oportunidad (BERRIOZ, GONZALO. “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, en REJ, N°6, 2005. Pp.161/174. Disponible en <https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15079> *Passim*).

los principios de igualdad, protección y “la diferente situación jurídico-social del adolescente y su calidad de persona en pleno proceso de desarrollo”<sup>148</sup>, estableciendo sanciones privativas o no privativas de libertad en caso de declararse judicialmente la responsabilidad penal<sup>149</sup>.

Por su parte, el Reino de España adoptó un sistema de responsabilidad juvenil en la Ley orgánica 5/2000, 12 de enero, en cuyo Art.7º dispone un frondoso catálogo de “medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas”<sup>150</sup>.

En nuestro caso, la sanción mediante penas alternativas resulta de imposible factura en la medida de que el Régimen Penal de la minoridad, lejos de establecer penas diferenciadas, remite a las penas previstas en el Código Penal de adultos. Así, se quebranta el principio de igualdad. Vale recordar que la única diferencia con el régimen penal de adultos reside en la expresa facultad asignada al magistrado de menores para construir la norma de sanción sobre la base de la escala más benigna de la tentativa, o bien, la dispensa de pena. No hay, por tanto, posibilidad de imponer sanciones diferentes que no sean la prisión o reclusión, sin violentar el principio de legalidad, al menos que se produzca una reforma legislativa.

## **h) Conclusiones**

En función de lo desarrollado a lo largo del capítulo, emerge factible aproximarnos a una descripción más certera y sintética de lo que cabe entender por Derecho penal juvenil bajo el paraguas de la C.D.N. y que sirva como concepto-ideal<sup>151</sup>, con potencial crítico de los sistemas punitivos vigentes en la actualidad para adolescentes.

---

<sup>148</sup> BERRIOS DÍAZ, GONZALO. “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”, en revista Polit. Crim. Vol. 6, N°11 (junio 2011), Art.6 pp. 163-191. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000100006>

<sup>149</sup> Artículo 6º.- Sanciones. En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley sólo se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes: a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social; c) Libertad asistida especial; d) Libertad asistida; e) prestación de servicios en beneficio de la comunidad; f) Reparación del daño causado; g) Multa, y f) Amonestación. Penas accesorias: a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados, y b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias. Un comentario en profundidad de las medidas alternativas a la prisión puede consultarse en MORALES PEILLARD, ANA MARÍA. “Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el subsistema de responsabilidad penal de adolescentes infractores de la ley penal”. REJ-Revista de Estudios de la Justicia n°7, Año 2006. Consulta [on-line] en fecha 23/05/2018, Disponible on line, en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15087>

<sup>150</sup> Por ejemplo: Internamiento en régimen cerrado, régimen semiabierto, régimen abierto, terapéutico en régimen cerrado, tratamiento ambulatorio, asistencia al centro de día, permanencia en fin de semana, libertad vigilada etc., graduables, revisables y que se adecúan a cada caso particular, en función de la gravedad del ilícito, la edad del joven al momento del hecho y la situación personal del joven etc. (Art.10 Ley 5/2000).-

<sup>151</sup> A diferencia de la concepción positivista del Siglo XIX que asocia mera legalidad con validez (formal), el derecho moderno en el marco del neoconstitucionalismo incorpora además el criterio de justicia sustancial como condición de validez de las normas. La Constitución establece los postulados de lo que debe ser el derecho, siempre mejorable, perfectible a la luz de ese deber ser ideal: “*Resulta totalmente insuficiente en los modernos estados constitucionales de derecho, en los que la validez de las normas reside en su conformidad no sólo formal sino también sustancial con normas de rango superior, que*

En ese sentido, el Derecho penal juvenil, enmarcado en el paradigma de la responsabilidad, se acerca normativa y epistémicamente al Derecho penal y solo se diferencia en la especial condición jurídica, antropológica y psicológica de los sujetos destinatarios, adolescentes punibles. Entonces, si esto es así, el Derecho penal juvenil habrá de aplicar idéntica materia jurídica –V.gr. Código Penal y leyes especiales- y perseguir los fines que la sociedad democrática asigna al Derecho penal en general, a través de la voluntad expresada en la Constitución. De igual modo, se nutrirá de la dogmática del hecho punible y compartirá la totalidad de los principios liberales del Derecho penal más los principios específicos de esta rama especial, cimentados en la condición del adolescente en cuanto sujeto en desarrollo madurativo y emocional.

Desde esta óptica, se abandona<sup>152</sup> el modelo tutelar de la infancia, con marcada flexibilización de las garantías penales y se avanza hacia un Derecho penal de acto y culpabilidad que atribuye a los adolescentes capacidad de motivación normativa; se reducen las medidas cautelares a su mínima expresión y se propugna la consagración normativa de consecuencias jurídicas diferenciadas acorde a la madurez y realidad existencial del sujeto infractor.

Precisamente, en este capítulo se acentuaron las diferencias sustanciales entre los dos sistemas de persecución penal y se ilustró, a través de un caso real, cómo la adopción de uno u otro repercute en las prácticas forenses y la vida misma del adolescente que resulte enjuiciado. En consecuencia, una vez descrito brevemente el modelo tutelar, se desarrollaron los aspectos negativos del mismo y se confrontó con el modelo de la responsabilidad que propugna la C.D.N. y el conjunto de instrumentos internacionales que informan el *corpus iuris internacional*.

Finalmente, se puso de relieve que, entre los principales cambios que implican la recepción del concepto de *responsabilidad penal juvenil*, se encuentra la tónica de los *fines* que justifican la intervención jurídico penal de un adolescente.

En este aspecto, emerge imprescindible delinear con precisión esos fines que van a ser, en definitiva, los que justificarán en la *praxis* cuándo corresponde judicializar o no un hecho punible cometido por un adolescente y en el caso de avanzar hacia el juicio y decretarse

---

no sólo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo” (véase in extenso, FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* Pp. 353/367).

<sup>152</sup>*passim* CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Nulla poena sine culpa...”.

la responsabilidad penal, qué sanción se debe imponer, en el entendimiento de que un Derecho Penal moderno, garantista y racional, no puede prescindir de la dogmática jurídico penal en el proceso de toma de decisiones<sup>153</sup>. Y la dogmática de posguerra ya no es un sistema formalista de conceptos cerrados, sino que está impregnada de juicios valorativos, no rígidos, que orientan las categorías del hecho punible a partir del giro funcionalista emprendido, sobre todo, por Claus Roxin<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> SILVA SANCHEZ, JESUS MARÍA. *Aproximación al derecho penal contemporáneo...* Pp.63.

<sup>154</sup> ROXIN, CLAUS. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2da Edición, Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Ed. Hammurabi. José Luis Palma Editor, Bs. As., 2000.-



## SEGUNDA PARTE

### Los fines del Derecho penal juvenil como parte de un sistema penal integral

#### Capítulo IV

#### La Constitución y los fines del sistema penal en general. El caso especial del Derecho penal juvenil. Los aportes de la dogmática

##### a) Aclaraciones metodológicas previas

Los fundamentos de la función<sup>1</sup> del Derecho Penal y los fines de la pena<sup>2</sup> ocupan las discusiones más relevantes en prioridad e importancia en el ámbito de la dogmática jurídico-penal y la filosofía del derecho. En ellas, convergen aspectos jurídicos, históricos, políticos, sociológicos y filosóficos<sup>3</sup> con sus distintas vertientes<sup>4</sup> (V.gr. Metafísica, Ética, Antropología) que exceden el campo estricto de la dogmática penal<sup>5</sup>. Es una constante, siempre que apareció

---

<sup>1</sup> En cuanto la función del Derecho Penal predomina hoy en día la discusión entre la teoría del bien jurídico vs. la vigencia de la norma, es decir, aquella tesis que asigna al Derecho penal la función de protección subsidiaria de determinados bienes esenciales, individuales o colectivos, y que están plasmados en la Constitución (Vid, ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General. T I. Fundamentos...* Pp.51/67), frente a la tesis que propugna la protección de la vigencia de las normas por medio del Derecho penal (Vid, JAKOBS, GÜNTHER. “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención, protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. 1era. Edición. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, Capítulo II, Pp.47/73).

<sup>2</sup> Función del Derecho penal y fin de la pena tienen íntima relación, así explica Bacigalupo: “...toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal” y aclara que en el Derecho penal clásico se ofrecen dos miradas, por un lado la función es metafísica, perseguir un ideal de justicia -Tesis retribucionista-, mientras que por otro hay una función social, prevenir delitos para proteger bienes jurídicos -Tesis preventivas- (BACIGALUPO, ENRIQUE. *Derecho penal. Parte general...* pp.29/30)-

<sup>3</sup> Una vez secularizado el Derecho en general y, en consecuencia, dissociado el Derecho penal de la noción de pecado a partir de la modernidad y de la Escuela del Iusnaturalismo racionalista, i.e. Hugo Grocio, Thomas Hobbes y Samuel Puffendorf, entre los más importantes (Vid, WELZEL, HANS. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*. Reimp. Trad. Felipe González Vicen. Ed. B de f, Bs. As, 2011)

Pp.143/218), la discusión filosófica sobre los fines de la pena se debate entre las posturas absolutistas (Kant y Hegel) y relativas. En clave política, entre liberalismo y comunitarismo (*Passim*, ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* Vol LI. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1998.. Pp.366/576; Vid, NINO, CARLOS S. *Ética y derechos humanos...* Capítulos II y III)

<sup>4</sup> Dice Patricia Ziffer: “La función de la pena, o “teorías de la pena”, es una cuestión que ha ocupado a filósofos y juristas de todos los tiempos sin que haya logrado nunca una respuesta definitiva al interrogante de cuál es el fin de la pena” (ZIFFER, PATRICIA. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2da Edición. Ed. Ad-Hoc, Bs. As, 1999, Pp.45).

<sup>5</sup> “A tenor de las implicancias éticas y filosóficas que el instrumento público de la pena conlleva, la discusión sobre la justificación del castigo obliga al jurista a adentrarse en ámbitos de conocimiento que trascienden el marco propio de la dogmática jurídico-penal, ámbitos que van desde la filosofía a la sociología, pasando por la psicología o la ética” (ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL. Ob cit. Pp.369)

el fenómeno punitivo<sup>6</sup> en la sociedad emergieron las preguntas tales como “porqué”, “cuándo” y “cómo”<sup>7</sup> se justifica la imposición de un mal a una persona por motivo de la comisión de un hecho considerado contrario a la legalidad vigente, surgiendo a lo largo de la historia<sup>8</sup> las más variadas respuestas tanto irracionales<sup>9</sup> como racionales.

No se reiterará en este trabajo<sup>10</sup> un repaso por las diversas teorías sobre la función del Derecho penal y los fines asignados a su principal instrumento, la pena, para cumplir la función asignada, dado que se presume, en líneas generales, conocidas por todos los juristas. El objetivo, por el contrario, es fundamentar cuáles son los fines<sup>11</sup> que orientan el Derecho penal juvenil y en todo caso, depurar y precisar conceptualmente las teorías que sustentan tales fines.

---

<sup>6</sup>TERRAGNI, MARCO A. *Proporcionalidad de la pena. Determinación legal e individualización judicial*. 1er. Edición. Ed Rubinzal Culzoni, Bs. As, 2017. Pp.11/38. Asimismo, Silva Sánchez ha dicho: ““La cuestión relativa a las tradicionalmente denominadas “teorías de la pena”, ha sido objeto de constante discusión desde que existe una reflexión acerca del fenómeno punitivo...”” (SILVA SANCHEZ, JESUS M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo...* pp.291). Ferrajoli señala que hay que distinguir entre los modelos de justificación de la pena (por qué se debe penar) de los modelos explicativos de por qué hay pena, o sencillamente, entre justificación normativa y teoría explicativa y no confundir ambos planos. (FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón...* pp.321/345). Ya se aclaró que en esta investigación se explora la justificación normativista.

<sup>7</sup> Decididamente se alude a las tres grandes preguntas que formula Ferrajoli para someter a crítica el Derecho Penal en su totalidad una vez que se afirma “sí” al Derecho Penal, desde la epistemología garantista, basado en el utilitarismo penal reformado. Deduce, a partir del “sí”, doce preguntas: “sí, por qué, cuándo y cómo castigar; sí, por qué, cuándo y cómo prohibir; sí, por qué, cuándo y cómo juzgar”. (FERRAJOLI, LUIGI. *Ibidem*. Parte II, Cap.4, Pp.211)

<sup>8</sup> Sostiene Bern Schünemann en relación a ello: “Al tratar la cuestión filosófica fundamental *kat exochen* del Derecho penal, hay que remontarse a los filósofos que la plantearon y analizaron hace 2400 años, por primera vez, fuera de contextos religiosos” (SCHÜNEMANN, BERND. “¿Puede una pena ser justa?”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. Ed. B de f, Madrid, 2017. Pp.389/400 (Trad. María Sacher). Pp.389).

<sup>9</sup> Elocuente resulta el magnífico contraste efectuado por Michel Foucault entre el suplicio pre-ilustrado, por ejemplo, previsto para los regicidas y la pena de prisión en instituciones carcelarias de control total post-ilustración para cualquier delito. Vale decir, del martirio público sobre el cuerpo del condenado a la benignidad del encierro carcelario (FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar...* Capítulos I y II). Jescheck por su parte sostiene que los orígenes de la pena “... se pierden en la oscuridad de los tiempos remotos, dominado por las representaciones mágicas, en el que la venganza de la víctima y de su tribu respecto del autor y la suya se mezclaba con actos simbólicos para aplacar a los dioses irritados.” (JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ta. Edición. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Ed. Comares, Granada, España, 1993.Pp.55/56)

<sup>10</sup> Existe una vasta literatura al respecto, ver nota 134 del Capítulo I. Sin perjuicio de ello, a modo de sugerencia, se pueden consultar textos explicativos, semi neutrales o de crítica constructiva o crítica total: ROXIN, CLAUS. *Ob cit.*Pp.81/110 donde renuncia al Derecho penal retribucionista por un Derecho Penal preventivo mixto, general y especial. Asimismo, Vid CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2da. Edición, Ed. B de f. Bs As, 2016. Pp.46/61. Si bien este autor se inclina por la prevención especial positiva en el ámbito de la individualización judicial de la pena, en las páginas referidas efectúa un buen repaso de las tesis sobre los fines de la pena en general; SILVA SANCHEZ, Jesús M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo...*Pp.320/339. En este libro, ya célebre en el ámbito académico, el autor realiza una excelente síntesis del estado actual de las teorías. Por otro lado, existe literatura como la de Luigi Ferrajoli (*ob cit.* Parte II, Capítulo 5, Pp.247/280) que con sentido crítico negativo engloba todas las teorías justificadores de carácter preventivo y las abolicionistas bajo el mote de “ideologías penales”. En sentido similar se expresan Eugenio Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia en la obra conjunta *Manual de Derecho Penal...* Capítulo 2, Pp.29/67, admiten abiertamente que la pena es un hecho jurídico irracional y político, por tanto, asumen una posición agnóstica respecto de sus fines.

<sup>11</sup> Respecto a los fines, la doctrina actual remarca la finalidad pedagógica (CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil...* pp.379; BELOFF, MARY-FREEDMAN, DIEGO-KIERSZENBAUM, MARIANO-TERRAGNI, MARTINIANO.”La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de resocialización”, *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015.Pp.3571/3592. El objetivo de esta investigación es rebatir el enfoque exclusivamente preventivo-especial del Derecho penal juvenil.

Dicho ello, es preciso recordar con Silva Sánchez que existen distintos niveles discursivos<sup>12</sup> en este ámbito de discusión cuya aclaración previa, deviene necesaria para no confundir los planos de la argumentación. El autor español habla de tres posibles análisis: del “ser” –del Derecho penal-, del “deber ser” expresado por el Derecho positivo y el “deber ser” no condicionado por Derecho positivo alguno<sup>13</sup>, aclarando que el primero se corresponde con el análisis empírico sobre cómo funciona en los hechos el Derecho penal y en ello se avocan, por ejemplo, las ciencias sociales<sup>14</sup>; el segundo se corresponde con el examen *de lege lata* de los fines que el Derecho positivo (sobre todo la Constitución como programa penal) establece para el Derecho penal; mientras que el tercero hunde sus raíces en una discusión filosófica y jurídica del fenómeno punitivo, por tanto, reflexiona y elabora conceptos de *lege ferenda* cuyas conclusiones sirven a los efectos de la crítica del Derecho positivo vigente<sup>15</sup>.

Aclarado lo anterior, este capítulo descansa en un análisis centrado en un punto intermedio entre los dos últimos niveles<sup>16</sup>, en el entendimiento de que una teoría que pretenda legitimar un Derecho penal juvenil no puede estar dissociada de los fines que la C.N. asigna al Derecho penal<sup>17</sup> en general y, en especial, el régimen penal dirigido a adolescentes, mas esta teoría debe analizarse a la luz de los filtros reflexivos de los conceptos de la Filosofía del Derecho y la dogmática penal pensados para este campo de discusión en la medida de que aportan el soporte crítico indispensable.

---

<sup>12</sup> En ese orden, dice Mir Puig: “El problema de la función de la pena jurídica se plantea en diferentes sentidos. Desde una perspectiva sociológica importa cuál es la función que efectivamente cumple la pena jurídica en un determinado sistema social. Desde el prisma de la Dogmática jurídica se trata de averiguar qué función se atribuye a la pena en el Derecho vigente.” (MIR PUIG, SANTIAGO. en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* T XXXIX. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1986. Pp.49/58.

<sup>13</sup> SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA. *Aproximación al derecho penal contemporáneo...* pp.313/315.

<sup>14</sup> Fernando Miró Llinares ha resaltado la importancia de los aportes empíricos de las ciencias sociales para evitar que haya una “desconexión entre lo normativo y lo óntico en lo relativo a la función de la pena”, la cual entiende el citado autor que “ha sido una constante, no tanto porque no se partiera, en muchas de las posiciones teóricas al respecto, del comportamiento humano, o porque se negara la importancia de lo fáctico, sino porque sistemáticamente se daban por sentadas supuestas realidades sin suficiente prueba empírica”. (MIRÓ LLINARES, FERNANDO. “Aproximación a la función de la pena desde las evidencias sobre el cumplimiento normativo”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición, Ed. B de f, Madrid, 2017. Pp.143).

<sup>15</sup> Afirma Schünemann al respecto: “La respuesta a la pregunta abstracta acerca de si la pena estatal puede ser justificada mediante la idea de la retribución de la culpabilidad o mediante su fin de prevención, constituye siempre el primer nivel, al que se adjunta, como segundo nivel, sobre qué comportamientos entran en consideración como desencadenantes de la pena” (SCHÜNEMANN, BERND. “¿Puede ser una pena justa?.. pp.389/400.).

<sup>16</sup> Este tipo de análisis no es sino la tarea de la dogmática jurídica en sus dimensiones *empírica* y *normativa*. La primera, comprende el conocimiento sistemático del derecho positivo válido y la segunda, la valoración del derecho en orden a la fundamentación de la respuesta correcta (ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2da Edición en español, Trad. Carlos Bernal Pulido, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012. Pp.13/15)

<sup>17</sup> Continuando con Silva Sánchez, este autor refiere que la Constitución reúne el “*consenso valorativo*” de lo que la sociedad pretende un Derecho penal, por tanto el análisis del Derecho positivo deviene una tarea necesaria aunque no la única (Ob cit. Pp.315).

Ahora bien, cualquier análisis teleológico plasmado en un “deber ser” no puede ignorar la denominada “falacia normativista”, a la inversa de la falacia naturalista de David Hume<sup>18</sup>, según la cual, siguiendo a Ferrajoli, pretende justificar el “ser” del Derecho penal a partir de un determinado “deber ser” asignado *a-priori*; confundiendo los planos de verificación empírica de lo que es el Derecho penal mediante la introducción de enunciados valorativos de lo que, supuestamente, debería ser el Derecho penal<sup>19</sup>. En ese sentido, es preciso ser cautos y no afirmar que los fines de un Derecho penal juvenil plasmados en el *corpus iuris internacional* y sistematizados por la doctrina son los que efectivamente se verifican en la *praxis* y por ende, justifican cómo funciona en los hechos el Derecho penal juvenil<sup>20</sup>.

Bajo esta premisa metodológica, entiendo correcto señalar que, sin perjuicio de lo enseñado por Ferrajoli, resulta imprescindible una dimensión justificadora de carácter normativa y axiológica porque implica una perspectiva ideal que como tal, siempre es *performativa*<sup>21</sup>, en la medida de que, siguiendo a Ziffer, esta autora ha sostenido que: “Una teoría de la pena puede apoyarse en afirmaciones que no pueden ser probadas mediante experimento alguno, e incluso en afirmaciones dogmáticas, en la medida en que esas afirmaciones reflejan el consenso social sobre un punto”<sup>22</sup> y precisamente, el consenso social sobre los fines de la pena y las funciones del Derecho penal en la dimensión del “deber ser” se expresa, canaliza y adquiere legitimidad por medio de la consagración normativa de principios y derechos en el bloque de constitucionalidad.

Esta perspectiva encuentra en la actualidad enorme respaldo en la tesis de los principios jurídicos que ha revolucionado el Derecho a partir de la posguerra<sup>23</sup>. Los derechos

---

<sup>18</sup> Vid, HUME, DAVID. *Tratado de la naturaleza humana. T. III.* 1era. Edición. Trad. Félix Duque. Ediciones Orbis S.A., Madrid, 1981. Pp.689/690.

<sup>19</sup> Afirma Ferrajoli: “De la doctrina normativa, que señala un determinado fin como criterio de justificación de la pena o del derecho penal en general, se deduce en efecto que las penas o los ordenamientos penales concretos satisfacen de hecho ese fin y por consiguiente están justificados. El resultado es una falacia normativista de todo idéntica a la de la confusión de los fines con las funciones que incurren las doctrinas ideológicas normativistas” (FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón...*pp. 324/325).

<sup>20</sup> Postula Miró Llinares, refiriéndose a las perspectivas dogmática y filosófica respecto del análisis empírico de la realidad social que: “Es obvio que son perspectivas diferentes” y agrega: “... lo es mucho menos el que no exista relación entre unas y otras”, (MIRÓ LLINARES, FERNANDO. “Aproximación a la función de la pena...” pp.143).

<sup>21</sup> Genaro Carrió señala que hay un uso “operativo” (*performativ*, en inglés) del lenguaje que, a diferencia de un uso descriptivo con finalidad informativa, o expresivo de un estado emocional o directivo como dar una orden, se realiza cuando se emplean las palabras para conformar un estado de cosas conforme reglas vigentes, por ejemplo, testar para instituir un heredero o celebrar un contrato para adquirir un bien. Es decir, un uso del lenguaje natural que presupone la utilización de normas (CARRIO, GENARO R. *Notas sobre derecho y lenguaje.* 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1965. Pp.15/17).

<sup>22</sup> ZIFFER, PATRICIA. Ob cit. Pp.58/59.

<sup>23</sup> Afirma Guido Croxatto: ““Uno de los giros o pasos más importantes –y simbólicos– que se suceden en la historia de la filosofía legal tiene lugar en la Alemania de posguerra, cuando GUSTAVO RADBRUCH, a la luz del horror vivido en el país, con una Alemania física y moralmente en ruinas, abandona, analizando, a la luz de una sentencia de un tribunal de Wiesbaden (otro de Halle, otro de Tubinga) la “injusticia extrema” de algunas leyes del nazismo... Es un paso que Radbruch y que, detrás de él, da casi toda la filosofía legal alemana... Y a la luz de él que puede pensarse no solo su célebre

fundamentales positivizados en los tratados internacionales y en las constituciones no son sino, como sostiene Alexy, “mandatos de optimización”<sup>24</sup> que se han de observar en la medida de las posibilidades jurídicas y fácticas del caso. En otras palabras, son principios con textura normativa que orientan la *praxis* forense y la decisión judicial<sup>25</sup>.

A modo de ejemplo, cuando la C.D.N. consagra el principio del *interés superior del niño*<sup>26</sup>, instituye un deber ser-marco no solo dirigido al legislador para readecuar la normativa penal juvenil a estándares más benignos de persecución del menor ante el delito, sino también a funcionarios y magistrados que operan el Derecho penal juvenil a los efectos de que la interpretación y la aplicación de las normas penales en cada caso<sup>27</sup> tengan en cuenta la posición más favorable, en lo posible, al interés del menor.

En suma, razonar y establecer los fines del Derecho penal juvenil y la sanción, lejos está de una pretensión de demostrar que tales fines son los que en el plano real-empírico efectivamente se producen. De hecho, en el plano real, las normas y las prácticas jurídicas distan mucho de lo que la C.D.N. y demás tratados internacionales perfilan para la administración de justicia penal para los menores<sup>28</sup>, pero tal tarea resulta imprescindible en su función performativa.

---

*fórmula (la injusticia extrema –como las leyes nazis-...) sino también el neoconstitucionalismo, tendencia que nace no por accidente en la posguerra como una abierta crítica –reacción- al positivismo legal (formal) y su pretendida separación tajante entre moral y derecho. El “neo” constitucionalismo, con su rigidez normativa, postulando la “eficacia directa” de la Constitución (antes, un mero programa), pretende trazarle “límites” a la voluntad política...”* (CROXATTO, GUIDO L. “Buscando un nuevo “piso” para el derecho”, en *Argumentación, derechos humanos y justicia*. 1era. Edición. Ed. Astrea, Bs. AS., 2017. Capítulo II, B), Pp.106/107).

<sup>24</sup> “Los principios son mandatos de un determinado tipo, a saber, mandatos de optimización. En cuanto mandatos, ellos pertenecen al ámbito deontológico”. (ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales...* Pp.119). Con ello, Alexy imprime a los principios el carácter de algo “debido” y por lo tanto, pertenecen al derecho tanto como las reglas jurídicas.

<sup>26</sup> Como sostiene Paredes Castañón: “El principio del interés del menor o superior interés del menor parece constituir una pieza fundamental de la construcción, tanto conceptual como valorativa, del vigente Derecho Penal de menores español” (PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ M. El principio del interés del menor en Derecho penal...”pp.155), afirmación perfectamente trasladable al Derecho Penal juvenil argentino no sólo por la vigencia de la C.D.N. sino por la referencia a dicho principio en el Art.3° de la Ley n°26061 (B.O. 21/10/2005) de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

<sup>27</sup> Eduardo Demetrio Crespo ha dicho que los principios que consagra la Constitución, “han de servir para configurar lo que podría denominarse “el programa penal de la Constitución”, como marco en el que se inspire, por un lado, la labor del legislador –que deberá ser coherente con los valores e intereses de naturaleza constitucional que dotan de cohesión al ordenamiento jurídico-, y por otro, la de los jueces, a la hora de interpretar y aplicar las leyes” (CRESCO, EDUARDO D. *Prevención general...*Pp. 62)

<sup>28</sup> Elocuentes son las sentencias de la Corte I.D.H., caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” (2004) y “Mendoza y otros vs. Argentina” (2013), poniendo en evidencia, la primera, las condiciones de detención deplorables de menores de edad en clara violación al derecho a la vida e integridad personal reconocidos en la C.A.D.H. y la C.D.N. En el segundo caso, cabe recordar que se condena al Estado argentino por imponer penas de prisión perpetua a 5 ciudadanos por delitos cometidos siendo menor de edad, en violación al principio de especialidad de la sanción juvenil. En particular, este desfasaje entre la *praxis* judicial argentina y la C.D.N. se vuelve a repetir en la provincia de Corrientes (Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Expte. 381/15, “C.G.N. s/recurso de revisión”, sentencia 22/05/2017) que, incluso luego del fallo “Mendoza y otros c/ Argentina”, rechaza la revisión de una condena de un adolescente a prisión perpetua, tomando la novedosa interpretación de la C.S.J.N. en el fallo sobre el alcance de las sentencias de la Corte IDH en el orden jurídico local

## b) El bloque de constitucionalidad y el Derecho penal en general

A la luz de la C.N. y los tratados internacionales incorporados a su texto a partir de la reforma del año 1994, es posible sostener que estas normas superiores asignan al sistema punitivo diversos cometidos inclusive antinómicos entre sí<sup>29</sup>.

Con ello, no se trata de afirmar que la C.N. “adhiera” a una o varias tesis de los fines de la pena elaboradas por la dogmática porque, como sostiene Terragni, “...la Constitución no podría haber adherido a alguna de aquellas teorías, porque no le corresponde a la ley hacer una interpretación científica de sus propias normas”<sup>30</sup>. Sí, en cambio, entiendo posible hallar coincidencias u orientaciones genéricas de ineludible observancia, por ejemplo, cuando el Art.18 de la CN prescribe que las “cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas” (sic) hay indudablemente una orientación de la pena de prisión, al menos en su etapa ejecutiva, hacia la tesis de la prevención especial. La pena, de ese modo, en la faz de su cumplimiento efectivo, no puede asociarse estrictamente a un castigo de carácter retribucionista y debe procurar a la reinserción social del reo.-

Esta perspectiva se plasma con mayor nitidez en el P.I.D.C.P. cuando afirma enfáticamente la resocialización como vector de la ejecución de la pena privativa de la libertad: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación” (Art.10 inc. 3°).

Sin embargo, la C.N. no postula únicamente un fin exclusivamente preventivo especial de la pena, en la medida de que en el Preámbulo constitucional se menciona la obligación de *afianzar la justicia* que, conectado al Derecho penal, se vincula con una tesis retributiva clásica o de prevención general. Es decir, ante la comisión de conductas altamente disvaliosas según el legislador –tipificación de conductas socialmente desvaloradas-, es necesario “afianzar la justicia”, más allá de procurar la resocialización del autor de esa conducta.

---

(Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, 14/02/2017, CSJN) en el cual el Alto Tribunal adopta la doctrina del margen de apreciación nacional. Como fuere, estos ejemplos jurisprudenciales ponen en evidencia la separación entre la dimensión normativa del deber ser y la dimensión del ser en el campo jurídico.

<sup>29</sup> Con ello se pone de relieve que el Derecho positivo exige de la pena diferentes cometidos que se tensan entre sí, por un lado pretende resocializar al autor y por otro, restablecer la confianza ciudadana hacia el derecho, a la vez que se busca también retribuir un mal realizado con otro mal. Esta tensión se ha denominado las “antinomias de los fines de la pena”. Roxin ha dicho que “el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio” (ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. T I. Fundamentos...* pp.95).

<sup>30</sup> TERRAGNI, MARCO A. *Proporcionalidad de la pena...* Pp.69.

Por su cuenta, la C.A.D.H. proscribió el restablecimiento de la pena de muerte para los Estados partes que la han abolido y directamente prohíbe su imposición a personas que, en el momento de la comisión del delito, *tuvieren menos de dieciocho años*<sup>31</sup> o más de setenta (Art.4, incs. 1 y 5), reafirmando el rechazo al principio de justicia talional en consonancia con la expresa cláusula resocializadora del Art.5 inc.6º: *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*. Este principio, explícita de *lege lata* la prevención especial en su faz positiva para cualquier programa de Derecho Penal en general. El P.I.D.C.P. regula las condiciones de imposición de la pena de muerte para los países *que no la han abolido* (Art.6 inc.2) y reitera la prohibición de imponer la pena capital por delitos cometidos por personas de menos de 18 años (Art.6 inc.5º)

No obstante, el principio resocializador no es ilimitado en tanto debe armonizarse con el principio de personalidad jurídica acogido por los tratados constitucionalizados. Es decir, el reconocimiento de cada individuo como sujeto pleno de derechos cuya autonomía resulta inviolable<sup>32</sup> constituye el fundamento del principio de culpabilidad<sup>33</sup> (*nulla poena sine culpa*) y límite a la vez de cualquier programa resocializador, sin el consentimiento libre del sujeto infractor, o bien, por un tiempo desproporcionado a la magnitud del ilícito atribuido.

Por otro lado, la promoción del “bienestar general”, provista en el Preámbulo constitucional legitima la protección a través del Derecho Penal del conjunto de bienes esenciales reconocidos por la Carta Magna a los ciudadanos y que son recogidos en la nomenclatura de la dogmática penal vía la noción de “bien jurídico”<sup>34</sup>. Las teorías de la prevención general van de la mano con este tipo de cláusula, en la medida de que procuran evitar la realización de las conductas lesivas de los bienes jurídicos fundamentales, a través de la conminación penal abstracta de aquéllas conductas –Prevención general negativa-. Y

---

<sup>31</sup> Esta cláusula entraña consecuencias hermenéuticas interesantes. Desde su tenor literal está claro que se rechaza la privación de la vida como consecuencia de la comisión de un ilícito, pero podría extenderse a penas de prisión perpetua o de extensísima duración para el caso de niños en tanto resulta parangonable a una condena de muerte la imposibilidad de gozar de la libertad por un tiempo excesivamente largo.

<sup>32</sup> Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre Art. 17: *“Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”*; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art.6º: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas, partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*; P.I.D.C.P., Art.16º: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*)

<sup>33</sup> Sin perjuicio de señalar que la D.U.D.H. enuncia expresamente el principio de culpabilidad, Art.11º: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad...”*; también la D.A.D.H.: Art.XXVI: *“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable...”*; en igual sentido, Art.8 inc. 2, C.A.D.H.; Art.14 inc. 2º, P.I.D.C.P.-

<sup>34</sup> Para Roxin, gran teórico del concepto material de “bien jurídico” cuya protección fundamenta el Derecho penal en un Estado democrático de Derecho, la noción misma de bien jurídico se deriva de la Constitución y sus principios. De ese modo, sostiene que *“los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”* (ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. T.I. Fundamentos...* pp.55/56)

asimismo, si se produce la infracción normativa y la lesión del bien jurídico, persiguen restablecer la vigencia de la norma mediante la imposición efectiva del castigo para demostrar con ello que el Derecho rige -Prevención general positiva-.

En ese marco, la exigencia de un castigo proporcional a la magnitud del ilícito y el bien jurídico comprometido, aparece en diversos tratados internacionales como exigencias de estricta justicia distributiva<sup>35</sup>, sin que ello autorice degradar la dignidad de la persona con penas infamantes o vejatorias<sup>36</sup>.

De tal manera, entendemos que el programa constitucional para el Derecho penal permite deducir diferentes fines asignados a la existencia de la coerción penal y estos funcionan como pautas orientativas de la *praxis*.

### c) El caso específico del Derecho penal juvenil

La normativa constitucional relativa al campo específicamente juvenil, reunida en el *corpus iuris internacional*, no sólo reitera los principios de resocialización, culpabilidad<sup>37</sup>, proporcionalidad<sup>38</sup>, *ultima ratio* y humanidad de las penas sino que los reencauzan con especial atención a la condición jurídica del adolescente<sup>39</sup>.

En ese sentido, se instituye un fin protectorio<sup>40</sup> preponderante del Derecho penal juvenil del cual el Estado no puede sustraerse, puesto que la idea rectora de la C.D.N., consiste en abordar al joven delincuente para que no vuelva a reincidir, sin descartar fines punitivos en supuestos excepcionales. En efecto, los autores<sup>41</sup> interpretan que la siguiente

---

<sup>35</sup> La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes ofrece una pauta importante en relación a la proporcionalidad del castigo cuando establece en el Art.4.2: “*Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad*”, en referencia a la pena por la comisión de los tipos de tortura.

<sup>36</sup> Ya se repasó lo que dicen las convenciones respecto a la pena de muerte. En esa línea, los tratados también proscriben las penas exorbitantes. Por ejemplo, la D.A.D.D.H., Art. XXVI: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho... a que no se le imponga, penas crueles, infamantes o inusitadas*”. Igualmente, la prohibición de prisión por deudas o penas corporales: P.I.D.C.P. Art.11; C.A.D.H., Art.7.7.

<sup>37</sup> Convención de los Derechos del Niño, Art.40, inc.2ºb.1: “*La culpabilidad debe ser la base de la acusación y la condena*”.

<sup>38</sup> Ya comentaremos la Regla de Beijing nº17 y el Art.40.4 de la C.D.N.

<sup>39</sup> El recurso a la detención durante el proceso o la pena privativa de la libertad es excepcional, más que los adultos: Artículo 37 *Los Estados Partes velarán por que: (...)*b) *Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.*-

<sup>40</sup> El Art.19 de la C.A.D.H. sienta el principio general en materia de protección de la niñez: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”.

<sup>41</sup> Afirma Crivelli: “*...el Derecho penal juvenil debería poseer una fisonomía orientada principalmente a la resocialización, pauta determinante para cualquier consideración respecto de su configuración normativa... Ello no significa que las sanciones no puedan perseguir otras finalidades, pero deben estar siempre subordinadas a los fines educativos y resocializadores, debiendo reforzarse la prevención y la integración*” (CRIVELLI, ANIBAL E. *Derecho penal juvenil*.... pp.389) Por otro lado, comentando el fallo “Maldonado” de la C.S.J.N., BELOFF, M., FREEDMAN, TERRAGNI, M. han dicho que: “*Afirmó también la Corte Sup. que la sanción penal juvenil debe atender en forma preponderante al fin*

cláusula convencional de la C.D.N. consagra la tesis de la prevención especial<sup>42</sup> de corte pedagógico o educativo, de manera obligatoria, a saber:

**“Artículo 40: 1.** Los Estados Partes reconocen el derecho de **todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales** o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que **se tengan en cuenta** la edad del niño y **la importancia de promover la reintegración del niño** y de que **éste asuma una función constructiva en la sociedad**”.<sup>43</sup>

A su vez, el significado de la proscripción de la pena capital por parte de la C.A.D.H., en relación a sujetos condenados por delitos cometidos cuando tenían menos de 18 años, sin dudas tiene en cuenta que esta pena es netamente retributiva y soslaya toda posibilidad de reinserción social. La C.D.N. afina este aspecto cuando prohíbe lisa y llanamente la penas de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación<sup>44</sup>, en la medida de que fulmina la posibilidad de promover la reintegración del niño a la sociedad.

Otros enunciados normativos que hacen presuponer la preponderancia de la prevención especial resocializadora y/o tendencia pedagógica, son las reglas que privilegian la adopción de medidas alternativas a la pena clásica en el proceso penal o fuera del proceso penal. En esa línea, se aprecia un consenso generalizado en las fuentes jurídicas internacionales de que, la respuesta al delito cometido por un adolescente ha de ser, como regla, no punitiva<sup>45</sup> o al

---

*resocializador que en términos de la Convención sobre Derechos del Niño es “promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. De esta forma, es inequívoca la posición de la Corte Sup. de que la sanción penal juvenil debe cumplir una finalidad de prevención especial positiva” (“Debido proceso e imputados no punibles en la jurisprudencia argentina”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015. Pp.3481). En otro texto similar se expresa: “... el derecho penal juvenil se caracteriza por otros principios, en particular, el ideal de la educación, que pone en la base de su regulación ya no el reproche en función de la magnitud del daño causado, sino las características personales del imputado...” y más adelante agregan: “la finalidad preponderante debería ser la resocialización (orientada hacia la educación), pero no la finalidad única. En especial en materia de delitos graves las finalidades preventivo-generales y el carácter retributivo de la pena parecen estar presentes.” (BELOFF, M., FREEDMAN, D., KIERSZENBAUM M., TERRAGNI, M. “La sanción en el derecho penal juvenil... pp.3575)*

<sup>42</sup> Las Reglas de Beijing refuerzan este concepto en materia de ejecución de la pena de prisión para adolescentes, cuando establece en la Regla 26.1: “La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”.

<sup>43</sup> Negritas a mi cargo.

<sup>44</sup> Art.37) “Los Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”.-

<sup>45</sup> C.D.N Art.40.3.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”.

menos distinta a la pena privativa de la libertad<sup>46</sup>. De ese modo, la Regla de Beijing n°11 propugna la llamada “Remisión de casos”:

**11. Remisión de casos (...)** **11.2** La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

**11.3** Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.<sup>47</sup>

Particular importancia interpretativa reviste la Obs. Gral. n°10<sup>48</sup> (2007) de la ONU, cuando indica en el Punto IV B-24 la necesidad de *“intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales”*, derivando la problemática del adolescente a los organismos de protección sin judicializar el conflicto. Y en caso de acudir a la intervención judicial, dicha Observación propugna la adopción de medidas alternativas *“a la sentencia”* (Punto IV E 68). Esto debe interpretarse como alternativa a la resolución del conflicto vía sentencia condenatoria<sup>49</sup>.

En efecto, ya en el Derecho doméstico se privilegian los institutos previos a la instancia del contradictorio oral como la mediación, la conciliación, la Suspensión de Juicio a Prueba (Art.76 bis y sgtes., Cód. Penal) y las resoluciones que implican el desistimiento de la persecución penal a través del principio de oportunidad de la acción penal. Todos estos institutos implican, desde luego, una judicialización primaria del adolescente, pero abogan por una rápida desvinculación del adolescente respecto del proceso penal formal.

---

<sup>46</sup> Como ya se hiciera referencia en el Capítulo I, el rasgo distintivo del sistema penal juvenil moderno es la consagración de sanciones con pleno carácter coercitivo, pero de naturaleza distinta a la prisión clásica. C.D.N. Art.40.4: 4. *“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”*.

<sup>47</sup> El comentario de la Regla 11 es suficientemente descriptivo de la esencia del instituto: *“La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta... Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo”*.

<sup>48</sup> Comité de los Derechos del Niño, 44° período de sesión, 25/04/2007.

<sup>49</sup> Los parágrafos subsiguientes hablan de “medidas” que el Juez impone tras la celebración de un juicio imparcial en el cual se declare la culpabilidad del menor por un delito. La respuesta meramente punitiva no se descarta pero se advierte su incompatibilidad si es utilizada como consecuencia jurídica única sin contemplar otro tipo de medidas.

Por otro lado, es dable remarcar también que la referida observación de la ONU profundiza la interpretación de estas directrices-marco, remarcando la prohibición de la pena capital y las penas perpetuas sin posibilidad de excarcelación (Punto IV E 75-77) ya contempladas en la C.D.N., como en los Tratados de Derechos Humanos en general, y explicitando los mandatos contenidos en la C.D.N. (Art.37) para la sanción privativa de la libertad como *último recurso, por el tiempo más breve posible y legalidad y razonabilidad de la privación de la libertad.*

Estos principios, de ineludible observancia en esta materia, tienen enorme implicancia en la medición judicial de la pena; por ejemplo, no podrá aumentarse el *quantum* de pena aduciendo solamente razones de prevención general; se invierte la carga de la argumentación para la pretensión de imponer penas más altas como sostuvo la C.S.J.N. en el *leading case* “Maldonado”<sup>50</sup>. Esto significa que, si se decide imponer una pena acorde a la escala punitiva en abstracto del delito (V.gr. Prisión Perpetua), descartando la facultad de construir una sanción más atenuada, el acusador al momento de alegar su pretensión punitiva, o el Tribunal en ocasión de determinar la sanción; tienen la carga de fundar razonadamente porqué no utilizan la escala más benigna de la tentativa.

Sin embargo, es preciso subrayar que, desde una interpretación sistemática de las normas integrantes del *corpus iuris internacional*, se desprende que la prevención especial no es la única orientación teleológica del Derecho penal juvenil. En tal sentido, es legítimo sostener que no se ocluye la incidencia de otras funciones y finalidades del sistema penal relativas a la satisfacción de **necesidades preventivo-generales**. El Art.40.4 de la C.D.N., menciona que la respuesta jurídico-penal al adolescente, no solo debe ser proporcional a “*sus circunstancias*” –enfoque preventivo especial- sino también a la “*infracción*” –enfoque neoproporcionalista o preventivo general-.

La clave hermenéutica, en esta línea, se encuentra en la Regla n°17 de Beijing sobre los “*Principios rectores de la sentencia y la resolución*”, en cuanto establece que la decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

---

<sup>50</sup> Considerando 14) *Que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, de iure, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible. Sin embargo, cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente” (in re “MALDONADO”, Corte Suprema de justicia de la Nación, 07/12/2005).*-

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

c) **Sólo se impondrá la privación de libertad personal** en el caso de que el menor sea condenado **por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves**, y siempre que no haya otra respuesta adecuada<sup>51</sup>;

Esta cláusula habilita concluir que, a pesar de no verificarse en un caso concreto necesidades de prevención especial, estaría justificada, empero, la imposición de una pena cuando por el concurso de diversos factores, sí se verifican necesidades de prevención general. El punto está en elucidar y fundamentar dichos factores.

Cabe destacar que el punto “a” menciona el principio de proporcionalidad<sup>52</sup> ya aludido y de enorme relevancia en el Derecho en general, y en particular en el ámbito del Derecho penal para la construcción de la sanción jurídica en la tarea de hallar una adecuada mensuración del injusto culpable y la cantidad de pena.

En el campo penal juvenil, el juicio de proporcionalidad, por lo ya referenciado, ha de tener en cuenta el concepto de culpabilidad disminuida y las circunstancias morigerantes relativas al menor. Sin embargo, ese juicio también ha de armonizarse con las circunstancias del hecho (V.gr. “gravedad del delito”) y las “*necesidades de la sociedad*”. Es pues que, a mi entender, a través de estas pautas normativas se filtran las necesidades preventivas generales en el marco del Derecho penal para adolescentes.

Dicho ello, no se ignora que la armonización exigida en el inciso “a” de la Regla 17 se vuelve una tarea titánica<sup>53</sup> en los casos difíciles donde la exclusiva orientación hacia la prevención especial se puede tornar axiológicamente injusta desde la perspectiva del delito cometido. En ese sentido, el punto “c” ofrece el criterio normativo para justificar en qué casos la prevención especial cede o aminora su impulso ante las necesidades de prevención

---

<sup>51</sup> Negritas a mi cargo.

<sup>52</sup> Mary Beloff ha dicho que la Corte I.D.H.: “*sostuvo que el principio de proporcionalidad opera de manera relevante en la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuanto éste ha sido cometido por un niño*”. Según la autora, la Corte ha esgrimido un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos en la individualización judicial de la pena en el caso “*Maldonado y otros vs. Argentina*” (BELOFF, MARY. *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano...* pp.197).

<sup>53</sup>El propio instrumento internacional propias Reglas de Beijing no ignora este problema, habida cuenta que en los comentarios introducidos a la Regla 17 se refiere que: “*El principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos entre opciones fundamentales, tales como los siguientes: a) Rehabilitación frente a justo merecido; b) Asistencia frente a represión y castigo; c) Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general; d) Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual. Los conflictos entre estas opciones son más acusados en los casos de menores que en los casos de adultos. Con la diversidad de causas y respuestas que caracterizan a la delincuencia juvenil se da un intrincado entrelazamiento de estas alternativas*”.

general que suscita el caso cuando establece las condiciones de imposición de una efectiva privación de la libertad del adolescente.

Otras razones en virtud de las cuales, los propios instrumentos del *corpus iuris internacional*, no descartan la posibilidad de establecer un castigo, radican en los argumentos expresados extensamente en el capítulo anterior. Vale recordar que desde la perspectiva de la responsabilidad, el Derecho penal juvenil se convierte en Derecho Penal en sentido enfático y un Derecho como tal funciona aplicando penas, utiliza la dogmática penal y se funda en los fines y funciones que la C.N. y la doctrina asignan o esperan de un sistema represivo, sin perjuicio de las limitaciones y/o particularidades de esta rama especial del Derecho penal general. En este orden de ideas, la condena para el conjunto de casos considerado graves pasa a ser la regla, aún cuando la pena de prisión se sustituya por otros tipos de castigos, habida cuenta que el concepto de “respuesta jurídica al delito adolescente”, *distinta* a la pena de prisión clásica, no puede, desde luego, opacar la estructura fundamental de la norma penal: “*Dado x, debe ser p*”<sup>54</sup> y el carácter intrínsecamente coercitivo de la consecuencia jurídica<sup>55</sup>.

En otras palabras, cualquiera sea la sanción prevista por el legislador, y con creces se aboga de *lege ferenda* por la determinación legal de sanciones juveniles *diferenciadas* a las del Cód. Penal; la consecuencia jurídica no abandona el carácter de obligatoriedad y se impone independientemente a la adhesión total, parcial o nula que el adolescente condenado asuma frente a la pena que se le imponga. Por ejemplo, supongamos que el legislador argentino decida conminar con la pena “realización de tareas comunitarias no remuneradas”, por un plazo de tiempo en calidad de sanción legal en abstracto prevista para determinada constelación de delitos. Si se pretende mantener esta tarea no remunerada con el perfil formal de “sanción penal”, ha de imponerse por un juez especializado coercitivamente, tras un juicio justo, y con independencia de la aquiescencia del adolescente hacia esta pena particular.

---

<sup>54</sup> Explica Mir Puig: “*Suele decirse que la estructura de toda norma jurídica se halla constituida por dos elementos: un << supuesto de hecho >> y una << consecuencia jurídica >>*” (MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª Edición, PPU, Barcelona, 1990. Pp.37). El enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia es el operador deóntico “deber ser”. Este es pues el estatuto deontológico de las normas penales que las convierte en ejemplos de norma primaria por antonomasia. Concebir el Derecho como un conjunto de normas imperativas de “deber ser”, ha sido sostenido desde la Teoría General del Derecho por ilustres ius-filósofos como Hans Kelsen, (KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, 3era. Edición, 9na. Reimp. Trad. Moisés Nilve. Ed. Eudeba, Bs.As., 2012., Capítulo III), sobre la definición del derecho fundamenta el orden jurídico como un conjunto de normas coactivas. Herbert Hart enriquece el concepto, agregando las reglas secundarias (HART, HERBERT. *El concepto de Derecho*. 2da. Edición, Reimp. Trad. Genaro E. Carrió. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1963). Un repaso sintético y fecundo de la definición positivista de “derecho”, se puede leer en NINO, CARLOS S. *Introducción al análisis del derecho...* pp. 32/43).-

<sup>55</sup> Crivelli comentando la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal Juvenil en España ha dicho que si bien esta ley consagra medidas de carácter sancionador-educativo, son “...verdaderas consecuencias jurídico-penales, cuya naturaleza no es sino la de verdaderas penas, pues se trata de sanciones impuestas como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito” (CRIVELLI, ANÍBAL. *Derecho penal juvenil...* pp.157).

El *quid* de la cuestión reside, por tanto y una vez más, en el *fundamento* que se imprima a la decisión de imponer una sanción penal, siempre concebido como un mal antes que un bien, pues solamente en la razonabilidad del fundamento descansa la legitimidad constitucional del castigo. Y en ello, la dogmática realiza aportes imprescindibles.

#### **d) *Excursus*: el principio del “interés superior del niño”**

Este principio merece un análisis separado atento la gravitación de su peso no sólo en esta materia. Aparece formulado en el Art.3° de la C.D.N., de la siguiente manera:

“1. **En todas las medidas concernientes a los niños** que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que **se atenderá será el interés superior del niño.**”<sup>56</sup>

Esta disposición iusfundamental<sup>57</sup> se proyecta sobre la totalidad de las materias jurídicas que involucren la niñez, por lo tanto se erige como un principio transversal y no meramente sectorial. Y en virtud de la enorme amplitud semántica que exhibe, deviene necesaria una tarea argumentativa para determinar el alcance y las consecuencias específicas que trae aparejado en cada ámbito donde se lo invoque. En el caso del Derecho penal juvenil, la cuestión no es menos ardua pues, según el paradigma en que se posicione el intérprete, este principio adquiere un contenido distinto y si el punto ideológico de partida no se aclara, bien puede fundamentar tesis totalmente opuestas<sup>58</sup>.-

Por ejemplo, si se asume la idea de que la pena de prisión, si bien excepcional y de última *ratio*, se define como un “bien” que el Estado reparte porque tiende a resocializar, reeducar o reintegrar al adolescente condenado, el interés superior del niño sustentaría una mayor judicialización y número de condenas privativas de la libertad<sup>59</sup>. Por el contrario, si la pena de prisión siempre y en todo caso es sincerada como un “mal”, cuya irrogación solamente se justifica bajo la concurrencia de ciertas condiciones, el interés superior del niño no puede enarbolarse válidamente como el fundamento de la condena<sup>60</sup>. Bajo esta interpretación, sí podrá ser una razón de peso para limitarla o excluirla.

---

<sup>56</sup> Negritas a mi cargo.

<sup>57</sup> Sobre los distinguos conceptuales entre “norma iusfundamental” y “disposición iusfundamental” (ver ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales...* Capítulo I).

<sup>58</sup> Paredes Castañón señala que dos son los riesgos de un manejo “*excesivamente desenfadado*” de este criterio tanto “*en la legislación, en la doctrina y en la praxis del Derecho Penal de menores*”, el primero que pueda ser empleado sin asignar contenido semántico alguno con el fin de sostener cualquier decisión (función ideológica), y el segundo, asignarle un contenido injustificable “*desde el punto de vista normativo*” (PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ M. “El principio del interés del menor en Derecho penal...” pp. 156). En nuestro país, se dan ambos riesgos.

<sup>59</sup> El núcleo de la crítica a la tesis de la prevención especial positiva, en clave resocializadora, encuentra aquí su mayor expresión: la justificación de penas o medidas indeterminadas, hasta lograr la pretendida resocialización.

<sup>60</sup> Beatriz Cruz Márquez barrunta que el interés superior del niño debe disociarse de la finalidad preventivo especial

Por otro lado, una interpretación simplista del principio en cuestión obligaría a declarar inconstitucional cualquier conminación normativa –en abstracto- y adscripción –en concreto- de una pena a un adolescente porque siempre iría en contra de su interés que, según reza la norma, es *superior*. Sin embargo, esta hipotética interpretación no sólo es desmesurada e irrazonable, sino que no se infiere válidamente del enunciado normativo pues, entiendo plausible deducir que ante la decisión de imponer una consecuencia punitiva a un adolescente el “interés superior del niño” no justifica la sanción en sí, pero determina una razón de difícil derrotabilidad para morigerar y corregir la sanción en términos de atenuación.

Por ahora, son suficientes estas apreciaciones.

#### **d) La dogmática de la teoría de la pena**

Precedentemente, se abordó la cuestión de los fines del Derecho penal juvenil desde la dimensión del “deber ser” positivizado en la C.N. junto a las convenciones internacionales. A partir de ello, se propone vincular las conclusiones arribadas con los aportes del deber ser “ideal”, no positivizado. En esta tarea cobran relevancia los aportes de la dogmática jurídica.

Así pues, conforme el análisis sistemático y exegético del bloque de constitucionalidad, una primera conclusión arroja que los fines del Derecho penal juvenil son de corte preventivo en desmedro de una orientación retribucionista clásica<sup>61</sup>. Se ha visto, pues, que la *prevención especial* se consagra como regla en el diseño de un sistema penal juvenil y la *prevención general*, sin excluirse, es la excepción. A partir de ello, la renuncia o no a la sanción juvenil no depende solo de la noción de culpabilidad<sup>62</sup> tradicional como

---

reeducativa del derecho penal juvenil. Propone observarlo desde un “*perspectiva multidisciplinar*” que acentúe la “*preeminencia al principio educativo*”, las garantías del adolescente, “*las peculiaridades de su culpabilidad*”; es decir, potenciando la protección del desarrollo libre del adolescente ya no en virtud del derecho penal o la pena, sino a pesar del mal necesario de la intervención penal y la pena (CRUZ MARQUEZ, BEATRIZ. “Presupuestos de la responsabilidad penal...” pp.244).

<sup>61</sup> El Derecho Penal preventivo tuvo su auge en la década del cincuenta en adelante a partir del abandono del retribucionismo clásico y, sobre todo, la penetración de los principios político-criminales en las categorías rígidas de la dogmática jurídico-penal a partir de la obra indispensable de Claus Roxin (*Passim* ROXIN, CLAUD. *Política criminal y sistema del derecho penal...*)

<sup>62</sup> En un Derecho penal preventivo la culpabilidad es condición necesaria pero no suficiente de la pena. Es decir, necesaria como principio garantístico (*nulla poena sine culpa*) “*frente a la aplicación de penas sin culpabilidad, que pueden ser funcionales, pero que no son legítimas en un Estado de Derecho*” (CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general...* pp.283), ahora bien, como reproche retribucionista basado en el libre arbitrio del sujeto, sin otra utilidad individual o social carece de legitimidad. En igual sentido, sostiene Ziffer: “*El principio nulla poena sine culpa no puede ser invertido, y transformado en una imperativo: nulla culpa sine pena. En una sociedad secularizada no puede justificar la pena sólo en la presencia de un ilícito culpable, sino que requiere algún argumento adicional: la existencia de un fin que autorice la injerencia estatal*” (ZIFFER, PATRICIA. *Lineamientos...* pp.45/46).

fundamento de la pena, sino de la constatación de necesidades preventivas<sup>63</sup>. Esta intuición dogmática está acompañada, por lo visto, de las normas internacionales.

Ahora bien, este panorama genera al menos dos cuestiones problemáticas: 1) la tensión entre un Derecho penal de culpabilidad y un Derecho penal preventivo por un lado<sup>64</sup>, y 2) entre el fin de prevención especial y el fin de prevención general de la pena por otro<sup>65</sup>.

1) Respecto a la primera dicotomía, se entiende que en una sociedad democrática y secularizada el Derecho penal debe ser útil a la sociedad y/o a quien delinque, siempre que no exista un mecanismo jurídico más apto y menos lesivo para obtener esa utilidad. La pena, reconocida como un mal<sup>66</sup>, ya no puede justificarse en un concepto metafísico de justicia o “expiación” de una culpa y en la razonabilidad constitucional de la finalidad que se le asigne se sostiene la legitimidad de su imposición<sup>67</sup>.

El fundamento ético y jurídico de las justificaciones preventivas del Derecho Penal derivan del *utilitarismo*, en la medida que propugna que la conminación penal en abstracto y/o la imposición del castigo en concreto constituyan un medio idóneo para alcanzar un fin útil y no que tengan un sentido en sí mismo. De esta manera, dice Ferrajoli: “*El utilitarismo, al menos en la*

---

<sup>63</sup> Esto es patente en el pensamiento de Roxin, por ejemplo, cuando trata los fundamentos de las causas que excluyen la culpabilidad. “*Según veo, todos los críticos están conmigo de acuerdo en que se deben revisar las posiciones tradicionales y abrir la dogmática jurídico-penal a las finalidades político-criminales...*” Y más adelante agrega: “... *mi tesis es la de que son consideraciones de prevención general y especial las que, en los supuestos de dificultad para poder actuar de modo distinto, aconsejan al legislador renunciar a la sanción*” (ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. 1era. Edición. Trad. Francisco Muñoz Conde, Ed. Reus S.A., Madrid, 1981. Pp.151/152)

<sup>64</sup> *Passim* CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general...* pp.81/91. Alcacer Guirao por su parte enmarca esta tensión en las discusiones metaéticas entre liberalismo vs comunitarismo, utilitarismo vs deontologismo o racionalidad teleológica vs racionalidad deontológica (ALCACER GUIRAO, RAFAEL. -“Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho N°25 (2002) Pp.139/175., disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm04t2>)

<sup>65</sup> *Passim* ROXIN, CLAUS. “Culpabilidad, prevención y responsabilidad...”Pp. 41/56. Por su parte, el autor español Eduardo Demetrio Crespo, dice que la tensión entre ambos fines “...*es uno de los problemas de más difícil solución para la ciencia penal, ya que en él se manifiesta un conflicto entre los intereses de la sociedad y la exigencia de la persona, a la que el lenguaje estigmatizador denomina delincuente, a ser tratada como tal*”. El autor se inclina sobre la primacía del fin preventivo especial por razones de humanidad (CRESPO, EDUARDO D. Ob. cit. Pp. 91/93) Mir Puig enseña sintéticamente que las antinomias se generan cuando “lo que puede resultar aconsejable para la prevención general, puede oponerse a lo exigible por el principio de culpabilidad o por el de proporcionalidad, y ambas cosas, a su vez, pueden entrar en colisión con las necesidades de prevención especial” (MIR PUIG, SANTIAGO. *Función fundamentadora...* Pp. 50).

<sup>66</sup> Comenta Mir Puig: “...*la pena es un mal con el que amenaza el Derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito. Puede discutirse cuál o cuáles sean las funciones que se atribuyen a la pena –retribución, prevención-, pero nadie niega que la imposición de la pena se halla prevista como un mal que se asocia, en cuanto tal mal, a la comisión de un delito*” (MIR PUIG, SANTIAGO. *Manual de Derecho penal...* Pp.9)

<sup>67</sup> Corcoy Bidasolo enseña que un Estado social y democrático de Derecho y laico no puede limitarse a castigar, sino proteger bienes jurídicos y que es propio de las religiones establecer que el fin de la pena es solo castigar, infligir sufrimiento (CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. “Prevención limitada vs. Neo retribucionismo”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición. Ed. B de f, Madrid, 2017. Pp.285). En igual sentido, Jakobs sostiene: “...*podemos partir de la base que una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social –sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil-...*” (JAKOBS, GÜNTHER. “Principio de culpabilidad...”Pp.1052)

*medida en que excluye las penas socialmente inútiles, es en suma el presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del Estado*<sup>68</sup>.

Sin embargo, un fundamento exclusivamente utilitarista fricciona con el concepto de dignidad humana constitucionalizado en los tratados de derechos humanos, toda vez que se justifica la intervención punitiva del delincuente como medio para procurar determinados fines. Por este motivo, cualquier tesis preventiva tiene como límite ético infranqueable la instrumentalización del reo<sup>69</sup> cuando devenga intolerable<sup>70</sup>. De ahí, en principio, la tesis del Derecho penal mínimo o principio garantístico por el cual la intervención punitiva del Estado está justificada sí solo sí el daño que ocasiona es menor al daño que, en hipótesis, se generaría sin la intervención del Derecho Penal<sup>71</sup>.

Consecuencias, por tanto, del principio garantístico son la proscripción de penas que provoquen más daño que el producido por el delito, sea por su extensión en el tiempo –penas largas-; sea por la insignificancia del daño jurídico ocasionado por el delito –delitos de bagatela-; sea por el daño directo sufrido por el reo en ocasión del delito ha sido mayor que el perjuicio ocasionado –teoría de la *pena natural*-<sup>72</sup>. Sea, en suma, porque la conminación penal en concreto no satisface ya ninguna función preventiva, general ni especial.

Por tales razones, Roxin en cuanto defensor del preventivismo penal, argumenta, no obstante, que el principio de culpabilidad funciona como límite en el entendimiento de que la pena adecuada a la culpabilidad ya cumple funciones preventivas<sup>73</sup>. Es, en definitiva, una idea de síntesis frente a la dicotomía planteada entre un Derecho penal de culpabilidad y un Derecho penal preventivo: *“política criminal e idea de culpabilidad deben ser traídas a una síntesis en su influencia recíproca y en su coetánea limitación; en tanto que, por un lado, ciertamente la culpabilidad impone límites al abuso*

---

<sup>68</sup> FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*... pp.258/259.

<sup>69</sup> Precisamente las tesis “Neo-retribucionistas” de la pena propio de la tendencia “Neoclasista” del enfoque penal, critican el núcleo central de las propuestas preventivas, la instrumentalización de la persona, anteponiendo las garantías al principio de utilidad. (SILVA SANCHEZ, JESUS M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*...326/333).

<sup>70</sup> Frente a las teorías relativas el concepto de culpabilidad pasa a cumplir la función fundamental de ser un límite infranqueable a las necesidades preventivas, vale decir, por más fines preventivos que se le asigne a la pena, nunca ésta puede exceder la culpabilidad del sujeto en aras a satisfacer tales fines (ZIFFER, PATRICIA. *Lineamientos*... Pp.45/65).-

<sup>71</sup> Es la idea que desarrolla Silva Sánchez cuando justifica la lógica preventiva siempre y cuando procure reducir la propia violencia estatal, de la mano con el principio de “intervención mínima” y la idea de que la pena es sólo admisible cuando no hay otro mal menor (SILVA SANCHEZ, JESÚS M. Ob. cit. Pp.386/399).

<sup>72</sup> Refieren Zaffaroni, Alagia y Slokar que “se llama *pena natural* al mal grave que se autoinflinge el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón”, propician por que la solución sea la absolución del reo en base al principio de humanidad de las penas y el Art.41 del C.P. que obliga a los jueces a tener en cuenta las “*circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso*” (ZAFFARONI, E.-SLOKAR, A.-ALAGIA, A. *Manual de Derecho Penal*... Pp.112/113 y 743/744)

<sup>73</sup> “La función específica, hoy todavía eficaz e importante, del principio de culpabilidad consiste en **limitar la magnitud de la pena**” (ROXIN, CLAUDIUS. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*...pp.171/172).

político-criminal del poder punitivo, pero también, por otro lado, una política criminal orientada en los criterios de lo preventivamente indispensable impide que un comportamiento sea castigado tan sólo por su culpabilidad”<sup>74</sup>.

2) La segunda tensión referida, entre prevención general y prevención especial<sup>75</sup>, se extrapola al ámbito Derecho penal juvenil de manera dramática, partiendo de la base de que la finalidad preventivo especial –en su faz resocializadora- no sólo de la pena –en principio- sino también del proceso penal juvenil, en el marco de un sistema integral de justicia penal para adolescentes tendría el carácter de un mandato constitucional y convencional<sup>76</sup> en sentido amplio, al punto tal que el juez penal especializado no podría prescindir de esta finalidad ni limitarla arbitrariamente a la hora de valorar el fundamento de imponer un castigo y cuantificarlo<sup>77</sup>. Sin embargo, a la vez se exige también por mandato constitucional, garantizar dosis de prevención general en la sanción inherente a un Derecho Penal que ha abandonado el retribucionismo y a la prevención especial como únicos y excluyentes fundamentos de la finalidad de la sanción<sup>78</sup>.

En este panorama, los operadores jurídicos están obligados a tomar las decisiones sobre la base de estos fines antinómicos<sup>79</sup>, respecto al ejercicio de la acción penal en cuanto su prescindencia a favor de institutos alternativos al proceso; o bien, su promoción a favor de la persecución penal, la adopción de medidas de coerción, medidas probatorias, juicio y sanción. En particular, el juez penal de adolescentes en el momento de construir la norma de sanción individual<sup>80</sup>, está obligado a garantizar ambos fines dicotómicos *per se* en la

---

<sup>74</sup> ROXIN, CLAUS, *Ibídem.* Pp.170.

<sup>75</sup> Roxin entiende que, en realidad, este conflicto se produce cuando ambos fines exigen diferentes cuantías de pena, es decir, ubica la problemática en la individualización judicial de la sanción. En este ámbito propicia la prelación de la necesidad preventivo-especial (V.gr. menor cuantía de pena) so riesgo de debilitar la necesidad de prevención-general (ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. TI...* pP.96/97)

<sup>76</sup> Claramente ordenado en el Art.40.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, teniendo consenso cuasi-unánime en la jurisprudencia local y en la doctrina especializada (supra Nota 41, pp.62).

<sup>77</sup> Sostiene Mir Puig que: “*es el momento de determinación judicial de la pena en donde resulta más difícil conciliar las exigencias de justicia, prevención general y prevención especial*” (MIR PUIG, SANTIAGO. *Manual de Derecho penal...* Pp.68)

<sup>78</sup> Al abandonar una única finalidad preponderante del Derecho Penal (retribucionismo o prevención especial), los autores hablan de la “*disfuncionalidad del Derecho penal*” post-retribucionismo reflejada en exigencias contrapuestas: observar la culpabilidad y el mandato de resocialización que ordena atenuar el castigo y el mandato de prevención general que supone lo contrario (ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. “La prevención general en la individualización judicial de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* TXXXIV. Fascículo III. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1981, Pp.869/878)

<sup>79</sup> Afirma Corcoy Bidasolo sobre las teorías de la pena: “*...habría que concluir que ninguna ofrece una respuesta completa sino que son complementarias y que es necesario ponerlas en relación, desde mi perspectiva, con el núcleo de la cuestión, la obligación del Estado de proteger bienes jurídicos-penales, como finalidad última de la pena, y la necesaria legitimación para la imposición de la pena en el caso concreto, a partir del injusto y la necesidad de pena*” (CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. “Prevención limitada vs. Neo retribucionismo”... Pp.291).

<sup>80</sup> La moderna teoría del derecho concibe el acto sentencial como una construcción argumentativa que combina criterios formales, materiales y pragmáticos de argumentación y no una mera aplicación mecánica de la ley al hecho (ATIENZA, MANUEL. *El derecho como argumentación.* 1era. Edición, 5ta. Reimp. Ed. Ariel, Barcelona, 2010, pp.61/108); Robert

fundamentación del “sí” del castigo y, luego, concretarlos en una pena individual, *i.e.*, el “cómo y cuánto” de castigo (Teoría de la individualización judicial de la pena, I.J.P.)<sup>81</sup>.-

Planteada, de este modo, la tensión entre prevención general y prevención especial, previo a ofrecer una respuesta armónica, corresponde precisar la semántica de las tesis involucradas, es decir, definir en qué sentido se debe emplear la prevención especial y la general, habida cuenta que no exhiben significados unívocos. Y, una vez precisada la orientación que se va a seguir de cada tesis, restará determinar qué función cumple cada una y sobre todo cuál rige como fundamento del castigo concreto.

## Capítulo V)

### La prevención y el Derecho penal juvenil

#### a) La prevención especial

##### 1) Precisiones conceptuales

Retomando el hilo conductor, se ha dicho que el Derecho penal juvenil se inserta en el ideal resocializador; es decir, su meta persigue fines educativos, no punitivos, priorizando las medidas no privativas de la libertad y en caso de acudir a la detención y a la pena de prisión clásica<sup>82</sup> han de respetarse los principios de excepcionalidad -última ratio-, mayor

---

Alexy, por su parte, explica que la argumentación o deber de fundamentación de la sentencia es una exigencia de la racionalidad de los actos de gobierno (ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación jurídica...* pp.23/34)

<sup>81</sup> En el ámbito específico de la Teoría de la individualización judicial de la pena se enfrentan diversas posiciones que descansan en la elección de una finalidad preponderante de la pena y su relación con la culpabilidad: Teoría del espacio del juego –“*Spielraumtheorie*”- establece un marco de culpabilidad y dentro de ella juegan los fines preventivos. Teoría de la pena puntual –“*Punktstraftheorie*”-, la pena es siempre fija porque la culpabilidad es una, no graduable. Teoría de la pena proporcional al hecho, propia del Neoclasicismo–“*Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung*”-, mide la pena en función de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, es decir, persigue la proporcionalidad en un afán de igualdad y justicia. la Teoría del acto de gestación social –“*Theorie des sozialen Gestaltungsaktes*”-, para la cual el juez adhiere a una pena que responde a la conciencia de la comunidad jurídica determinada. Teoría del valor jerárquico del empleo, -“*Stellenwerttheorie oder Stufentheorie der Strafzumessung*”, según la cual el juez fija el peso del injusto culpable según su gravedad y luego, en un segundo momento, las razones de prevención general y especial ajustan la clase de pena y la forma de su ejecución. Los textos más interesantes hallados en materia de teorías de determinación de la pena son: CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general...* Segunda parte, Cap. IV, Pp.225/272. FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO. “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, en Revista Indret, Barcelona, 2007, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, Enero 2007. ZIFFER, PATRICIA. *Lineamientos...*; HÖRNLE, TATJANE. “La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena”, en Jz. 19, 99. 1080-1089. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en Revista Indret 2/2007, Barcelona, abril 2007, disponible [www.indret.com](http://www.indret.com), Abril 2007.

<sup>82</sup> La Corte IDH en distintos fallos ha delineado las condiciones mínimas de detención de adolescentes y penalización: “Mendoza y otros vs. Argentina” (2013) se analizó el principio de proporcionalidad y excepcionalidad de las penas, acordes a la madurez del menor y el principio de especialidad en esa materia, como el deber de revisar las condenas; en “Bulacio vs. Argentina” estableció el deber de identificación y protección especial del adolescente, inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial, comunicación con los padres o tutores y acceso a asistencia letrada; en “Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay” (2004) se pronunció sobre las condiciones que deben reunir los centros de detención de menores o institutos afines para garantizar la vida y la integridad física de los mismos.

brevidad posible y solamente para delitos graves<sup>83</sup>. En otras palabras, el bloque de constitucionalidad, en términos jurídico-penales, orienta el Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva en clave de reinserción social del joven punible judicializado<sup>84</sup>.

Ahora bien, corresponde formular algunas preguntas que servirán de guía para las siguientes reflexiones. Si se acepta la tesis de que el Derecho penal juvenil tiene como fin la prevención especial, en primer término, ¿qué debe entenderse por "prevención especial" habida cuenta que no existe un significado unívoco? Es decir, se plantea un problema de precisión semántica y pragmática del concepto.

De inmediato, cabría plantear una pregunta más relevante: ¿la imposición de una consecuencia jurídica coactiva y violenta, la pena, tras la comprobación formal de un delito cometido por un adolescente punible, puede sustentarse única y exclusivamente en razones de prevención especial? El interrogante se dirige a cuestionar la legitimidad misma de un castigo fundado en esta tesis. Es decir, aún cuando se conteste afirmativamente que el Derecho penal juvenil persigue la resocialización de un adolescente, todavía queda por responder si el acto sentencial concreto de imponer un castigo puede estar fundado *exclusivamente* en un fin preventivo-especial.

En orden a responder tales interrogantes, previamente corresponde recordar que la idea básica de la prevención especial es que la pena, ha de incidir en el condenado para que en el futuro no vuelva a delinquir, como afirma Roxin: "... la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos"<sup>85</sup>. La forma en que se obtiene dicho fin varía según las distintas vertientes de la prevención especial verificables en la doctrina.

La primera modulación sistemática de la prevención especial en el Derecho penal hodierno<sup>86</sup> se encuentra en la obra de Franz Von Liszt<sup>87</sup>, acentuando la importancia del acto

---

<sup>83</sup> Atinadamente la especialista en la materia, Mary Beloff, señala una elocuente paradoja respecto a la constitucionalización del Derecho penal juvenil. Por un lado se "sacó" a los adolescentes del sistema tutelar para reinsertarlos al derecho penal con todas las garantías que ello implica, pero al mismo tiempo no se procuró una protección especial del adolescente frente al propio Derecho penal, con lo cual, han pagado un precio alto: pueden sufrir las mismas condenas de los adultos con la salvedad de contar con el debido proceso (BELOFF, MARY. *Derechos del niño...* pp.62/63).

<sup>84</sup> En referencia ello, en un enfoque demasiado preventivo especial a mi parecer, dice Crivelli: "*La confusión radica, en esencia, en equiparar la misión del Derecho penal juvenil con la del Derecho penal de adultos. Es sabido que el Derecho penal juvenil no puede centrarse en la retribución o en los fines preventivos-generales, sino, por el contrario, en la corrección de una condición de vulneración de derechos mediante la imposición de consecuencias jurídicas que, además de responsabilizar, estén orientadas a la prevención especial positiva*" (CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil...* pp.379).

<sup>85</sup> ROXIN, CLAUDIUS. *Derecho penal. Parte General. TI...* Pp.85.

<sup>86</sup> Roxin enseña que, en puridad, la prevención especial se remonta a los orígenes del pensamiento penal, encontrando su formulación clásica en Platón y Séneca, ibídem pp.85.

de imposición y ejecución de la pena. Siguiendo a Durán Migliardi “...von Liszt crea un nuevo sistema de penas dirigidas no en contra del delito sino en contra del delincuente, distinguiendo al efecto tres clases de delincuentes y penas: la corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; la intimidación del delincuente que no quiere corrección, y la inocuización del delincuente incapaz de corrección”<sup>88</sup>. En esta triple función de la pena, en el pensamiento de von Liszt, se condensan las dos orientaciones de la prevención especial, la positiva (corrección) y la negativa (intimidación e inocuización)<sup>89</sup>.

Luego, la prevención especial en su versión únicamente positiva vuelve a tener su auge en la década del 60 del siglo XX con la “perspectiva resocializadora”<sup>90</sup> que intentó legitimar el Derecho penal a partir de su capacidad, ya no para neutralizar al delincuente, sino para reinsertarlo socialmente por medio de un tratamiento que facilite herramientas de socialización. Sobre esta versión, recayeron fulminantes críticas en varias direcciones, esto es, en cuanto a las consecuencias, el método y los fundamentos. Si la pena tiene como función incidir en el delincuente, entraña la peligrosa consecuencia de abogar por penas<sup>91</sup> desconectadas de su proporción con el injusto culpable y, en las posturas más radicales, se propone la sustitución de las penas directamente por medidas de seguridad, correctivas e indeterminadas en el tiempo.

Por otro lado, en cuanto al contenido de la intervención resocializadora se ha denominado “ideología del tratamiento” a la imposición forzada de determinados valores o pautas de conducta que, en general, coinciden con los valores y pautas dominantes de una sociedad por sí criminógena<sup>92</sup>, en contra de la autodeterminación del sujeto que delinque<sup>93</sup>. Finalmente, se ha puesto en duda la capacidad de rendimiento misma de la perspectiva

---

<sup>87</sup> La idea de fin en Von Liszt conectó el Derecho Penal con la política jurídica (*Passim* SILVA SÁNCHEZ, JESUS. *Aproximación al derecho penal contemporáneo...* pp.126/131)

<sup>88</sup> DURAN MIGLIARDI, MARIO. “Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena”, en *Revista Estudios Criminológicos y Penitenciarios*. Año VIII N°13, Diciembre, 2008, consultado on-line en fecha 20/10/2018, [http://www.academia.edu/8184119/PREVENCIÓN\\_ESPECIAL\\_E\\_IDEAL\\_RESOCIALIZADOR.\\_Concepto\\_evoluci%C3%B3n\\_y\\_vigencia](http://www.academia.edu/8184119/PREVENCIÓN_ESPECIAL_E_IDEAL_RESOCIALIZADOR._Concepto_evoluci%C3%B3n_y_vigencia)

<sup>89</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “La prevención especial como límite de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, T.XLI. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1988. Pp.685-702.

<sup>90</sup> SILVA SANCHEZ, JESUS M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo* Pp. 25/36

<sup>91</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M. *Ibidem* Pp. 29/36; ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General*. Tl...pp.87/88. Por su parte, Cury Ursua dice que “los pronósticos sobre la resocialización del afectados son inseguros –y hasta el concepto mismo de resocialización es impreciso- en la práctica todo ello se presta para arbitrariedades”, *Ob cit.* Pp.687.

<sup>92</sup> Sostiene De la Cuesta Arzamendi: “Las perspectivas máximas propias de posiciones conservadoras y antiliberales, entendían (y entienden) que toda intervención resocializadora, para ser realmente eficaz, debe buscar la aceptación del sistema vigente y sus valores” (DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ L. “Vigencia y actualidad del principio de resocialización”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición. Ed. B de f, Madrid, 2017. Pp.300)

<sup>93</sup> Detrás de esta idea se esconde el concepto de “instrumentalización” o “manipulación” del sujeto y una descalificación prejuiciosa de su persona bajo la idea de “inadaptado y peligroso”, sobre el cual se aplica coactivamente un tratamiento el que, por pender de “pronósticos relativos y circunstanciales”, resultan desproporcionados y extensos. (DURÁN MIGLIARDI, MARIO. “Prevención especial e ideal resocializador...” pp.72/75).

resocializadora por un lado, en cuanto resulta absurda la pretensión de insertar al individuo en sociedad precisamente privándolo de ella en una prisión<sup>94</sup> y, por otro, se queda sin explicación suficiente ante un delincuente que no necesita<sup>95</sup> y/o se rehúsa a ser resocializado<sup>96</sup>.

Cabe mencionar, por último, que a raíz de estas críticas del paradigma resocializador de postguerra, se produce el retorno a la vieja prevención especial en su versión negativa, basada en la defensa social, a través de la irrupción de reformas procesales en Estados Unidos, Europa e incluso a nivel local<sup>97</sup>. Por ejemplo, la regla “*Three strikes you 're out*” o *las incapacitaciones selectivas*,<sup>98</sup> la prohibición de acceso a los institutos de soltura anticipada, la fijación de escalas penales altísimas que desbordan la culpabilidad y la proporcionalidad, y se le asignan solo fines preventivos simbólicos de intimidación. Por supuesto que se tratan de versiones de la prevención especial para nada compatibles con el Derecho penal de adolescentes sin necesidad de mayor argumentación.

Más certeros resultan los reparos formulados por Luigi Ferrajoli a todo tipo de prevención especial, como vía de justificación externa y excluyente del Derecho penal, en tanto la considera una ideología que utiliza el Derecho criminal para “medicina” del delincuente, “la reeducación del reo” o “su eliminación o neutralización”, “enmienda” o

---

<sup>94</sup> Cury Ursua dice que: “*la privación de la libertad...es por naturaleza <<desocializadora>>, tanto más cuando se ejecuta en condiciones deficientes*”. Y más adelante agrega, “*La idea de resocializar en un establecimiento penal es, pues, una contradicción semejante a la de rehabilitar a un inválido sin permitirle abandonar su lecho*” (Ob cit.pp 688/689). Arocena, Balcarce y Cesano ponen en cuestión o relativizan la primacía de la prevención especial en la etapa ejecutiva de la pena de prisión desde los aportes de la criminología crítica y el concepto de la cárcel como “institución total” en la cual conviven dos tipos de sociedades con códigos distintos, la oficial compuesta por los reclusos y los agentes penitenciarios mediados por las reglas formales del Derecho penitenciario; la no-oficial, compuesta entre los reclusos con sus propios códigos. Así, la “resocialización” responde a la primera sociedad como una pantalla para “quedar bien” u “obediencia fingida” frente a la autoridad (AROCENA, G.A.-BALCARCE, F.I.-CESANO, J.D. *Metodología de las ciencias penales*. 1era. Edición. Ed. B d f, Bs. As., 2016. Pp.86/91).

<sup>95</sup> ROXIN, CLAUDIUS. *Derecho penal. Parte General. T.I...* Pp.89.

<sup>96</sup> Por ejemplo, un delincuente por convicción.

<sup>97</sup> Sintomática resulta la reciente reforma de la Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad n°24660, mediante Ley n°27375 (B.O.28/07/2017) que excluye a condenados por una serie de delitos (por ejemplo, Homicidios agravados por el Art.80 C.P. entre otros, ver Art.26 bis, incs.1°-11°) de los beneficios del período de prueba, la prisión discontinúa o semidetención y libertad asistida. En consecuencia, ha transformado la pena de prisión para tales delitos en retribución pura, sin atención a pautas resocializadoras en clara violación al mandato constitucional.

<sup>98</sup> Comenta Jorge García: “*En esta evolución queda claro que la llamada “prevención especial positiva”, cuando pierde el optimismo correccionalista —tanto el decimonónico de las ciencias médicas como el “welfarista” del Estado de Prestaciones de las socialdemocracias de la postguerra—, decanta en el aseguramiento cognitivo ilimitado: en la idea eliminativa defensiva que resurge hoy en la “punitive turn” anglosajona del “risk management” o “risk assesment” de la supervisión intensiva de la peligrosidad —follow up— y de las reglas conocidas por su nombre vulgar derivado del béisbol —“Three strikes you 're out”—, en las “shame sanction” o las “Selective Incapacitacion” frente a los “High riskoffenders” inglesa, o con la revitalizada “custodia de seguridad” (“Sicherungsverwahrung”) germana, posterior a la pena para eliminación de peligrosidad, del paragr. 66 del StGB; es decir, en las medidas de seguridad postdelictuales tan preocupantes por su falta de límites” (GARCÍA, JORGE A.L. “La determinación judicial de la pena. ¿Redefinición de la teoría del ámbito del juego?”, en *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena. Compendio de doctrinas*. Año II N°6, Ediciones Infojus, Buenos Aires, diciembre 2013. Pp.57)*

“corrección”<sup>99</sup>. Todas estas visiones suponen, según Ferrajoli, un Derecho penal de autor que mira la calidad del imputado y no el acto cometido, a su vez que implica una concepción antropológica en virtud de la cual se parte de la idea de que en la sociedad existen individuos inferiores, anormales, desviados o al menos con necesidades de reeducación moral, cuando no también peligrosos que deben ser apartados para la defensa de los demás individuos normales<sup>100</sup>. En este horizonte, la pena no es considerada un mal sino un bien, no es retribución del hecho sino que se ufana de ser una cura que redunde en una mejora de la persona del delincuente, a la vez que protege a la sociedad sana.

Bien visto, el otrora paradigma tutelar de la infancia recoge estas ideas, pues supone que el menor delincuente es un incapaz necesitado de reeducación y se aplica un tratamiento sin importar su duración.

En virtud de todas estas críticas doctrinarias, brevemente repasadas, es dable concluir que la prevención especial, como única teoría legitimadora del Derecho penal general, hoy en día ha sido descartada. Ello significa que la imposición de un castigo, no debe exclusivamente justificarse en la idea de mejorar o neutralizar al delincuente y, en consecuencia, no puede constituirse en el basamento de la condena concreta inhibiendo su traslación al ámbito de la justificación del castigo en el Derecho penal juvenil al punto que imponer una sanción a un adolescente *solo* para que se resocialice<sup>101</sup> implica un argumento peligroso y por sí mismo carente de legitimidad desde el punto de vista del avance de la dogmática. Es más, pretender que una pena resocialice cuando ha sido sincerada como un mal, no solo es incoherente y contrario a la experiencia sino que también, en lo que respecta al Derecho penal juvenil, supondría un retorno solapado al paradigma tutelar. Paredes Castañón afirma categóricamente que: “... no puede ser cierto, por definición, que el Derecho Penal de menores persiga, ante todo y sobre todo, el interés del menor delincuente... Pues, en efecto, el Derecho Penal (cualquier derecho penal) se caracteriza, precisamente, por tener como objetivo primigenio el control social de aquellas conductas desviadas... Objetivo que resulta muy lejano a cualquier finalidad esencialmente tutelar”<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Ferrajoli explica que hay tres orientaciones de la prevención especial, “doctrina pedagógica de la emmienda” (Católica, idealista); “terapéutica de la defensa social” (Escuela positivista italiana y modelo soviético) y “resocializadora” (Programa de Marburgo, la new penology americana) (FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón...*pp.264/273).

<sup>100</sup> Enseña Beloff que esta concepción responde a modelos de Estado “welfaristas” o de carácter paternalista en los cuales se justifica el castigo por razones rehabilitadoras, esto es, por motivo preventivo-especial (BELOFF, MARY. *Derechos del niño...* Pp.60/61)

<sup>101</sup> Cruz Márquez señala que la resocialización no puede ser el fundamento último del Derecho penal de menores porque no siempre coincide con el interés superior del niño y, además, está fuera del alcance de la intervención punitiva limitada por la culpabilidad y la proporcionalidad (CRUZ MARQUEZ, BEATRIZ. “Presupuestos de la responsabilidad penal...”pp.246)

<sup>102</sup> PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ M. “El principio del interés del menor en Derecho penal...” Pp.159.

Aún así no es posible soslayar que, a la luz del análisis normativo efectuado aún con la suma de las críticas formuladas, la prevención especial en clave resocializadora es una exigencia de los tratados internacionales tanto para adultos y más todavía para menores de edad al menos en la etapa ejecutiva de la sanción, por lo que su vigencia se impone *ipso iure* como un mandato vinculado con el principio de protección especial<sup>103</sup>.

Tal es así que, surge la paradoja de que la prevención especial no puede ser el único criterio legitimador de la intervención penal desde el punto de vista constitucional y dogmático; sin embargo, ha de hacerse valer en virtud de un mandato constitucional. Por eso, deviene imperioso plantear estas preguntas: ¿qué rol juega en este campo? O más correctamente, ¿cómo deberá interpretarse el Art.40 de la C.D.N. que pareciera anclar el sistema penal juvenil en la idea de reinserción social del adolescente?

Es pues que, a mi entender, cuando en el discurso jurídico se invoca la prevención especial como fundamento preponderante del Derecho penal juvenil, no se debe hacer referencia a la orientación negativa de la prevención especial (V.gr. eliminación, neutralización y/o inocuización del delincuente) ni la positiva anclada en la denominada “ideología del tratamiento” (V.gr. resocialización), sino a la modulación de la prevención especial positiva entendida por Silva Sánchez “...no como imposición de un determinado esquema de valores, sino como creación de las bases de un autodesarrollo libre o, al menos, como disposición de las condiciones que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización...”<sup>104</sup>. En consonancia con esa idea, se habla de una **concepción limitada** de la resocialización que no implica “la asunción de valores socialmente dominantes por el individuo, sino sólo su convencimiento de la necesidad de respeto de la legalidad, aun imperfecta y criticable (...)”<sup>105</sup> y con ello ampliando su posibilidad de participar de la vida social y democrática.

En otras palabras, resocialización como una garantía basada<sup>106</sup> en el principio *pro homine* instando, básicamente, a que el poder punitivo del Estado, en la medida de sus

---

<sup>103</sup> Un auténtico Derecho penal juvenil, respetuoso del principio de especialidad, esto es, que no significa un mero reconocimiento de garantías a los menores para juzgarlos igual que a los adultos, demanda no obviar el principio de protección especial aún cuando se persiga la aplicación de la ley penal sustantiva sobre ellos. Dice al respecto Mary Beloff: “El hecho de que un adolescente al que se le imputa un delito grave ... sea juzgado y, eventualmente, sancionado con todas las garantías de las que –como persona y por su edad- es titular, constituye un estándar mínimo elemental en cualquier nación civilizada; pero ese joven tiene derecho, además, a que ese ingreso al sistema penal asegure su reintegración social y no implique el desconocimiento de su derecho a la protección especial...” (BELOFF, MARY. *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano...*pp.66).

<sup>104</sup> SILVA SANCHEZ JESUS M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo...*pp.419/421

<sup>105</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ L. “Vigencia y actualidad del principio de resocialización...”pp.300.

<sup>106</sup> En ese sentido, cobra importancia lo que expresa Durán Migliardi en cuanto a la idea de resocialización, ya no como fin único del Derecho penal pero sí como “principio programático que ha de orientar toda la política penal y penitenciaria” (“Prevención especial e ideal resocializador...” pp.70). Ello es coincidente con la correcta explicación de Silva Sánchez en

posibilidades *no desocialize* como mínimo y, en el mejor de los casos, procure una internalización de las normas básicas de convivencia en clave de derechos humanos<sup>107</sup>, bajo la condición de que este proceso de internalización siempre cuente con el consentimiento libre del adolescente enjuiciado y eventualmente condenado.

A partir de estas ideas, se entiende por qué el principio resocializador en la actualidad ya no se mantiene como fundamento de la pena; sin embargo, es trascendental en la etapa de ejecución de la pena de prisión ya no como justificativo del acto de imposición sino como guía para el tránsito del castigo<sup>108</sup>. Esto incluso desde el Derecho positivo vigente, conforme surge del Art.18 de la C.N. y el Art.1° de la Ley n°24660<sup>109</sup>.

Dicho ello, en lo que respecta al campo específicamente juvenil y en aras a interpretar el contenido del Art.40 de la C.D.N. (asociado al interés superior del niño, Art.3°) entiendo que la capacidad de rendimiento de la tesis de la prevención especial radica, antes que nada, en su **potencial limitador**<sup>110</sup> de penas altas, abusivas, centradas únicamente en la gravedad del hecho, en necesidades de prevención general o la peligrosidad del autor; o bien, limitante de

---

cuanto refiere que todas las críticas a la prevención especial son correctas para deslegitimarla como “*principio fundamental legitimador de la intervención penal*”, sin que ello implique que el Estado y la sociedad democrática deba renunciar a la resocialización (Ob cit, pp.34).

<sup>107</sup> “Asegurar el libre desarrollo de la personalidad”, consigna Beatriz Cruz Márquez. Este fin constituye, para esta autora: “*la única opción éticamente sostenible*” para la intervención penal de menores y ello se garantiza no sólo reconociendo una culpabilidad disminuida y por ende, un reproche penal distinto; sino también, garantizando “*la continuidad de su desarrollo libre y autónomo como persona, mediante el fomento de sus capacidades e intereses y el ofrecimiento de la asistencia necesaria para que supere o minimice, material o psíquicamente, los obstáculos que pudieran ponerlo en peligro*”. (CRUZ MÁRQUEZ, BEATRIZ. “Presupuestos de la responsabilidad penal...” pp.244/245)

<sup>108</sup> Terragni reflexiona que en lugar de la palabra resocialización “*debería hablarse de rehabilitación jurídica plena, de manera que el individuo sea habilitado por la sociedad para vivir conforme ella quiere que lo haga el ciudadano*” (TERRAGNI, MARCO A. *Proporcionalidad...* Pp.85). Sin perjuicio de ello, Rafael Alcácer Guirao duda incluso de tratar la tesis en el ámbito de la ejecución de la pena cuyo ámbito ya no admite hablar de resocialización sino solo de “no fomentar la desocialización”. A la luz de ello, menos entiende que pueda legitimar el Derecho penal en general por cuanto “*... no establece una relación entre la acción del autor y la norma de conducta, sino que se basa únicamente en una prognosis de peligrosidad de aquél, por lo que no responde a un Derecho penal de hecho, ni es capaz, por tanto, de aportar una concepción material y legítima del hecho punible*” (ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL. “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política...” pp.377). Arocena, Balcarce y Cesano exigen por ello la necesidad de un tratamiento penitenciario resocializador de carácter *individualizado*, con el fin desentrañar –esto muy a grandes rasgos- las condiciones concretas de ese individuo que lo precipitaron al delito, todo lo contrario a una tratamiento estándar igual para todos los reclusos (*Metodología de las Ciencias Penales...* pp.93).

<sup>109</sup> “**Art.1°:** La ejecución de la pena privativa de 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. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.” (Ley n°24660 B.O. 08/07/1996).

<sup>110</sup> Es la idea de reconocer en la prevención especial una “**misión negativa**”. Como teoría no puede justificar que la pena socialice, pero sí es apta para demostrar “lo que la pena no debe ser y las fronteras que no le es legítimo sobrepasar ni siquiera con el pretexto de que lo exige la prevención general” (CURY URZÚA, ENRIQUE. “La prevención especial como límite de la pena...” pp. 696)

instancias de criminalización o judicialización en casos que resultan innecesarios<sup>111</sup>. Esta **función de limitación o corte**<sup>112</sup> de la realización punitiva del Estado, cobra capital importancia en el ámbito del Derecho penal juvenil en tres ámbitos: durante la investigación del ilícito; en la cesura de juicio y, finalmente, en el juicio de determinación judicial de la pena.

## 2) La prevención especial durante la investigación

Al inicio de la pesquisa criminal<sup>113</sup> en la cual aparece sindicado un adolescente, la prevención especial fundamenta la promoción de institutos alternativos al proceso penal en sí. Vale decir, detrás de los instrumentos procesales que procuran la sustitución del proceso judicial clásico y/o de la pena de prisión, por otra clase de respuesta jurídica frente al delito cometido por un adolescente, está el reconocimiento de que el proceso penal formal es estigmatizante y la pena es un mal cuya violencia ínsita, en ciertos casos, resultan mayores al daño ocasionado por el delito o el grado de culpabilidad revelada<sup>114</sup>. En otras palabras, la adopción de una Suspensión de Juicio a Prueba (Art.76 bis y sgtes del Cód. Penal), una Remisión extrajudicial o judicial<sup>115</sup>, una conciliación entre partes o una lisa y llana prescindencia de la acción penal, devienen decisiones políticas criminales que, sin acudir al procedo judicial, *satisfacen ya* el fin preventivo especial en clave convencional y limitan por tanto al ejercicio del *ius puniendi*.

En este aspecto, los aportes del equipo técnico interdisciplinario<sup>116</sup> cuya valoración científica de la situación del adolescente, el contexto socio-familiar y el compromiso subjetivo hacia la situación penal resultan decisivos, constituyen los fundamentos más sólidos para direccionar estas decisiones político-criminales. A modo de ejemplo, el caso prototípico del adolescente arrebatador de carteras, sin emplear armas o el que comete daños contra bienes

---

<sup>111</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. *Ibidem*. Pp.685-702.

<sup>112</sup> Paredes Castañón ve en el principio del interés superior del menor el límite a la acción sancionatoria del poder estatal, es decir, la mentada función negativa (PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ M. “El principio del interés del menor en Derecho penal...” Pp.161)

<sup>113</sup> Puede ser la etapa de instrucción para los códigos de enjuiciamiento penal “mixtos” o la Investigación Penal Preparatoria para los códigos acusatorios, según que provincia se trate.

<sup>114</sup> Postula Alicia Gil Gil que “... *la justicia restaurativa no se presenta como un sistema alternativo al sistema de justicia penal tradicional, sino como un complemento al mismo que permita incorporar nuevos elementos que humanicen el sistema y favorezcan el cumplimiento de sus propios fines. Pero, a la vez, puede fundamentar una minoración o incluso una exclusión de la respuesta penal, en tanto con la medidas restaurativas se hayan logrado los fines asignados a la pena*” (GIL GIL, ALICIA. “Las teorías de la pena orientadas a la víctima”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición. Ed. B de f. Madrid, 2017. Pp.330)

<sup>115</sup> *Infra* Capítulo III.

<sup>116</sup> Sostiene Custet Llamblam que “*los profesionales cualificados tienen un papel fundamental a la hora de determinar la medida que mejor se ajuste al objetivo de la justicia juvenil conforme las circunstancias concretas del niño*” (CUSTET LLAMBLAM, MARÍA R. . “Medida privativas de la libertad en el sistema penal juvenil...” Pp.3560)

públicos –los más comunes en la justicia penal juvenil- en principio son abordables a partir de la justicia restaurativa<sup>117</sup> y lo más importante es que esto no significa renunciar a la prevención general, porque una medida alternativa, en cuanto respuesta jurídica al delito, bien puede aunar las dos funciones de la pena<sup>118</sup>.

En cambio, razones de prevención general positiva desplazan las valoraciones inherentes a la prevención especial, en ciertos delitos que afectan gravemente bienes jurídicos esenciales, por ejemplo: Homicidio, Abuso sexual agravado o Robo agravado de marcada violencia, ante los cuales el órgano acusador decide la intervención penal del adolescente, teniendo en el horizonte la expectativa de imponer una pena privativa de la libertad. El paradigma de la responsabilidad penal juvenil, en tales casos, deslegitima la aplicación de salidas alternativas basadas en la idea de justicia restaurativa y el fin resocializador, en la medida de que este paradigma precisamente no se agota en la prevención especial sino que asume, también, un fin de prevención general.

Por consiguiente, a modo de adelanto, se podría afirmar que la prevención general, *en ciertos casos*, cumple una función de limitación a la prevención especial, de manera que ambos fines antitéticos encuentran delimitaciones recíprocas y pugnan entre sí, buscando un delicado equilibrio cuya consecución sirve como tesis performativa para la actuación de la justicia penal juvenil.

Arribados a este punto, si la reflexión en torno al equilibrio de las tesis preventivas general-especial se admite como razonable, es preciso delinear cuál ha de ser la específica función de la prevención especial positiva no solo en la etapa de investigación, sino también en el transcurso de la etapa de juicio. Aquí hay que distinguir dos estadios procesales demarcados por la ley de fondo: la *cesura de juicio* y la *integración de sentencia*.

---

<sup>117</sup> Para mayor precisión, se puede entender a la justicia restaurativa como “...un modelo de resolver los conflictos sociales no violento o menos violento que la respuesta punitiva, que cada vez se muestra más ineficaz en el cumplimiento de sus funciones manifiestas –la supuesta reinserción social de los condenados a penas privativas de la libertad y la pacificación de la sociedad devolviendo a ella a personas menos violentas...-” (LAINO, NICOLÁS. “Des-institucionalización de la niñez y justicia restaurativa”, en el *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 2015, Pp.3594).

<sup>118</sup> A propósito de estas reflexiones, Cury Urzúa entiende que la pena reconocida como un mal intrínsecamente desocializadora no puede usarse para reprimir cualquier conducta molesta y en este carácter de última ratio debe renunciarse a la pena cuando el contexto social “ha creado alternativas al control menos dañinas –y normalmente más eficaces- para cumplir la función de la prevención general respecto de ciertos hechos que, en rigor, son inculpativos” (CURY URZÚA, ENRIQUE. “La prevención especial como límite de la pena...” pp.697/698)

### 3) La prevención especial en la cesura de juicio

La definición de este instituto fue desarrollado extensamente en la Primera Parte y *brevitatis causae* allí nos remitimos. Aquí corresponde ahondar sobre uno de los aspectos centrales de la cesura, esto es, el tratamiento tutelar indicado por la ley cuyo contenido debe ser *redefinido* a la luz del paradigma de la responsabilidad. Precisamente en este tópico, la prevención especial, otrora entendida como tutela, de carácter correccional y potestativa, debe ser sustituida por la prevención especial en clave de derechos humanos.

Vale agregar, cuando adquiere firmeza la sentencia declarativa de responsabilidad de un adolescente, se debe programar un abordaje que tenga como meta un proceso de *desconstrucción*<sup>119</sup> de la culpabilidad inicial. La ley de fondo actualmente vigente, como vimos, exige que el abordaje se dispense como mínimo un año con la posibilidad –facultativa- de prórroga hasta la mayoría de edad.

Aclaro lo anterior, el tránsito por este abordaje es la huella de la prevención especial en esta etapa del proceso penal juvenil porque opera sobre el sujeto infractor procurando que no vuelva a delinquir, de manera tal que la determinación y la valoración racional de la situación personal del adolescente, *ex ante* al tratamiento y *ex post* al mismo, constituye una perspectiva gravitante en la discusión final sobre la necesidad de imposición de pena, en el sentido de que el resultado de ese abordaje es un criterio decisivo –aunque no el único- para fundamentar la sanción o su exclusión.

En ese sentido, un posible contenido del abordaje es que el adolescente, siguiendo a Cury Uzúa<sup>120</sup>, logre respetar las condiciones básicas para convivir con otros; como la vida, la libertad, dignidad del hombre y la tolerancia comunitaria, es decir, un grado de socialización primaria. De ahí que menciono a los derechos humanos. Claro está que, este ideal, no puede perseguirse mediante la pena, sí en cambio puede intentarse en la cesura de juicio del proceso penal juvenil donde la sanción es una expectativa a futuro.

Así vista, la cesura de juicio y el abordaje dispuesto, constituyen una pieza fundamental en orden a la determinación del castigo<sup>121</sup>, pero su *contenido* debe abandonar la

---

<sup>119</sup> Sin dudas este tipo de valoraciones de la culpabilidad personal del autor es un resabio de lo que Hörmle denomina “concepción anticuada de la culpabilidad” en la medición de la pena, es decir, un concepto de culpabilidad centrado en los caracteres personales del autor que nada tiene que ver con el concepto de culpabilidad de la teoría del delito como fundamento de la pena (HÖRNLE, TATJANA. “La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena”, en Jz. 19, 99. 1080-1089) Sin embargo, en virtud del principio de protección especial es imprescindible tener en cuenta la realidad personal del adolescente en vistas a la determinación del castigo.

<sup>120</sup> CURY URSÚA, E. “La prevención especial como límite de la pena...” Pp.693.

<sup>121</sup> *Infra*, Capítulo III

ideología de la tutela; es decir, *las pautas del abordaje y las finalidades*, en el marco del paradigma de la responsabilidad, ha de estar orientado por una pedagogía de los derechos humanos y el reconocimiento del otro –víctima- como mojones ineludibles en el proceso de responsabilización subjetiva con pleno respeto por la autonomía personal del adolescente<sup>122</sup>. La asunción de los derechos humanos, como herramientas mínimas de convivencia, exigibles a cada ciudadano con independencia de sus creencias y valores morales<sup>123</sup>, es lo que indica el Art.40 de la C.D.N. cuando refiere que el adolescente asuma una actitud constructiva para la sociedad.

Es pues que esta forma de interpretar el denominado tratamiento tutelar, es coherente y tributaria de una pre-comprensión de la prevención especial positiva en clave de resocialización que no se empeña en imponer valores dominantes, corregir o intimidar; sino que persigue en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas establecer las condiciones que permitan al adolescente enjuiciado desarrollar su autonomía *sin dañar a otro* en el marco de la convivencia democrática.

#### 4) La prevención especial en la sentencia integrativa de la pena

En esta etapa fundamental y exclusiva del Derecho penal juvenil, en la cual se plasma la diferencia radical con el Derecho penal común y por ende, se concreta formal y materialmente el principio de especialidad, la prevención especial positiva asume su rol limitador en un doble aspecto.

Cabe recordar que la integración de sentencia se desdobra en dos bloques de decisión: *juicio de necesidad* de pena y *juicio de cuantificación* de pena. El primero precede al segundo de modo lógico. Pues bien, la prevención especial limita a la prevención general en el juicio de necesidad de pena, cuando las razones de la primera resultan superiores a las razones de la segunda. A su vez, limita el juicio de determinación del monto punitivo ya sea justificando la adopción de escalas penales más benignas, abonando por la aplicación de la pena más breve posible o justificando una modalidad de ejecución de la pena más favorable que la prisión efectiva –V.gr. Ejecución condicional- en función de la obligada valoración de circunstancias atenuantes.

---

<sup>122</sup> Esto implica que este proceso pedagógico no puede ser una imposición coactiva. En la Tercera Parte tomo prestado del Derecho civil el concepto de “carga” para ilustrar la vinculación jurídica del adolescente respecto al tratamiento tutelar.

<sup>123</sup> Sostiene De la Cuesta Arzamendi que puede concebirse una versión limitada de la resocialización que persiga fomentar la participación ciudadana en democracia, con ofertas de alternativas a la vida criminal, compatible con la dignidad del sujeto, lo cual supone la facultad de aquél de rechazar o aceptar las ofertas (“Vigencia y actualidad del principio de resocialización...” pp.303/304).

En esta línea y muy a grandes rasgos, el juez de sentencia especializado tiene la obligación de conexas la determinación del monto punitivo con los factores concretos que hacen a la prevención especial, esto es, mirando el sujeto infractor en su contexto existencial de desarrollo desde el inicio de la causa –reconstrucción de la culpabilidad inicial-, durante el tránsito por la instancia procesal –tratamiento tutelar- hasta la audiencia de integración.-

#### 5) Conclusiones parciales

Luego de lo expuesto estoy en condiciones de concluir **que la prevención especial**, en clave convencional, **no es fundamento de la pena sino, al contrario, su límite**; con lo cual, propicio que una correcta hermenéutica del Art.40 de la C.D.N. implica proyectar el fin resocializador *solo* como fundamento de las medidas alternativas *al* proceso penal y en *el* proceso penal. En ese sentido, la prevención especial positiva es el basamento dogmático del principio procesal de oportunidad aplicado a adolescentes no-punibles y punibles.

Y en lo que respecta a los adolescentes punibles cuyo enjuiciamiento se ha decidido, funciona como guía rectora del contenido programático del denominado “tratamiento tutelar” en nuestro derecho de fondo. Y por último, constituye el continente de la prevención general en el ámbito de la determinación judicial de la pena.

Queda, por lo tanto, en pie la pregunta inicial: ¿cuál es, entonces, el fin que justifica la imposición de un castigo a un adolescente? Varias son las respuestas posibles una vez descartada la teoría de la prevención especial: retribución clásica, prevención general y en este último caso, negativa o positiva o ambas. Adelanto mi opinión que la pena de prisión a un adolescente, acorde a la Constitución, solamente puede fundarse en razones de prevención general positiva.

#### **b) La prevención general**

##### 1) Precisiones conceptuales

Asumiendo esta postura, se tratará de demostrar que el reproche jurídico-penal dirigido a un adolescente por su hecho contrario a la norma, mediante la imposición de una pena, se apoya en la elevada magnitud de ilicitud que presentan determinados casos. Es decir, la comisión de ciertos delitos desborda los objetivos de los institutos jurídicos basados en la idea de prevención especial y demandan una pena como instrumento idóneo para la solución del conflicto *iuris*. Esta expectativa –excepcional- de sanción, es fiel reflejo de que el Derecho

penal juvenil, más allá de las características peculiares que lo revisten, no deja de estar integrado a un sistema integral de Derecho penal<sup>124</sup>.

En tales casos, sin dejar de reconocer el mal del castigo<sup>125</sup>, su aplicación se justifica en términos de necesidad social y sobre todo, están los derechos de las víctimas. De ese modo, se desplaza el centro de atención en el adolescente infractor y la prevención general positiva oblitera la prevención especial.

Con el objeto, entonces, de definir en qué casos la prevención general positiva ejerce un rol protagónico en el Derecho penal juvenil, corresponde determinar, en primer lugar, qué vertiente de esta tesis resulta más adecuada a este sector del orden jurídico.

En ese menester, cabe recordar que la prevención general *positiva*, a diferencia de la versión negativa de Feuerbach –en términos muy genéricos- justifica la pena estatal en la medida de que se dirige, ya no a futuros delincuentes para intimidarlos y procurar que no se aventuren en el delito –fin negativo- sino que, al contrario, se dirige a la sociedad en general procurando la consecución de un fin útil o un bien en sí mismo. El contenido de dicho fin depende de la orientación de la prevención general positiva. En ese sentido, afirma Alcácer Guirao, “desde el <<fin ético social>>, primera versión de la prevención general positiva, lo protegido, como objeto inmediato, son los valores esenciales que subyacen tras las normas, los cuales conforman el orden social, y ayudan a su cohesión; desde el <<fin de integración social>> se protege la cohesión del organismo social, cuya unidad valorativa y afectiva es considerada como un bien en sí mismo; desde el <<fin de protección de la expectativa normativa>>, por último, se protege la vigencia de la norma, lo que permite la orientación segura en los contactos sociales”.<sup>126</sup>

Pues bien, se desprenden, de la cita precedente, tres modulaciones de la prevención general positiva. La primera versión -**protección de valores éticos-sociales**-<sup>127</sup> sostiene que la misión del Derecho penal es asegurar los valores éticos vigentes en la sociedad y plasmados

---

<sup>124</sup> Dice Mir Puig: “La pena constituye el medio tradicional que caracteriza al derecho penal, y sigue siendo su arma fundamental” (MIR PUIG, SANTIAGO. *Manual de Derecho penal...* pp.9)

<sup>125</sup> Es útil el concepto de pena que ofrece Roxin, descarnado y desprovisto de cualquier tinte benefactor: “Pena es, pues, la reacción necesaria desde el punto de vista preventivo a un comportamiento que, a pesar de que su autor posee la <<capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas>>, infringe la norma penal” (ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad, prevención en Derecho penal...* pp.174)

<sup>126</sup> ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL. “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política...” Pp.370.

<sup>127</sup> Tributaria de la concepción hegeliana del Estado concebido una síntesis de la moral del pueblo, en clara oposición a la teoría liberal del Estado -y por ende del Derecho- con su primacía en el individuo, esta teoría influyó en autores de varios campos (el jurista Karls Larenz, el sociólogo Tönnies, los nacional-socialistas Schafstein y Dahm hasta el finalismo de Hans Welzel). Se concibe el Estado como expresión objetiva de la moralidad del pueblo a la cual los individuos se subordinan (ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL. Ob cit. Pp.392/409) Otra expresión afín a ello, es la posición ético-política del comunitarismo de raíz aristotélica y hegeliana, es decir, la idea de que la comunidad –la antigua *polis* ateniense- es superior al individuo en cuanto éste sólo llegar a ser tal y se realiza *en comunidad* y nunca fuera de ella, debiéndole de tal manera una gratitud incomensurable. La posición de Sócrates en el *Critón* es elocuente al respecto. El Derecho penal se inserta en la realidad del Estado para proteger los valores sustanciales de la comunidad (Vid. NINO, CARLOS S. *Ética y derechos humanos...* Capítulos III y IV)

en las normas, por tanto, asume un carácter moralizante y pedagógico, considerando que sólo protegiendo dichos valores se hace posible la protección de bienes jurídicos. La pena, entonces, es un bien en sí mismo en tanto que su imposición crearía conciencia y permitiría internalizar y fortalecer tales valores. Es una teoría de sesgo comunitarista –lo principal es defender el todo social y su conjunto de valores- en detrimento del individualismo liberal, en la medida de que el individuo, para esta tesis, solo se realiza plenamente en la comunidad<sup>128</sup>.

La prevención general positiva entendida en términos de **integración**<sup>129</sup>, es defendida por autores como Achenbach y Roxin<sup>130</sup>. Postula Alcacer Guirao que “el fin de la pena es el de estabilizar la conciencia jurídica y la paz social, restituyendo el clima emocional alterado por el delito”<sup>131</sup>. Roxin argumenta que la pena adecuada a la culpabilidad, restituye el sentimiento jurídico de la sociedad en tanto la considera *justa*, satisfaciendo el deseo irracional de venganza por la vía institucional, por eso en esta tesis cobra fundamental importancia a los fines preventivos de integración el momento concreto de imposición de la pena y no tanto la amenaza previa de la norma<sup>132</sup>.

La última modulación –la pena satisface expectativas normativa- ha sido sistematizada por Günther Jakobs a partir del funcionalismo sistémico<sup>133</sup> y guarda, siguiendo a Alcácer Guirao, similitudes y diferencias respecto a las anteriores. Similitudes respecto del carácter funcional del Derecho penal y la pena y la idea de fondo de que la pena concreta tiene como misión proteger un *status quo*, en este caso la identidad normativa de la sociedad<sup>134</sup>. La diferencia radical estriba en la estricta separación entre Derecho y moral; vale decir, el

---

<sup>128</sup> Oposición entre “*individualismo y estatalismo ético*” (ALCACER GUIRADO, RAFAEL. “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política...” Pp.402). En igual sentido, FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón...* pp.274/275.

<sup>129</sup> La base metajurídica de esta tesis es la sociología de Durkheim, en el entendimiento de que las normas vigentes hacen a la cohesión social evitando su desintegración. La tesis opera en términos de psicología profunda aduciendo que el delito amenaza la cohesión social en cuanto “intranquiliza” y despierta instintos de agresión y venganza hacia el delincuente, por tal razón se acude al castigo como medio para conjurar esos efectos sociales perjudiciales (ALCACER GUIRAO, RAFAEL. Ob cit. Pp.409/419)

<sup>130</sup> *Passim* ROXIN, CLAUDIUS. *Derecho penal. Parte General. T.I...* Pp.95/103. Comentando el pensamiento de Roxin, argumenta Eduardo Crespo que siempre dentro del marco de la culpabilidad, la pena subsidiariamente es llamada frente a los ataques de bienes jurídicos esenciales para la salvaguardia del orden jurídico en la conciencia social, ejercitar aprendizaje y confianza en el derecho y pacificar a la sociedad (CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general...* Pp.136).

<sup>131</sup> ALCACER GUIRAO, RAFAEL. *Ibidem*, Pp.409.

<sup>132</sup> ALCACER GUIRAO, RAFAEL. *Ibidem*, pp.410/411

<sup>133</sup> Por esta vía el Derecho penal se acerca a la sociología, en particular a la teoría de los sistemas desarrollada por Luhmann quien comprende la sociedad como un sistema cuyos elementos se auto-organizan y estabilizan con independencia de los sujetos. El Derecho penal a través del instrumento culpabilidad-pena estabiliza las perturbaciones normativas generadas por el delito (JAKOBS, GÜNTHER. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. 1era. Edición, 1era. Reimp. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp.10/19)

<sup>134</sup> Textuales palabras de Jakobs: “*Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad*” (JAKOBS, GÜNTHER. *Ibidem*, pp.9)

Derecho penal es funcional a una configuración normativa<sup>135</sup> llamada a proteger independientemente de la moralidad subyacente en ella<sup>136</sup>. Acá no hay valores a reafirmar, sino tan solo se trata de garantizar patrones de conducta estandarizadas normativamente<sup>137</sup> o en palabras de Jakobs “expectativas normativas”. Queda claro, entonces, que desde esta perspectiva no se pretende la internalización de una moral dominante o de valores sociales, ahí la diferencia con las dos perspectivas anteriores<sup>138</sup>, sino de garantizar al ciudadano un mínimo de seguridad cognitiva<sup>139</sup> frente a los quebrantos normativos.

Descriptas muy someramente las tesis aludidas, el grave problema que entrañan en común anida en que se apoyan exclusivamente en el utilitarismo y por ello resultan incapaces de imponer límites materiales –garantías- al *ius puniendi*<sup>140</sup>. Si el fin que justifica la imposición de una pena es lograr la mayor efectividad en términos de integración, cohesión o estabilización de normas, cualquier intervención punitiva queda fundamentada si consigue ese objetivo, aún cuando ello no sea más que un postulado *a-priori* sin basamento empírico. Por ejemplo, ¿por qué no castigar a un sujeto declarado inimputable si ello garantiza los fines referidos? Y en nuestro caso, ¿por qué no castigar a prisión perpetua a un adolescente o imponerle penas privativas de la libertad, incluso en delitos leves que, sin embargo, debido a su repetición generan descontento social?, ¿por qué no acudir al Derecho penal en conductas

---

<sup>135</sup> “Por ejemplo, que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el Führer o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad. Existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal...” (JAKOBS, GÜNTHER. *Ibidem*, pp.14) En este ejemplo sarcástico de Jakobs se pone en evidencia que desde esta postura, el contenido moral o la razonabilidad de la norma llamada a proteger por el Derecho penal es indiferente.

<sup>136</sup> ALCACER GUIRAO, RAFAEL “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política...” Pp.419/440.

<sup>137</sup> En esa línea, se dice que las normas penales constituyen el aseguramiento contrafáctico de la vigencia fáctica de las normas, negando a través de la pena el delito en cuanto hecho contradictor del Derecho. Si este mecanismo motiva a unos pocos o a muchos a motivarse por las normas es un efecto secundario, pero no es el objetivo principal del sistema penal, (CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general...* pp.138/144) En palabras textuales de Jakobs: “Como es imposible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico” (JAKOBS, GÜNTHER. “Principio de culpabilidad...” Pp.1083)

<sup>138</sup> Vale agregar, otra vez, desde la perspectiva funcional el Derecho penal está llamado a garantizar normas con independencia de su contenido.

<sup>139</sup> Describe Alcacer Guirao: “...sólo el mantenimiento en la seguridad de las expectativas permite la orientación en los contactos sociales... El Derecho sirve así al fin de garantizar dicha seguridad de las expectativas... La norma institucionaliza esa expectativa, pero en esta concepción es la sanción la que se erige en mecanismo esencial de resolución del conflicto público que genera el quebrantamiento de la norma” (ALCACER GUIRAO, RAFAEL. *Ob cit.* Pp.424).

<sup>140</sup> Respecto a la tesis de Jakobs, reflexiona Mir Puig: “Así entendida, la prevención general positiva permite e incluso obliga a utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de los bienes jurídicos a través de la prevención general tradicional (como intimidación) ni de la prevención especial... En Jakobs... desaparecen los límites materiales que debía respetar la concepción tradicional de la retribución al vaciar al delito de contenido intrínseco y definirlo como función de la norma, cualquiera esta sea...” (MIR PUIG, SANTIAGO. “Función fundamentadora...” Pp.54) En particular, las versiones de Welzel y Roxin riñen con el principio de autodeterminación de la persona por la tendencia a imponer ciertos valores por vía del sistema punitivo. Feijoo Sánchez refiere al respecto que “Las necesidades a las que atiende la pena no pueden ser de psicología social o de la integración social como defendían las primeras versiones de la prevención general positiva todavía dominantes en la doctrina alemana, ya que ni el sistema jurídico ni sus operadores pueden gestionar el mundo de la psicología social” (FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO. “La estabilización normativa como fin de la norma: ¿puro teatro?”, en *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición. Ed. B de f, Madrid, 2017, pp.320)

transgresoras en edades muy tempranas?, ¿porqué no eliminar las alternativas al proceso penal o la pena si con ello se logran objetivos de prevención general? En definitiva, admitir estas críticas implica concluir que, la prevención general a secas, no ofrece límites a la intervención punitiva.

La causa de este defecto legitimador reside tanto para Mir Puig como Silva Sánchez<sup>141</sup> y Alcacer Guirao, en que las distintas versiones de la prevención general positiva repasadas, comparten entre sí que resuelven la antinomia *prevención vs garantías* disolviendo éstas últimas a favor de la pura prevención, por entender que toda pena que satisface el fin preventivo<sup>142</sup> ya es justa y funcional, esto es, se adecúa a la expectativa que la sociedad tiene para el Derecho penal y queda, por ende, legitimada. Sin embargo, nunca pueda ser verdaderamente *justa* una pena que aún, cubriendo necesidades de prevención general desplace, empero, las garantías que limitan la intervención punitiva a lo estrictamente necesario. Las tesis aludidas fracasan en ese aspecto en la medida que demandan siempre castigar -si no quieren ser incoherentes- para alcanzar el objetivo propuesto.

No obstante estas críticas, existen versiones de la prevención general positiva compatibles con el concepto de Derecho penal mínimo. Desde ya, cabe resaltar la distinción que hiciera Mir Puig<sup>143</sup> entre una perspectiva *fundamentadora*<sup>144</sup> y una perspectiva *limitadora*; es decir, una versión ampliatoria del Derecho penal y otra versión reductiva. Silva Sánchez, describiendo la función de fundamentación, asegura que la pena “no puede ni debe reducirse a la intimidación de autores potenciales... sino que, teniendo en cuenta además la relación del Derecho penal con los demás medios del control social, debe tratar de influir

---

<sup>141</sup> SILVA SANCHEZ, JESUS. *Aproximación al derecho penal contemporáneo...* Pp.373/378. Textualmente: “La prevención general positiva, pues, pese a su presentación como una doctrina superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional intimidatoria, se muestra en última instancia como una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redundando en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos. Dicha esfera, en efecto, se pretende conformar, de modo manifiestamente antiliberal, a fin de alcanzar una plena integración y estabilización social” (Ibidem, pp.380).

<sup>142</sup> Dice Carbonell Mateu que en la concepción de Jakobs “la norma se justifica por sí misma como instrumento de protección del sistema y la imposición de la pena como acto de devolución de la confianza de los ciudadanos en el mismo”, por ello, concluye que desde dicha óptica es quimérico limitar la extensión del Derecho penal” (CARBONELL MATEU, JUAN C. “Principio de libertad y bienes –jurídicos penales. Sobre la prohibición de prohibir”, en *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición. Ed. B de f, Madrid, 2017. Pp.269)

<sup>143</sup> Dijo Silva Sánchez respecto a la tesis de su maestro Mir Puig: “El punto de vista de Mir Puig permite recuperar convincentemente la vocación garantística inherente a muchas de las concepciones de la prevención general positiva, dándoles un adecuado cauce expresivo” (SILVA SANCHEZ, JESÚS M. Ob cit..384)

<sup>144</sup> En concreto, el autor citado ubica en esta tendencia fundamentadora a Welzel: “La misión más profunda del Derecho penal es, por el contrario, de una naturaleza ético social positiva” y también, “En concreto, la protección de la norma y de su función orientadora tendría lugar, según Jakobs, confirmando la confianza en la norma por parte de quienes confían en las normas” (MIR PUIG, SANTIAGO. “Función fundamentadora...” pp. 52/54)

positivamente sobre el arraigo social de las normas”<sup>145</sup>, ya sea por medio del refuerzo de los valores éticos-sociales, la conciencia jurídica o la estabilización de la norma defraudada.

En la función limitadora, por el contrario, se procura poner coto a la intimidación por medio del Derecho penal, armonizando la lógica preventiva con las garantías materiales. Se parte de la idea de que es razonable un empleo del Derecho penal en el marco de un Estado democrático, frente a las conductas que justamente niegan ese Estado democrático, según el consenso social canalizado en la Constitución<sup>146</sup>, pero no a cualquier precio, por ejemplo, lograr ese objetivo desconociendo las garantías penales individuales. En ese cometido, una versión limitada de la prevención general positiva intensifica el principio utilitarista de mínima intervención y resalta el valor de las garantías formales y materiales del Derecho penal como frenos a la instrumentación del Derecho penal.

Por su parte, Feijoo Sánchez acorrala más aún el planteo de Jakobs, mediante la idea de un giro comunicativo y material de la prevención general positiva. En ese sentido, explica que la función de estabilización de la pena, a lo Jakobs, hunde sus raíces en la vieja retribución kantiana –justicia abstracta- y propone a través de la pena una restauración meramente conceptual del Derecho lesionado, por tanto, justifica un puro Derecho penal simbólico sin justificar materialmente porqué ha de infligirse el mal de la pena<sup>147</sup>. En cambio, una idea superadora de esta clase de prevención general positiva, adopta una perspectiva comunicativa para la sociedad y la víctima frente al efecto dañoso del delito, con apoyo en datos concretos de la criminología y la sociología, partiendo del concepto de que *“lo que más desestabiliza la norma no es su infracción, sino la infracción continuada sin respuesta”*<sup>148</sup>; es decir, que la sociedad en su conjunto perciba que determinadas conductas formalmente prohibidas, no reciban la consecuencia jurídica prevista para ellas. Con este acto comunicativo, sin embargo,

---

<sup>145</sup> SILVA SANCHEZ, JESUS M. Ob cit. Pp.368

<sup>146</sup> Este consenso es del orden pragmático, ideal y performativo, no real en el sentido de que las percepciones sociales coincidan plenamente con el programa constitucional. De hecho, la percepción social sobre el tratamiento penal respecto del delincuente juvenil suele distar mucho del programa constitucional para un Derecho punitivo racional (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo...* pp.385; también ampliamente el giro pragmático del derecho en el pensamiento de Habermas (Vid. HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*. 6ta. Edición., Trad. Manuel Jiménez Redondo. Ed.Trotta, Madrid, 2010.)

<sup>147</sup> FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO. “La estabilización normativa como fin de la norma: ¿puro teatro?..” Pp.317. En la misma línea crítica afirma Corcoy Bidasolo que: *“La teoría de la afirmación de la vigencia de la norma como finalidad de la pena, fundamentando la legitimidad de ésta, aun cuando se sitúa en la prevención general positiva, nos conduce a la retribución porque, de no limitarse con contenidos materiales, finalmente las consecuencias son idénticas a las que se llegaría defendiendo una teoría retribucionista. Aun cuando se elimina la referencia expresa a “infligir un mal”, ello se sustituye por la idea de que respecto de cualquier norma que se infrinja hay que responde con una pena”* (CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. “Prevención limitada vs. Neo retribucionismo...”pp.287).

<sup>148</sup> FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO. Ob. cit. Pp.316. –Negritas a mi cargo-

advierte prudentemente Feijoo Sánchez, no es dable esperar una prevención directa del delito, sino “más bien ciertos efectos nocivos del delito para la sociedad y la vida en común”<sup>149</sup>.

Bajo esta perspectiva, entiendo que se deja de lado la ampulosa pretensión de seguridad de las versiones tradicionales de la prevención general positiva, sin basamento empírico, y se la sitúa en un rol más acorde a lo que cabe esperar de cualquier teoría social: *emitir ciertos significados*<sup>150</sup>. Tan sencillo como, frente a un acto criminal cometido por un adolescente punible, reafirmar a él, a su víctima y a la sociedad que el comportamiento imputado está pro

Pues bien, estas modulaciones más atenuadas de la prevención general positiva, aceptan y propician la función social de la pena en cuanto consideran que su imposición comunica a la sociedad la vigencia de la norma<sup>151</sup>, pero la supone delimitada por la proporcionalidad al hecho, a la vez que no excluye la resocialización entendida como ayuda – insoslayable- que se ha de prestar al delincuente en la medida de lo posible<sup>152</sup>. Es decir, trata de reafirmar los principios de humanidad, proporcionalidad y resocialización, a la par de la necesidad social de imponer un castigo frente a determinados hechos sumamente disvaliosos<sup>153</sup>.

En esta última idea, entiendo que reside la clave axiológica fundamental para justificar el castigo en el ámbito penal juvenil. Precisamente, frente a eventos típicos y antijurídicos que implican una grave negación o indiferencia hacia el núcleo duro de derechos humanos<sup>154</sup>, vale agregar, aquéllos hechos delictivos que horadan la confianza social con motivo de la violencia extrema desplegada y el estimado valor de los bienes jurídicos comprometidos, el empleo razonable de la pena deviene justificado en la medida de que las respuestas jurídicas menos intensas no alcanzan a contener la violencia generada por el injusto penal.

---

<sup>149</sup> FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO. Ob. cit. Pp.321

<sup>150</sup> La misma idea transmite Patricia Ziffer –y con simples palabras- cuando refiere: “Aun cuando ello no sea empíricamente comprobable, es razonable pensar que la pena, al tratar como reprochable la conducta criminal, transmite un mensaje a los ciudadanos, y de este modo, fomenta su tendencia a ser fieles al derecho” (Lineamientos...pp.89).

<sup>151</sup> Sin embargo, no cualquier norma sino aquellas que son frutos del consenso, es decir, del sujeto autónomo y autolegisferante (ALCACER GUIRAO, RAFAEL. “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política...” pp.441).

<sup>152</sup> MIR PUIG, SANTIAGO. “Función fundamentadora...” Pp.55.

<sup>153</sup> En términos parecidos dice Corcoy Bidasolo que “es esencial la finalidad de prevención a través de los principios del Derecho penal derivados de un Estado social y democrático de Derecho” refiriéndose a los principios de culpabilidad, lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad” (CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. “Prevención limitada vs. Neo retribucionismo...” Pp.295) La postura de la autora apunta al corazón de lo que se trata de exponer, es decir, que en virtud de la sola finalidad preventiva –sin consideración de límites como los principios aludidos- se justifica la intervención penal en conductas de escaso disvalor, con penas exageradas o relajando el principio de legalidad.

Es que, siguiendo a Paredes Castañón, un Estado democrático en una sociedad pluralista, no puede plantearse más objetivos legítimos en relación al bienestar de sus ciudadanos que la protección y promoción de los derechos fundamentales y la promoción de la autonomía personal<sup>155</sup> de cada individuo<sup>156</sup>. Acudir al castigo, en este contexto de ideas, responde a la idea de racionalidad *valorativa* –*Wertrationalität*–, en oposición a la racionalidad *teleológica* –*Zweckrationalität*– propia del *utilitarismo*<sup>157</sup> y la idea de efectividad a cualquier precio. Es decir, se prioriza la idea de perseguir determinados fines sin violentar determinados valores frente a las lesiones de las normas fundamentales que hacen al consenso intersubjetivo o mejor dicho a la deontología –deber ser– de los derechos fundamentales: los derechos humanos<sup>158</sup>.

En suma, la línea de autores señalados, (Mir Puig, Silva Sánchez, Alcacer Guirao y Feijoo Sánchez) con mayor o menor cercanía en sus respectivas posiciones, realizan los principales aportes para sostener razonablemente la prevención general en su faz positiva en el ámbito penal juvenil, desde una perspectiva limitada y por ello compatible con las garantías penales –generales y especiales– que protegen al adolescente infractor<sup>159</sup>.

Aún más, como se ha argumentado, esta concepción no impide que funcionen los mecanismos atenuantes propios de la prevención especial que, inclusive, en los casos concretos permiten fijar la pena por debajo de lo exigido desde la prevención general cuando razones preventivo-especiales lo contraindiquen<sup>160</sup>.

---

<sup>155</sup> PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ M. “El principio del interés del menor en Derecho penal...” Pp.174/175.

<sup>156</sup> Con esta idea se deslegítima, por lo tanto, cualquier pretensión de moralizar o normalizar a los adolescentes –sujetos autónomos– desde el Estado y mucho menos a través del Derecho pena.

<sup>157</sup> Los criterios de legitimación de la pena y sus fines pueden adquirir dos orientaciones: “instrumental” o “valorativo” (racionalidad instrumental o valorativa en términos de Max Weber). La primera de ellas responde a un Derecho penal orientado a las consecuencias (“teleologismo”), es decir, se justifica el mal de la pena como medio para obtener determinados bienes sociales superiores al mal irrogado, por tanto, descansa netamente en el principio utilitarista y la justificación se revalida solo con *eficacia*, pues si se demuestra que el fin social no se alcanzó –no fue eficaz– el medio empleado debe ser descartado. El resultado es la clave (Vid. ALCACER GUIRAO, RAFAEL. “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política...” pp.378/389). La legitimación valorativa, por el contrario viene a corregir a la instrumental cuando los medios propuestos no satisfacen un mínimo estándar ético (“deontologismo”), por ejemplo, imponer penas sin respetar las garantías. Ergo, la pena no se sólo se justifica por criterios teleológicos sino también por exigencias ético-políticas (Ibídem Pp.390/392). Mientras que la prevención general positiva entendida a lo Welzel o Jakobs responde a la racionalidad teleológica, la prevención general positiva limitada, entendida a lo Mir Puig, es una expresión de la racionalidad valorativa. Ambos criterios de legitimación son complementarios según Alcácer Guirao: “*Lo razonable es, entonces, que la justificación y actuación del Derecho penal venga determinada por una ponderación de ambas formas de racionalidad*” (Ibídem, Pp.392).

<sup>158</sup> Reflexiona Mir Puig afirmando que el concepto de prevención general positiva será oportuno si logra integrar la pura prevención con los principios de legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización, limitándose recíprocamente (MIR PUIG, SANTIAGO. “Función fundamentadora...” pp.58)

<sup>159</sup> Esta fórmula suena elegante pero no es sencilla, Jakobs explica el dilema latente entre un Derecho penal que, limitado por la culpabilidad, devenga disfuncional y por ello, ilegítimo, y un Derecho penal que sea funcional pero sin respetar la culpabilidad, por ello también ilegítimo (JAKOBS, GÜNTHER. “Principio de culpabilidad...” pp.1052).

<sup>160</sup> En ello, siguiendo expresamente la concepción de Roxin cuando reconoce prelación a la prevención especial en caso de conflicto con la general porque, “*la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivos generales de la*

## 2) La prevención general positiva y el *corpus iuris internacional*

De todo lo dicho, en relación a la prevención general positiva, como justificativo de la pena impuesta a un adolescente, creo factible conectar el postulado deontológico planteado desde una dimensión no positivizada que versaría así: “la pena juvenil debe satisfacer un fin preventivo general positivo”, con otro postulado deontológico desde la dimensión del deber ser positivizado.

En ese propósito, cabe recordar que a lo largo del capítulo anterior se ha tratado de explicar con insistencia que un Derecho penal de adolescentes moderno, convencional, trabaja sobre el concepto de *responsabilidad*<sup>161</sup> en torno al cual giran la totalidad de los institutos que comprenden el sistema penal juvenil. Retomando ese aspecto capital del Derecho penal juvenil, es dable sostener entonces que, frente a determinados hechos delictivos, la forma más cabal de procurar que el adolescente infractor<sup>162</sup> asuma una función constructiva en la sociedad (Art.40 C.D.N.), sea recibiendo una consecuencia jurídica proporcional al injusto cometido y el grado de su culpabilidad. En algunos casos, esa consecuencia jurídica se traduce en una *pena*.

Por otro lado, este concepto de proporcionalidad relativa al delito y a la situación del adolescente infractor, encuentra respaldo en el Art.40 inc. 4º de la C.D.N. y en la Regla nº17 de Beijing analizada en el apartado 2.b de este capítulo. Se traza una polisémica relación de proporcionalidad basada en el hecho, las necesidades del menor y las necesidades sociales. Esto sería una translúcida expresión de cualquier sujeto racional que, desde una perspectiva del participante, juzgue razonable que no todos los tipos de conductas delictivas reciban idéntico tratamiento. Y, al revés, ese sujeto racional también juzgaría que no sería razonable

---

*pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivogeneral*” (ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. TI...*pp.97) Más radical resulta Eduardo Demetrio Crespo quien se inclina por la prevención especial en el ámbito de la individualización judicial de la pena, encontrando –a su juicio- la prevención general obstáculos de triple orden: dogmáticos –violación del principio de la doble valoración de los elementos del tipo y por su contradicción sistemática-, constitucional –violación de la igualdad y dignidad y el derecho a resocialización- y criminológico –ausencia de pruebas empíricas sobre la eficacia de la agravación de penas- (CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general...*pp.13).

<sup>161</sup> Sostiene Cruz Márquez: “... es fácil identificar a la defensa y la pacificación de la sociedad, que no desea renunciar a exigir responsabilidad penal al menor infractor, como fundamento último de este sistema...” Y más adelante, agrega: “En definitiva, la finalidad preventivo-general del derecho penal de menores encuentra su fundamento en la necesidad social de exigir responsabilidad penal al menor que infringe la norma, pese a disponer de la capacidad de actuar conforme a ella” (CRUZ MARQUEZ, BEATRIZ. “Presupuesto de la responsabilidad penal...” pp.246/247)

<sup>162</sup> Paredes Castañón habla de construir un modelo que “es, al tiempo, imaginario, ideal y normativo” porque no es posible siempre “saber cuál puede ser la evolución del menor tras su paso por el sistema penal”. Es ideal porque no puede atender “a todas las peculiaridades de cada menor delincuente” y normativo porque toma posturas necesariamente morales y políticas (PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ M. “El principio del interés del menor en Derecho penal...” pp. 167) Con lo cual, todo lo dicho hasta ahora constituyen postulados normativos que deben, en cada caso concreto, complementarse, corregirse o adecuarse.-

abordar de la misma manera un Robo y un Homicidio, o un Abuso Sexual simple y un Abuso Sexual con acceso carnal, por citar algunos ejemplos.

En atención, por tanto, a las figuras delictivas merecedoras de un reproche jurídico penal capaz de fundamentar una privación de la libertad o una sanción afín, la misma Regla n°17 ofrece una pauta fundamental cuando prevé que:

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

Por lo tanto, el conjunto de estas disposiciones reúnen los elementos normativos fundamentales de la intervención punitiva del Estado hacia un adolescente: respuesta proporcional al delito, teniendo presente las necesidades del menor y de la sociedad y los factores distintivos de gravedad del hecho basados en la violencia.

Si bien, ha de afirmarse enfáticamente que el baremo del juicio de proporcionalidad no puede ser analogado al de un adulto, frente al mismo injusto, ello no autoriza a perder de vista que la verdadera construcción de un ciudadano con responsabilidad intersubjetiva, en las modernas sociedades democráticas, implica que cada ciudadano salde frente a la sociedad el pacto<sup>163</sup> de los derechos humanos quebrantado por el delito atribuido -a título personal- a su esfera de competencias<sup>164</sup> –juicio normativo de culpabilidad-. Y hasta ahora, en esta sociedad de seres imperfectos que vivimos, el *pacto societatis* defraudado por ciertas conductas altamente disvaliosas, se vuelve a restablecer con el cumplimiento de un mal llamado pena, según también el consenso intersubjetivo.

Vale reiterar una vez más que justamente, desde el paradigma de la responsabilidad, un adolescente es sujeto de derecho pleno y no menor incapaz; por lo tanto, no puede sustraerse del marco de convivencia democrática afianzado por normas iusfundamentales. La libertad del *cytoyen* tiene como contrapartida el deber de respeto a la legalidad bajo apercibimiento de castigo. Es el sinalagma más elemental desde la teoría del contrato social.

---

<sup>163</sup> El pacto, en el marco del contractualismo, expresa el consenso formal que en palabras de Nino “*puede lograrse a partir de algunas intuiciones compartidas acerca de la persona y la sociedad, como un esquema voluntario de cooperación entre individuos libres e iguales, y puede ser alcanzado aun si las partes difieren en los puntos de vistas morales desde los cuales parten*” (NINO, CARLOS S. *Ética y derechos humanos...* pp.153). En este sentido, se puede alcanzar un consenso general de que un adolescente puede ser responsabilizado penalmente por determinadas conductas, pero que a diferencia de los adultos, en virtud de su condición de niño, merece un reproche menor, una respuesta punitiva distinta y se lo debe proteger con mayores garantías.

<sup>164</sup> ALCACER GUIRAO, RAFAEL. “Prevención y garantías: conflicto y síntesis...” pp.172.

Pues bien, apropiándome de este bagaje conceptual y normativo analizado, me encuentro en condiciones de proponer que, en principio, habrá necesidad de imposición a un adolescente de una pena privativa de la libertad u otro tipo de pena entendida en términos de un “mal”, cuando el injusto culpable cometido horade gravemente los derechos humanos<sup>165</sup>, con el objeto de comunicar a la sociedad que ese tipo de perturbaciones “no debió ser ni deberá ser”, en tanto y en cuanto, ese objetivo no pueda ser afirmado a través de un método jurídico de carácter compositivo distinto a la pena.

De este modo, entiendo que la pena juvenil –cualquiera sea que prevea el legislador– nunca podrá fundarse legítimamente en razones de prevención especial, menos en un puro retribucionismo sin utilidad individual o social alguna, y tampoco en razones de prevención general basadas en conceptos moralizantes, de pretensa cohesión o de mera estabilización formal del Derecho. Lo “positivo” de la prevención general, según lo aquí entendido, es la reafirmación a la sociedad y la víctima que los derechos humanos continúan vigentes a pesar del delito. Y el adolescente, tras el paso por la sanción, es el garante de esa reafirmación.

### 3) La prevención general positiva y el proceso penal juvenil

Si el razonamiento es correcto, en el sentido de que las fuentes normativas y doctrinarias más modernas autorizan fundamentar la imposición de una pena a un adolescente en razones de prevención general positiva desde una perspectiva limitada<sup>166</sup>, queda claro que esta teoría adquiere operatividad práctica en una primera instancia procesal cuando el operador jurídico decide impulsar la acción penal y eventualmente enjuiciar a un adolescente. Y luego, fundamentalmente, cuando se decide adjudicar una pena concreta.

Por tanto, el ejercicio de la acción penal se funda en la prevención general positiva desplazando o atenuando el principio preventivo-especial. En el primero de estos juicios, decisión de intervención penal, cobra protagonismo el fiscal en un modelo de enjuiciamiento acusatorio, o el juez de instrucción, si se trata de un sistema mixto. Mientras que en la etapa de determinación de la pena, si bien el fiscal también ha de promover un juicio razonado de

---

<sup>165</sup> Como dice Schünemann: “No es la lesión formal del Derecho sino la necesidad de proteger al máximo los bienes más importantes delicados e imprescindibles del individuo en su existencia social, lo que puede justificar la utilización de un medio tan lesivo, en cierto modo venenoso, como lo es el Derecho penal” (SCHÜNEMANN, BERND. “¿Puede ser justa una pena?...” pp.394)

<sup>166</sup> Ello, a los efectos de prevenir los peligros que esta tesis conlleva respecto a la posibilidad de un Derecho Penal máximo, ilimitado, de penas altas e intervenciones punitivas desproporcionadas con tal de alcanzar el objetivo propuesto. Las versiones de la prevención general positiva basadas en la idea de integración, cohesión o estabilización conllevan este riesgo y en virtud de ello, no pueden trasladarse al ámbito del Derecho penal juvenil porque implicarían una instrumentalización indebida del adolescente a los fines pedagógicos y moralizantes de la sociedad en general y, peor aún, justificarían en hipótesis una instrumentalización *sin límites* (ALCACER GUIRAO, RAFAEL. “Los fines del derecho penal...”pp.512)

petición de pena en una instancia de alegatos, es el juez el principal protagonista cuando decide y argumenta la condena en el acto sentencial.

Baste por ahora lo dicho hasta aquí, el análisis sistemático del conjunto de condiciones y factores –normativos y empíricos- que sostienen las fines preventivo-general y preventivo especial en orden a la heurística del acto sentencial, es el tema central del próximo y último capítulo.

## **TERCERA PARTE**

### **Los fines del Derecho penal juvenil en la norma de sanción individual**

#### **Capítulo VI**

##### **Breve referencia a la sentencia como construcción argumentativa**

###### **a) Introducción**

En el capítulo primero se ha enmarcado el Derecho penal juvenil en el paradigma constitucional de la responsabilidad<sup>1</sup>, con las consecuencias teóricas y prácticas que conlleva en términos de reorientación teleológica del sistema punitivo juvenil y la transformación de la estructura de la justicia penal para adolescentes. En el capítulo anterior, se profundizaron precisamente los fines que inspiran y orientan el Derecho penal juvenil desde la órbita constitucional y el Derecho penal contemporáneo de corte preventivo.

Resta, por último, explorar cómo juegan los fines del Derecho penal juvenil en el momento de la construcción de la sentencia condenatoria o absolutoria. Esta demarcación deja afuera el análisis jurídico de los adolescentes imputados no-punibles y a los imputados punibles que son sustraídos del proceso penal formal, a través de la aplicación de los institutos de la justicia restaurativa o las salidas alternativas al proceso de base preventivo especial.

A partir de esta delimitación<sup>2</sup>, entramos en el núcleo del objeto de la investigación, es decir, cómo conciliar en la resolución judicial adjudicativa de una consecuencia jurídico-penal, los fines preventivos generales y especiales de la pena juvenil sin caer en contradicciones lógicas y axiológicas, alcanzando una síntesis prudencial y si, en verdad, es posible semejante concordancia.

###### **b) El concepto de sentencia y los criterios de necesidad**

Especificado, de ese modo, el marco de indagación en este último capítulo, corresponde, en primer término, aclarar que se parte de un concepto de sentencia como un

---

<sup>1</sup>Conforme el *corpus iuris internacional*, extensamente desarrollado. Las normas nucleares: Arts.3º, 37 y 40 de la C.D.N. y Regla n°17 de Beijing.

<sup>2</sup> Asimismo, no se abordan tópicos relativos a la ejecución de la pena privativa de libertad en sí como la extinción anticipada de la pena, la sustitución de la pena de encierro carcelario por prisión domiciliaria o incorporación anticipada al régimen de semi-libertad, detención nocturna o de fin de semana, entre otros institutos propios del régimen progresivo de la pena.

juicio prudencial<sup>3</sup>, compuesto de cadenas argumentales, esencialmente aporético, focalizado en las circunstancias peculiares del adolescente y del hecho imputado mediante múltiples juicios de ponderación<sup>4</sup>. En este tópico convergen los aportes contemporáneos de las teorías de la argumentación y la hermenéutica jurídica<sup>5</sup> que se apartan críticamente del método lógico-deductivo –silogismo judicial-, propio del positivismo decimonónico y, también, del modelo discrecional del positivismo hartiano<sup>6</sup>. Sendos enfoques de la decisión jurisdiccional, no resultan acordes con la exigencia constitucional de justificación racional de las sentencias como actos de gobiernos<sup>7</sup>.

En esta concepción del acto jurídico sentencial, el juez especializado en el ámbito del Derecho penal juvenil deberá responder dos interrogantes que se siguen en un orden de prelación lógica: *juicio de necesidad de pena y juicio de cuantificación de pena*. Pretendo resaltar que el juzgador no puede ingresar al proceso de cuantificación de pena, sin antes fundamentar *porqué hay necesidad de ella*. En este trabajo, hemos interpretado el enunciado legal “necesidad” en clave de prevención.

---

<sup>3</sup>La prudencia (*phronesis*) o saber prudencial es propio de los juicios sobre las cosas que pueden ser o no ser, circunstanciado y en miras a la *praxis*, a diferencia de la ciencia (*episteme*) que recae sobre cosas necesarias, que no pueden ser de otro modo, universales y en miras a la teoría. En otras palabras, al juicio prudencial es propio de la ética (ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. 1era. Edición., 4ta. Reimp. Trad. José Luis Calvo Martínez. Ed. Alianza, Madrid, 2005, Libro VI, 1139a-1141b.) También, *passim* MASSINI, CARLOS I. *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. 1era. Ed., Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1982.

<sup>4</sup> Esta concepción del acto jurídico sentencial implica una cierta imprevisibilidad de las decisiones judiciales. Si el fundamento de las resoluciones dependen más de las particularidades del caso que de criterios estándares, es imposible una pretensión de afianzar en forma rígida criterios homogéneos y constantes de decisión. Ferrajoli sostiene que es propio de “la comprensión equitativa” del juez reconocer los diversos elementos de los hechos igualmente denotados por la ley, lo cual se traduce en una determinación judicial de la penal diferente (FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón...* Pp. 403/404).

<sup>5</sup> La hermenéutica filosófica, traslada al ámbito jurídico, se centra en el momento aplicativo del Derecho, enfatizando que la labor del juez –intérprete-, en la búsqueda de la solución del caso, empalma las peculiaridades de objeto litigioso con la tradición que le precede, sus puntos de vistas y sus prejuicios (*passim*, SERNA, PEDRO. *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Cap. III. Ed. Porrúa, Méjico D.C., 2006)

<sup>6</sup> Cabe aclarar que en el siglo XIX con el auge de la codificación y la concepción del juez atado a la ley como expresión soberana del pueblo-legislador, se concibió el acto sentencial como una mera aplicación mecánica de la ley al caso sin mediar interpretación adicional. Se suponía que la ley era siempre clara y omnicompreensiva de la totalidad de los casos justiciables y el juez era un mero “fonógrafo” de su voluntad (Teoría del silogismo judicial). Ahora bien, ante la evidente debilidad de esta tesis, varios autores en el Siglo XX, sobre todo, en el ámbito de las llamadas “zonas grises” o “zonas de penumbras” (ver: HART, HERBERT, *El concepto de Derecho...*; KELSEN, HHANS. *Teoría pura del derecho...*) donde la solución legal no es clara, se limitaron a expresar que el juez resuelve el caso discrecionalmente. Esto se conoce en metodología jurídica como escepticismo gnoseológico, en el cual la determinación de la pena era un ejemplo más que elocuente: entre el mínimo y el máximo la elección es un acto privativo del juez y su íntima convicción.

<sup>7</sup> Sostiene Robert Alexy, en su libro fundamental sobre argumentación jurídica: “*La cuestión de qué sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar sólo a los teóricos del Derecho o a los filósofos del Derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico, e interesa al ciudadano que participa en las cosas públicas. De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la Jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales*”. (ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación jurídica...* pp.19)

A tenor de los fines preventivos, general y especial, antinómicos entre sí y orientativos de *jure* el Derecho penal juvenil, considero pues que la justificación de la pena<sup>8</sup>, referente al “sí o no” ha de ser castigado el adolescente por la comisión comprobada de un injusto culpable –y por el cual resulta responsable- se acentúa en la prevención general positiva, en su versión limitada y comunicativa, directamente relacionada con el grado perturbación social del injusto penal en la medida de evitar el “escándalo social que implicaría la impunidad de los autores”<sup>9</sup>.

Varias son las razones que inclinarían el juicio de necesidad o innecesidad de pena hacia los fines preventivo generales, pues si en el ámbito de la sindéresis jurisdiccional regirían solamente razones de prevención especial, habría que concluir que no hay necesidad de pena frente a ilícitos de enorme gravedad en el cual se verifica, a la postre, la realización de un tratamiento tutelar satisfactorio<sup>10</sup>. Sería suficiente, por tanto, para exonerar de pena, la constatación de una conducta post delictual del adolescente-autor que alcanzó los objetivos propuestos al inicio del abordaje tuitivo. Y en los casos de la comisión de un delito de gravedad intermedia o leve, habría que postular la necesidad de pena si se comprueba, por el contrario, que el desarrollo del tratamiento tutelar resultó insatisfactorio, ineficaz y, en definitiva, se lo juzga fracasado.

La contradicción dikelógica emerge a la vista, en el primer caso hay un ilícito grave sin respuesta penal y en el segundo, un ilícito intermedio o leve que recibe, en cambio, una pena.

Sin embargo, como se tratará de demostrar, tampoco es justo que el juicio de necesidad de pena dependa exclusivamente de criterios preventivos-generales porque, en las constelaciones de delitos intermedios o leves, el buen comportamiento post-delictual del adolescente tiene la potencialidad de eliminar la necesidad de pena.

Como fuere, todas estas hipótesis ponen de relieve la disfuncionalidad del sistema punitivo juvenil, frente a la víctima y el orden social, si el juicio de “necesidad” de pena se inclinare unilateralmente, ora hacia la prevención especial, ora hacia de la prevención general.

---

<sup>8</sup> A lo largo del segundo capítulo se intentó una justificación utilitarista del Derecho penal juvenil, utilitarismo limitado por el garantismo. Según Carlos Nino, “el principio de que la pena debe ser un medio racional de proteger a la sociedad contra males mayores” tiene sustrato normativo (NINO, CARLOS S. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. 1era. Edición. Ed. Astrea, Bs. As.1980. Pp.269).

<sup>9</sup> CURY URZÚA, ENRIQUE. “La prevención especial como límite...” Pp.687.

<sup>10</sup> Esta es, sin embargo, la postura tradicional de la jurisprudencia y la doctrina argentina: sujetar la necesidad o la absolució de pena al fracaso o éxito del tratamiento tutelar, sin asignar relevancia alguna al delito. Por ejemplo, Carlos Parma afirma: “Es natural que si el tratamiento tutelar es el adecuado y cumplió efectos positivos, la absolució sea el camino y no haya imposición de pena posible” (cfr.: PARMA, CARLOS. *Derecho penal de menores...* Pp.39)

Postulo, en consecuencia, una especie de articulación por la cual este juicio es, como regla, independiente del comportamiento post-delictual del adolescente infractor y se centraliza en la necesidad social del castigo y, excepcionalmente, en ciertos casos, el comportamiento post-delictual del adolescente –como otros factores- sí serán dirimientes para justificar que no existe necesidad de reacción punitiva cuando la sanción no guarda proporción<sup>11</sup> entre el delito cometido y la evolución posterior del adolescente.

Acto seguido, en un segundo nivel de decisión, *i.e.*, en la instancia de individualizar judicialmente la pena aplicable al sujeto infractor, adquiere relevancia la prevención especial positiva y, como contrapartida, la prevención general servirá –muy excepcionalmente- para imponer límites a la misma. En este sentido, las razones preventivo-especiales limitan la cantidad de pena incluso por debajo de lo exigido por la culpabilidad o lo aconsejable desde la prevención general, cuando la pena acorde a ella implicaría un incumplimiento del mandato constitucional de la pena privativa de la libertad por el tiempo más breve posible. Por ahora, son suficientes estas referencias.

Cabe agregar que, en principio, este esquema de razonamiento de juicios desdoblados, se colige de la estructura normativa del actual Régimen Penal de la minoridad vigente que regula las condiciones sustanciales para imponer un castigo a un adolescente acusado de cometer un ilícito penal<sup>12</sup>.

Mi propósito no es, sin embargo, solamente realizar un análisis de *lege lata*, porque la valoración de la necesidad de pena es transversal al Derecho penal contemporáneo, razón por la cual busco perfilar un modelo de sentencia que se oriente sobre criterios de necesidad y que sea independiente de la ley de fondo vigente en la medida de que, propongo de *lege ferenda* la continuidad de la estructura bifásica del actual proceso penal juvenil en una eventual reforma de la ley de responsabilidad penal juvenil<sup>13</sup> desde razones dogmáticas y político-criminales.-

---

<sup>11</sup> El concepto de *proporcionalidad* en la determinación de la pena, una vez abandonado el modelo retribucionista, se aleja de la proporción exigida entre hecho incriminado y conminación penal en abstracto para la determinación legal de la pena, y se acerca a la proporción relativa a las circunstancias particulares del sujeto y a los fines preventivos de la pena.

<sup>12</sup> Recordemos que la norma de fondo subordina el debate en torno a la imposición de una pena a la observancia de tres requisitos: “1°) *Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales, 2°) Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad, 3°) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad*” (Art.4° Dec-Ley n°22.278)

<sup>13</sup> Así pues, el último Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (<https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/01/anteproyecto-ley-de-responsabilidad-penal-juvenil.pdf>), no regula el desdoblamiento del plenario entre un interlocutorio sobre el hecho y un interlocutorio sobre la pena, pero nada obsta que los Códigos procesales incorporen este instituto como sucede ya en Entre Ríos con el Código Procesal Penal del año 2007, Ley n°9754, reformado por Ley n°10317 y sobre todo la Ley Procesal Penal Juvenil de la Provincia (Ley n°9861 B.O. 02/11/2016), dado que la cesura es un instituto de naturaleza procesal.

## Capítulo VII

### La etapa previa a la sentencia integrativa

#### a) Introducción

La pregunta que ha de formularse, previo a la elaboración de un modelo de sentencia, es la siguiente: ¿cómo se llega a esta instancia judicial en la cual un juez debe decidir si adjudica o no una pena a un sujeto que cometió un ilícito penal siendo adolescente? La respuesta engloba varias hipótesis de conformidad a las posibilidades que autoriza el derecho vigente. De acuerdo a ello, el joven debe alcanzar la edad de 18 años y este requisito legal es unívoco, no admite discusión. Además de la mayoría de edad, se requiere una sentencia firme que haya decretado la responsabilidad penal del adolescente, por uno o varios hechos tipificados en el catálogo de delitos y respecto de los cuales resulta punible. Esta sentencia puede resultar de un debate oral, o bien, de la instrumentación de un juicio abreviado en el cual, el adolescente, admite la existencia del hecho imputado y confiesa la autoría o participación<sup>14</sup>, a cambio de una expectativa de pena inferior<sup>15</sup> en el marco de la lógica de la negociación del tracto abreviado.

En segundo término, el juez que dicta la sentencia declarativa de responsabilidad, debe diseñar el abordaje tutelar previsto en el Art.4° inc.3° del Decreto-Ley n°22278 que va a constituir el objeto de valoración principal en la etapa de integración. El “resultado del tratamiento tutelar”, referido en la norma no es sino, el reflejo de la evolución de la conducta post-delictual del adolescente declarado infractor.

Respecto a este “tratamiento tutelar” de un año mínimo de duración, se plantean los siguientes dilemas, por ejemplo, ¿desde cuándo debe computarse? y ¿cuándo debe tenerse por concluido? Y por último, ¿qué significa e implica, en concreto, el “tratamiento tutelar”?

---

<sup>14</sup> Para una jurisprudencia mayoritaria y la práctica forense cotidiana, el juicio abreviado es válido y utilizado por los Tribunales, en tanto y en cuanto solo se declare la responsabilidad penal y en cuanto la necesidad de pena se observen las pautas del Art.4° del Dec-Ley n°22.278, esto es, se garantice la cesura de juicio y el tratamiento tutelar (TERRAGNI, MARTINIANO. *Proceso penal juvenil. Práctica y jurisprudencia*. 1era. Edición, 1era. Reimp. Ed. La Ley, Bs. As., 2018 Pp.329/351)

<sup>15</sup> La ley procesal penal juvenil de Entre Ríos prevé el juicio abreviado y lo concilia con la cesura de juicio, en tanto ordena que en el acuerdo se declare la responsabilidad y se fije un tope de pena máximo que funcionará como límite de garantía al momento de discutir la necesidad de sanción (Art.121 Ley n°9861, según Ley n°10450 B.O.03/11/2016) El juez en la audiencia integrativa la integración no podrá nunca sobrepasar esa pena máxima si decide condenar.

## **b) Cesura de juicio y tratamiento tutelar**

### **1) El inicio del tratamiento tutelar**

La ley de fondo no ofrece una pauta objetiva para determinar cuándo se debe computar el inicio del abordaje tuitivo a los fines de determinar el año mínimo legal de duración. Esta omisión, no es una arbitrariedad del legislador originario sino que es coherente con la ideología de la tutela que inspira el régimen normativo, puesto que en el marco del viejo paradigma, a partir de la imputación del *factum*, el joven ya podía ser declarado en situación “irregular” y por tanto ser sometido al patronato del Estado.

Sin embargo, desde el paradigma de la responsabilidad cualquier abordaje tutelar, desde la fecha de comisión del hecho o del día en que el adolescente es imputado e, incluso, hasta que la sentencia declarativa de responsabilidad adquiera firmeza, devendría -en principio<sup>16</sup>- ilegítimo dado que rige la garantía constitucional del estado de inocencia<sup>17</sup>.

Ahondando en este aspecto, si por tratamiento tutelar se entiende, en general y en una definición meramente preliminar, la diagramación judicial de una serie de restricciones a la libertad o conjunto de actividades con mayor o menor contenido resocializador y pedagógico y con cierto grado de coercitividad, admitir su imposición sin una sentencia declarativa de responsabilidad penal, implicaría el avasallamiento del ámbito de autodeterminación de un ciudadano que el Estado de Derecho tiene la obligación de considerar inocente hasta que se determine su culpabilidad.

Propicio, a la luz de lo anterior, que el tratamiento tutelar se instituya a partir de que la sentencia declarativa de responsabilidad quede firme, dado que recién allí ya no rige el principio de inocencia. Es decir, una vez determinado que existió un hecho contrario a la ley penal, el adolescente está llamado a responder, en principio, con un programa de prueba – V.gr. tratamiento tutelar- y eventualmente con una pena.

No obstante, este marco ideal se enfrenta con una limitación no menos importante. La experiencia forense cotidiana es conteste en demostrar que, en la mayoría de los casos, en función de la demora de los procesos penales, se arriba a una resolución definitiva cuando el adolescente ya alcanzó la mayoría de edad, máxime con la reforma del Código Civil mediante

---

<sup>16</sup> La práctica cotidiana indica todo lo contrario, el abordaje con fines tutelares se inicia con la mera imputación del hecho, máxime cuando en virtud de dicha imputación el adolescente es privado de la libertad mediante una internamiento.

<sup>17</sup> Art.18 C. N.. Art.8 inc. 2° C.A.D.H.; Art. 14 inc. 2° PIDCP; Art.40 inc.bI, C.D.N.

Ley n°26.579 que dispuso la plena capacidad de hecho a los 18 años<sup>18</sup>. Y aquí resurge el dilema de aplicar o un abordaje tuitivo a quien ya alcanzó la mayoría de edad. Este obstáculo, se conecta necesariamente con la controversia sobre el cese del tratamiento tutelar.

## 2) El cese del tratamiento tutelar

Concomitante al problema de inicio del abordaje tutelar, también se presenta la dificultad de determinar cuándo ha de tenerse por concluido este instituto. En afán de arrojar luz a este extremo, entiendo necesario establecer algunas precisiones. En primer lugar, el cese de las facultades tutelares a la mayoría de edad ordenado en el Art.3° *in fine*<sup>19</sup> del Dec-Ley n°22278 se refiere a la facultad de "disposición" judicial del menor sujeto al Patronato del Estado de la Ley n°10903, ya derogada por la Ley n°26061 en el año 2005. Está claro, entonces, que no habrá posibilidad de ordenar medidas de protección con posterioridad a los 18 años del sujeto por ningún juez de ninguna competencia<sup>20</sup>.

En el modelo tutelar, el Art.3° del Dec-Ley n°22278 cobraba sentido con la exigencia de un año mínimo de dispensa del tratamiento tutelar previsto en el Art.4° inc.3°, pues se insertaba en un contexto normativo donde la mayoría de edad se alcanzaba recién a los 21 años<sup>21</sup> y "ese año" de tratamiento podía completarse holgadamente incluso después de los 18, dado que el justiciable revestía el estatus jurídico de menor incapaz hasta los 21 años. Ahora bien, ¿cómo corresponde interpretar y aplicar actualmente el cese de facultades de disposición del Art.3°, en el ámbito específicamente penal, si la mayoría de edad se alcanza a los 18 años?

Debo advertir, a tenor de la pregunta formulada, que la modificación de la Ley n°26579 otorgando la plena capacidad a los 18 años, no ha mensurado el profundo impacto generado en el régimen penal juvenil. En efecto, la reforma civil produjo un desequilibrio irracional por cuanto, si se aplica literalmente la disposición civil junto a ley penal, la mayoría de los adolescentes punibles imputados no podrían nunca completar el año mínimo de tratamiento tutelar (piénsese en un adolescente que comete un delito grave a los 17 años y 11 meses de edad, o que la investigación penal se inicia cuando el joven ya cumplió los 18 años).

<sup>18</sup> Ratificada en el nuevo Código Civil según Ley n°27.994 (Art.25)

<sup>19</sup> ARTÍCULO 3° -(...) 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 (Ley n°22.278).-

<sup>20</sup> De hecho, un juez penal ya ni siquiera puede adoptar las facultades de "disposición" del menor del Art.3° incluso con menores de 18 años (Art.80 2° párrafo Ley n°9861, según Ley n°10450) imputados de un delito.-

<sup>21</sup> En efecto, Daniela Vetere conecta la disposición previsional del Art.3° con los supuestos de procedencia establecidos en los Arts. 1° y 2° de la norma: estado de abandono del menor, falta de asistencia y problemas de conducta. Remarca que ningún supuesto tiene que ver con el delito imputado –dado que respondía a la lógica del Patronato ya derogado-. Por lo que, en puridad, corresponde interpretar –*in bonam partem*– que el cese de pleno derecho es en relación a tales facultades de amplia disposición, por demás virtualmente derogadas desde la desaparición del patronato (VETERE, DANIELA. *Fijación de la pena en el Derecho penal juvenil*, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. T 24. 1era. Edición. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2018. Pp.175/176)

La doctrina, a tenor de este problema, ha visualizado dos líneas jurisprudenciales: "...a) aquellas que consideran que la modificación de la mayoría de edad no puede afectar o derogar las disposiciones del Régimen Penal de la Minoridad, por cuanto se trata de una legislación especial que vela por la protección del interés superior del niño; b) aquellas que entienden que el dispositivo contemplado en el art.4, inc.3, no puede ser aplicado, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad y aplicar en forma directa la normativa internacional"<sup>22</sup>.

La Corte Suprema, por su parte, se ha pronunciado en el sentido de que en virtud del principio de especialidad el régimen penal juvenil, en particular las disposiciones del Art.4°, han de ser observadas aún cuando el imputado haya alcanzado la mayoría de edad por imperio de la Ley n°26.579, en la medida de que es la fecha del hecho imputado la que fija la ley aplicable y no el momento del juzgamiento acerca de la necesidad de imponer una pena<sup>23</sup>. En ese sentido, si la mayoría de edad cancela la aplicación del régimen penal juvenil, las pautas del Art.4° quedarían inoperantes en cualquier caso.

Frente a la diatriba postulada, considero que lo más razonable es tomar el denominado tratamiento tutelar como una **garantía especial** y exclusiva del adolescente punible, en razón de que limita la pretensión punitiva del Estado para eventualmente condenar, hasta tanto no se verifique su acabado cumplimiento por el mínimo de un año. Desde esta interpretación, no cabe sino concluir que impedir o clausurar de pleno derecho la garantía del tratamiento tutelar a los 18 años y, por consiguiente, avanzar hacia la integración de la sentencia, significa violentar el principio de aplicación de la ley penal más benigna.

Por otro lado, si el tratamiento tutelar es una "garantía" adicional del adolescente, en tanto garantía puede ser renunciada por su destinatario si así lo manifiesta, de la misma manera como el adolescente puede renunciar a la garantía del juicio oral cuando suscribe un acuerdo de juicio abreviado.

De todas maneras, frente a estos problemas hermenéuticos que devengaron con la modificación de la mayoría de edad civil de las personas y la vigencia de un régimen penal de

---

<sup>22</sup> CRIVELLI, ANIBAL. *Derecho penal juvenil*...pp.315.

<sup>23</sup> En el fallo "RUIZ, BRIAN s/Homicidio en ocasión de robo –causa n°42.886/9- (23/08/16) por vía de recurso extraordinario federal la Corte Suprema revocó una sentencia del Superior Tribunal de Corrientes que había rechazado un recurso contra una sentencia de un Tribunal Oral n°1 -de adultos- que condenó a un joven por el delito de Homicidio en ocasión de robo a la pena de 6 años y 8 meses de prisión en la misma sentencia que lo declaró responsable; es decir, sin respetar la cesura de juicio y la especialidad, por cuanto debió remitir el caso al juez específico para integrar la sentencia a los efectos de decidir acerca de la necesidad de pena. El fundamento del Tribunal era que contando el imputado con 20 años de edad, por tanto adulto según la Ley n°26579, ya no era aplicable la Ley n°22.278. La Corte Suprema remarcó que el Tribunal no estaba habilitado a imponer pena porque no era el Tribunal de la especialidad, con el adicional de que en el caso el Ministerio Público *no había solicitado pena*. La circunstancia azarosa de que el primer trámite de la causa –declaración de responsabilidad- sobrevenga después de los 18 años no autoriza a sustraer a quien fuera menor de edad al momento del hecho de la aplicación de un régimen penal especial.

la minoridad caduco, no cabe otra alternativa que, a través de una heurística razonable, se propongan soluciones *ad-hoc*, caso por caso, que sigan en cuanto sea factible una serie de lineamientos o estándares, a saber:

- Programar, en la medida de lo posible, el año de tratamiento tutelar a partir de la sentencia declarativa de responsabilidad y no antes porque rige el principio de inocencia.
- En los casos que la regla anterior no pueda observarse, se ha de tener por computado el *inicio* del tratamiento tutelar desde la fecha en que efectivamente el organismo de protección, con contralor judicial, comenzó el abordaje del adolescente imputado (generalmente ello se da cuando el joven es imputado del delito).
- En cualquier supuesto, en virtud del principio de autonomía progresiva, se debe reconocer la potestad del adolescente declarado responsable con sentencia firme de decidir en un doble sentido. Esto es, que pueda optar que se le respete el período de prueba previo a la integración de sentencia aún cuando haya alcanzado la mayoría de edad; o bien, que pueda renunciar a esta garantía y solicite avanzar hacia la sentencia integrativa *sin dispensa* de ese período de prueba.
- Si el hecho acaeció cuando el imputado era menor de edad, pero la imputación penal se produce cuando el adolescente ya alcanzó la mayoría de edad, se debe suplir el tratamiento tutelar, mediante un amplio informe de situación previsto en el Art.8° del Decreto Ley n°22.278<sup>24</sup> que ilustre acerca sobre las condiciones subjetivas previas y actuales del adolescente.
- En cualquier caso, se debe garantizar la cesura de juicio, es decir, el desdoblamiento del contradictorio, como expresión más cabal del principio de especialidad en la materia y de protección especial del niño frente al aparato punitivo del Estado. Este desdoblamiento –cesura- no requiere que entre los dos juicios se dispense el instituto del tratamiento tutelar, pues como se dijo, el adolescente puede renunciar a recibir el abordaje.

---

<sup>24</sup> Comentan al respecto Damián Muñoz y Maía Plotno: "... la ley 22278 prevé en su art.8° una solución para esos casos en los que el proceso penal se iniciase o reanudase cuando el imputado hubiera alcanzado la mayoría de edad. De lo que se desprende que el régimen penal juvenil, y por ende, todo el conjunto de principios, derechos y garantías específicas previstas en el andamiaje jurídico de la infancia y adolescencia, no pierden operatividad en esos supuestos". (MUÑOZ, DAMIÁN-PLOTNO, MAIA. "Régimen penal juvenil y sistema acusatorio", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. T 22., 1era. Edición. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2017, Pp.216)

### 3) La defensa del modelo “bifásico” de juicio

Establecidas estas directrices y en particular retomando esta última, mi postura es que el modelo de juicio bifásico ha de mantenerse en cualquier reforma legislativa. En ese sentido, lo criticable de la ley vigente no es el instituto de la cesura en sí, sino la imposición taxativa de que sea por un año como mínimo, con todas las complicaciones que ese plazo conlleva. Por tal razón, estimo de *lege ferenda* que el plazo debería ser determinado por las partes de común acuerdo o por el juez, de acuerdo a la situación del adolescente implicado, es decir, dependiendo del caso.

El objetivo primordial de la cesura, no es otro que desplegar un abordaje para posibilitar una desconstrucción de la culpabilidad inicial en clave de derechos humanos y garantizar así, el mandato convencional de resocialización o al menos de no desocialización. Por ello, en esta etapa se ha de trabajar el concepto de responsabilidad subjetiva<sup>25</sup> traído desde el saber interdisciplinar, en función de la defraudación normativa.

### 4) El concepto de “tratamiento tutelar” en clave convencional

El segundo tópico relevante es la definición de lo que debe entenderse por “tratamiento tutelar” en cuanto su contenido material<sup>26</sup>. Es decir, ¿qué ha de implicar en concreto el tratamiento tutelar? En la medida de que se responda esta pregunta, se puede delimitar el objeto de valoración en el juicio de necesidad de pena.

Resulta claro que, desde un posicionamiento afín al modelo de la tutela, el contenido de este tratamiento tiene que ver con la remoción de las condiciones de vulnerabilidad, una suerte de ayuda social del Estado desde el ámbito jurídico-penal<sup>27</sup>: sacar al niño de la

---

<sup>25</sup> Sostiene Diego Baca Paunero, en relación al trabajo del equipo técnico, que: “*el perito en su intervención intentará visibilizar la singularidad de la situación que experimenta cada joven no para la disolución de su responsabilidad sino para contribuir en el reconocimiento y fortalecimiento de las posibilidades reales que tiene para responder... En síntesis, la especialidad... radica en la identificación y el abordaje de las posibilidades y obstáculos que el joven tiene para desarrollar un proyecto de vida del cual pueda darse cuenta y dar cuenta (carácter personal e intersubjetivo de la responsabilidad) acorde a la legalidad vigente.*” (BACA PAUNERO, DIEGO. “Espacios que nacen. La posibilidad de lo instituyente. Reflexiones sobre el cuerpo técnico auxiliar en el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil”, en *Responsabilidad penal juvenil. Garantías procesales penales*. 1era. Edición. Editorial La Rocca, Bs As. 2010.Pp.74)

<sup>26</sup> “... la norma no indica claramente cuál es su contenido, sino que se limita a prescribir que tendrá por finalidad procurar la adecuada formación de la persona menor de edad mediante su protección integral y que para ello se pueden ordenar medidas que se crean convenientes... En la práctica, el “tratamiento tutelar” generalmente ha sido la privación de la libertad de las personas menores de dieciocho años de edad en centros de régimen cerrado” (VETERE, DANIELA. “Fijación de la pena...” pp.176)

<sup>27</sup> Por ejemplo, en el libro de Parma, de reciente factura, persiste esta mirada tutelar de un proceso penal, en cuanto distingue el abordaje del adolescente que está internado del que no lo está. Para el primero, el contenido del tratamiento son los informes que reflejan la historia de vida, el comportamiento institucionalizado y los hábitos adquiridos durante la internación. En el segundo caso, se juzga si se escolarizó, si está contenido por la familia, si practicó deportes –sic-, si observó las citaciones judiciales; si consumió sustancias tóxicas, en suma si presenta o no “comportamientos positivos” (PARMA, CARLOS. *Derecho penal de menores...* pp.61/63).

situación de calle, proveer alimento, vestimenta y aseo personal; reparar y restituir el pleno goce de los derechos básicos como acceso a la salud, educación formal o informal o adquirir documento nacional de identidad; excluir provisoria o definitivamente la responsabilidad parental de los progenitores y alejarlo, en suma, de los factores criminógenos. En este sentido, las disposiciones de los Arts.1° y 2° del Dec-Ley n°22.278 y el Art.3° y el tratamiento fijado en el Art.4° del mismo cuerpo legal, son plenamente coherentes entre sí.

No es cuestión de repetir aquí los conceptos trazados en el primer capítulo, cabe recordar solamente que el tipo ideal de “menor pobre y sin recursos”, era el principal destinatario del régimen penal minoril. Esto se corrobora con el análisis de las prácticas forenses y administrativas, la forma en que se confeccionaban los dispositivos institucionales de intervención (hogares de alojamiento) y los perfiles de los profesionales seleccionados para el sistema (asistentes sociales, médicos psiquiatras y psicólogos). A ello, se sumaba el diagnóstico de vulnerabilidad como presupuesto de la intervención penal-tutelar que, en el caso de los adolescentes punibles, alcanzaba el grado máximo desde la imputación del hecho hasta la mayoría de edad -21 años-.

En conclusión, el resultado del tratamiento tutelar, bajo la lógica de la “situación irregular”, incide en el juicio de necesidad de pena, justificando la absolución<sup>28</sup>, cuando en la audiencia integrativa se comprobare que el joven tras el tránsito de la intervención, ha podido superar las condiciones vulnerabilidad inicial. El éxito o fracaso de dicho tratamiento se resume, por tanto, en si el aparato estatal “salvó” y “corrigió” al niño de la “senda criminógena” hacia la cual se precipitaba si el Estado benefactor no intervenía a tiempo.

Sin embargo, como se sostuvo enfáticamente en el primer capítulo, el Derecho penal juvenil no está destinado para la ayuda social sino para comprobar la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad penal que le cabe al adolescente. En consecuencia, desde este concepto fundamental de *responsabilidad*, constituyen medidas en clave convencional todas aquellas que se vinculan con la entidad del ilícito cometido en vistas a la internalización de la

---

<sup>28</sup> En Entre Ríos, un fallo casatorio que imperó muchos años en esta materia, estableció este criterio con claridad meridiana: “Tal como lo ha sostenido esta Sala N° 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia, para imponer una pena a una persona que al momento del ilícito haya sido menor de edad se exige “...una particular tarea de evaluación racional de los antecedentes, desarrollo, cumplimiento y resultados del tratamiento tutelar y una consecuente fundada determinación de su fracaso, de la inutilidad de una eventual prórroga... y de la necesidad, en la especie, de aplicar una sanción penal...” (in re “DIAZ”, Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala n°1 de Procedimientos Constitucionales y Penal, 16/08/2000, subrayado a mi cargo). La pena es consecuencia del fracaso del tratamiento tutelar, no del hecho atribuido. Por su parte, el citado autor Parma define: “La absolución del menor, generalmente cuando el joven ha cumplido en forma favorable con las pautas del tratamiento tutelar. La aplicación de una pena, por haber llevado a cabo un tratamiento tutelar desfavorable.” (PARMA, CARLOS. *Derecho penal de menores...* pp.59/60).

norma defraudada, el reconocimiento de la normatividad que atraviesa y hace posible la convivencia social y, en definitiva, asociadas con la reparación del daño material y simbólico ocasionado –a la víctima y a la sociedad- por el comportamiento infractor.

Por ejemplo, si el delito tiene que ver con Lesiones gravísimas culposas u Homicidio culposo en accidente de tránsito, una aconsejable instrucción judicial es la realización de un curso de tránsito, la prohibición de conducir o la reparación del daño causado en la medida sus posibilidades.-

Dicho ello, en síntesis, el llamado “tratamiento tutelar”, puede caracterizarse como un programa de pautas establecidas judicialmente, dirigidas hacia el adolescente responsable de un ilícito penal, con el objetivo de posibilitar de que éste asuma una función constructiva en la sociedad<sup>29</sup>; asumiendo que una función constructiva solo es posible allí donde hay reconocimiento de la *otredad* ligada a la *norma vinculante*. Ello, en orden a eliminar el juicio de necesidad de pena o, si esto no es posible en función de las particularidades del delito cometido y criterios de prevención general, se pueda justificar razonablemente la morigeración de la pena a imponer, a través de una sanción fijada dentro de escalas punitivas más benignas.

Visto así, “tratamiento tutelar” es solo una expresión nominal cuyo significado ya es diametralmente otro y bien puede ser llamado “instrucciones judiciales”<sup>30</sup> o “reglas de prueba” asimilables a la *Diversion* norteamericana o *Probation* local.

Encuadrando este plan individualizado en un proceso acusatorio<sup>31</sup>, las pautas van a ser la derivación razonada de una instancia contradictoria donde, acusación y defensa, discuten y requieren determinadas medidas conforme su teoría del caso. Incluso, están facultados a producir pruebas tendientes a acreditar la razonabilidad de las pautas que ofrecen. El juez resuelve siempre asesorado de un Equipo Técnico Interdisciplinario que, a través de psicodiagnósticos e informes socio-ambientales, permiten ilustrar la situación personal, familiar y social del adolescente, ya no para detectar condiciones de vulnerabilidad -a erradicar por la vía del tutelaje- sino, para fijar pautas de conducta que procuren la

---

<sup>29</sup> (Art.40 C.D.N.)

<sup>30</sup> Por ejemplo, el Proyecto de Ley de Responsabilidad Juvenil presentado en el Congreso de la Nación, define en el Art.62 un “Plan individualizado” que deberá “contemplar aspectos sociales, educativos, recreativos y de salud, así como también, de corresponder, un plan de abordaje restaurativo”.

<sup>31</sup> Estos conceptos, entiendo, son trasladables a cualquier reforma del Régimen penal juvenil y desaparición del denominado tratamiento tutelar, porque serán el fundamento de cualquier medida –no privativa de la libertad- que se impongan como consecuencia de un delito.

internalización de la norma penal defraudada y con ello, generar procesos dinámicos de asunción de responsabilidad.

La situación ideal es que el propio adolescente intervenga activamente en el proceso de selección de las pautas que van a ser objeto de valoración; sin embargo, en un sistema respetuoso de la autonomía personal, ello no puede exigirse sin consentimiento y, asimismo, el contenido del tratamiento no puede imponerse con carácter coercitivo, en primer lugar, porque *no constituyen penas ni medidas de seguridad*<sup>32</sup> sino cabales expresiones del paradigma restaurativo, del principio de protección especial de la niñez en el Derecho penal y de la prevención especial en clave resocializadora que reconoce el libre arbitrio del ciudadano.

Desde esta perspectiva, lejos de concebirse como una instancia de castigo anticipado, al contrario, el tratamiento se erige como instancia *previa* a la sanción penal para precisamente evitarla o atenuarla; tiene, por tanto, un carácter propositivo, pedagógico y no punitivo.

Ahora bien, si el tratamiento no puede ser coercitivo, cabe formular una pregunta esencial: ¿qué sucede si el adolescente se rehúsa a participar activamente del abordaje diseñado? La respuesta se revela desentrañando la naturaleza jurídica de este instituto. En esa línea, entiendo que el tratamiento tutelar constituye por un lado, una *obligación*<sup>33</sup> para el Estado que tiene el deber de, no sólo observar el requisito del abordaje como condición para discutir la punibilidad, sino también de proveer los recursos humanos y materiales para su acabado desarrollo; por otro lado, desde la óptica del adolescente sometido a proceso penal, es un *derecho y garantía*. Como señalamos más arriba, entiendo que el adolescente punible tiene el derecho a exigir que se le respete la dispensa del abordaje tutelar aun habiendo alcanzado la

---

<sup>32</sup> Un precedente clave en ese sentido es el fallo “FAMOSO, Elizabeth y otro” (17/03/2004) de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I: “*Son inconstitucionales los arts. 2º y 3º de la ley 22.278 –mod., por ley 22.803- “Régimen penal de la Minoridad” y del art. 412, segundo párrafo, del CPPN, en cuanto otorgan la facultad al juez de disponer provisionalmente de la persona menor de 18 años imputada de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad superior a dos años, toda vez que entra en colisión con disposiciones constitucionales y de los pactos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Carta Magna en virtud de su art.75 inc. 22 que consagran el derecho al debido proceso y el principio de inocencia, puesto que exigen que la imposición de una pena se encuentre precedida por una sentencia de condena*”.-

<sup>33</sup> El Estado está obligado a sostener el acompañamiento de un joven en conflicto con la ley penal proveyendo recursos humanos y materiales; obligación que no alcanza a los adultos, bajo el amparo de esta “idea de corresponsabilidad social”, es decir, como explica Silva Sánchez: “... a mi entender el fundamento último de la existencia de una legislación penal de menores más suave que la común se halla en la idea de que la responsabilidad individual por el delito cometido por el joven se ve matizada por una cierta corresponsabilidad social” (SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da. Edición. Ed. Civitas, Madrid, 2001.Pp.60)

mayoría de edad. Sin embargo, a la hora de valorar el “resultado del tratamiento tutelar” como predica la norma de fondo, ¿cómo puede valorarse “negativamente” el libre rechazo al tratamiento tutelar si se postula como no coercitivo, es decir, si no constituye una obligación a observar por el adolescente al momento de su diseño? En vistas a ofrecer una respuesta, considero útil el concepto de *carga procesal*, traído desde el Derecho privado, para una valoración retrospectiva del tratamiento en la instancia de integración de sentencia.

Acuñado por James Goldschmidt<sup>34</sup>, el concepto de carga refiere a los “imperativos del propio interés”, a diferencia de las obligaciones que importan imperativos en beneficio de otro. Define Couture que la carga –procesal- es la “situación jurídica en que se hallan los litigantes en el proceso, cuando la ley o el juez requieren de ellos una determinada conducta de realización facultativa, dándoles por consiguiente la opción de omitirla o realizarla, trayendo la omisión aparejado un gravamen y constituyendo la realización un imperativo de su propio interés”<sup>35</sup>.

Así pues, el célebre procesalista uruguayo, cita como ejemplo las cargas de comparecer, contestar, probar o notificarse, en cuanto que el incumplimiento de estos actos no da pie a una sanción propiamente dicha sino que implica el gravamen de no obtener un fin previsto en la norma<sup>36</sup> –V.gr., el incumplimiento de la carga de contestar la demanda en tiempo y forma, no genera una sanción en perjuicio del demandado sino la pérdida de un interés propio como la posibilidad de contradecir al actor, ya que la contestación en tiempo y forma es condición para trabar la litis.

Este concepto no es del todo ajeno al Derecho Penal y tiene importantes implicancias en materia de error de prohibición y las reglas para su determinación, en lo que la doctrina alemana denomina “*Obliegenheit*”. A grandes rasgos, se considera que el error de prohibición no puede ser alegado en el llamado Derecho penal nuclear, en cambio puede ser invocado en el denominado Derecho penal especial o accesorio<sup>37</sup> en el cual las normas que establecen prohibiciones y mandatos muchas veces resultan inaccesibles al lego. En estos casos, la

---

<sup>34</sup> PEYRANO, JORGE W-CHIAPPINI, JULIO O. “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en *Cargas probatorias dinámicas*. 1era. Edición. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008. Pp.13/18.

<sup>35</sup> COUTURE, EDUARDO J. *Vocabulario jurídico*. 4ta Edición, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa. Ed. B de f, Bs. As., 2013. Pp.147.

<sup>36</sup> Ilustra Inés Lépori White en referencia a la carga de la prueba en cuanto entidad jurídica distinta de la obligación, “en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante”, y en ese sentido explica que “*la no observancia de esta conducta no conduce a una sanción jurídica, sino sólo a una sanción económica, y precisamente la no obtención de aquel fin conducirá, por tanto, a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado*”. Y, por último, especificando la diferencia con la obligación refiere que ésta se caracteriza por el “*vínculo impuesto a la voluntad del obligado por un interés ajeno; vínculo cuya violación importa una ilicitud, en cuanto es violación de un mandado que no deja al obligado libertad de elección*” (LÉPORI WHITE, INÉS. “Cargas probatorias dinámicas”, en *Cargas probatorias dinámicas*. 1era. Edición. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008. Pp.48/49.

<sup>37</sup> Por ejemplo, las actividades altamente reguladas como los tributos, la seguridad social o el medio ambiente.

doctrina alemana ha elaborado la tesis de la “infracción del deber de informarse”, en virtud de la cual cuando un sujeto se encuentre en un estado de duda acerca de la existencia y/o alcance de una prohibición o mandato, tiene el deber –*die Obliegenheit*- de informarse al respecto<sup>38</sup> de manera tal que si no le hace, es legítimo atribuirle conocimiento *eventual* de la antijuricidad y por ende declararlo culpable. De ese modo, en lo que interesa aquí, es el uso del concepto de *carga* también ligado a un imperativo que recae en la propia competencia para evitar o posibilitar efectos jurídicos sobre el propio sujeto interesado.

Por consiguiente, si se concibe que el tratamiento tutelar –además de una obligación para el Estado y un derecho del adolescente-, constituye una *carga*, se puede concluir que, si el adolescente pretende acceder a una posición jurídica más beneficiosa en términos de determinación judicial de su sanción, tiene la *carga* de responder a la propuesta del abordaje y si no lo hace, no comete una ilicitud, sino que pierde un beneficio en su propio interés como contar con un factor atenuante más -y a veces, excluyente- de la sanción jurídico-penal. Esto no significa que la inobservancia del tratamiento implique, automáticamente, la imposición de una pena o una sanción más agravada; reitero, solamente implica la pérdida de una posición jurídica más favorable.

Así pues, estoy en condiciones de adelantar que el “resultado del tratamiento tutelar” es el factor más relevante en el ámbito de la cuantificación judicial de la pena, en la medida que expresa cabalmente las razones de prevención especial para limitar el *quantum* punitivo; mientras que, en el juicio de necesidad de pena, es un factor que habrá de balancearse con la magnitud del injusto penal cometido y sólo tendrá potencial excluyente de la punibilidad en ciertas constelaciones típicas donde la necesidad de prevención general es inferior o cede ante el enfoque preventivo especial positivo y limitador de la intervención penal.

A guisa de ejemplo, se subsumen en este rubro, los delitos contra la propiedad o los delitos contra la integridad sexual menos lesivos como el Abuso sexual simple o el Estupro, vale decir, delitos cuyas conminaciones penales en abstracto, son marcadamente inferiores respecto a la de los tipos penales enunciados más arriba.

---

<sup>38</sup> Dice Frister: “*Quien quiere saber si su actuar es conforme a Derecho no puede preguntarle sólo a su conciencia, sino que tiene que informarse sobre la situación jurídica. En sustancia, esto lo reconoce también la jurisprudencia, al exigir del autor que emplee todas sus facultades mentales cognitivas y elimine las eventuales dudas que le aparezcan mediante la reflexión o, en caso necesario recabando un consejo*” (FRISTER, HELMUT. *Manual de Derecho penal...* Sección 19-III-1-7)

## **Capítulo VIII**

### **La construcción de la norma de sanción individual**

#### **a) Enunciación de los pasos ponderativos**

En este último apartado se pretende volcar la totalidad de los conceptos desarrollados en capítulos precedentes, en un intento de guía práctica o bitácora de viaje para la construcción de una sentencia concreta.

En ese cometido, la sentencia penal juvenil se deberá estructurar sobre la argumentación escalonada de los siguientes tópicos:

- Verificación de los requisitos que habilitan la cuestión sancionatoria.
- Juicio de necesidad de pena.
- Juicio de cuantificación del castigo y modo de ejecución.

#### **b) Verificación de los requisitos que habilitan la cuestión sancionatoria**

La constatación del cumplimiento de los tres requisitos que impone la ley de fondo para decidir la sanción el Derecho penal para adolescentes, es prioritaria en orden lógico. Si el adolescente no cumplió los 18 años de edad o no ha sido declarado responsable de un delito mediante una sentencia firme, mal se puede realizar la audiencia integrativa. Hasta aquí la ley no genera mayores problemas.

El requisito que, empero, requiere de un especial esfuerzo argumentativo es la verificación del cumplimiento del “tratamiento tutelar”. En este presupuesto el juez debe determinar la duración del abordaje, fijando fecha de inicio, fecha de cese y contenido, con todas las implicancias señaladas en este capítulo, en los acápites precedentes.

Por consiguiente, la sentencia deberá expresar en qué consistió el abordaje, delimitar objetivos propuestos, trazar un *iter* cronológico; valorar cómo fue el desempeño de los profesionales intervinientes, cuántos informes se acreditan en la causa y cómo fue la respuesta del adolescente. Asimismo, si la duración del seguimiento tuitivo fue inferior a un año – exigido por ley-, es preciso argumentar por qué cesó antes; por ejemplo, se alcanzó mayoría edad o se renunció en forma voluntaria o se fijó un plazo inferior de común acuerdo.

Dos razones interpelan para precisar con la mayor exactitud posible, la duración efectiva del abordaje dispensado. La primera, a los efectos de evitar un agravio casatorio por

inobservancia de la ley vigente<sup>39</sup> y la segunda, porque ya no existe la posibilidad de prorrogar, como antes, el tratamiento tutelar hasta la mayoría de edad, dado que el joven a los 18 años ya alcanzó esa mayoría.

Vale recordar, una de las alternativas más utilizadas en el viejo paradigma, era posponer *sine die* la cuestión sancionatoria, prorrogando sucesivamente el plazo tutelar, hasta la espera de que los objetivos del abordaje se cumplieren, objetivos que, en la mayoría de los casos no se alcanzaban y el joven a los 21 años, cesaba la intervención y era absorbido por el derecho penal común. Hoy, después de los 18 años solo es factible, en mi opinión, la continuidad del abordaje cuyo inicio se dio antes de alcanzar la mayoría de edad y en tanto y en cuanto el adolescente implicado manifieste su voluntad de concluirlo.

De cualquier modo, el Juez de la especialidad debe acreditar en la sentencia que se ha garantizado la cesura de juicio y que el adolescente, en suma, contó en su haber, con un lapso suficiente para contrarrestar la culpabilidad decretada en la sentencia declarativa de responsabilidad; ya sea que en ese segmento temporal fue acompañado por el órgano administrativo de protección, o por el equipo técnico interdisciplinario que auxilia la justicia, o bien, tomó iniciativas de *motu proprio*. Entiendo que solo así se garantiza la especialidad de este subsistema punitivo.

### **c) El juicio de necesidad de pena**

#### **1) El injusto culpable, sustrato de la necesidad de pena**

Una vez verificados los requisitos que habilitan la discusión en torno a la necesidad de imponer una pena a un adolescente, en primer término el juez especializado, debe enfocarse en las pretensiones de acusación pública y/o privada –querella-. El requerimiento de pena, fija el tope máximo de sanción a imponer y si se pide la absolución, corresponde exonerar de aplicación de pena conforme inveterada doctrina de la C.S.J.N.<sup>40</sup>.

Cabe resaltar, por otro lado, que el juicio de necesidad de pena no es graduable como el juicio de cuantificación del castigo, sino que se trata de una decisión al estilo de los juicios *tertium non datur*. Habrá necesidad o no de imponer un castigo.

---

<sup>39</sup> Recordemos el caso “RUIZ, BRIAN s/Homicidio en ocasión de robo –causa n°42.886/9- (23/08/16) en el cual la Corte nacional anuló una sentencia de Corrientes por inobservancia del régimen penal de la minoridad, en un caso donde un adulto fue condenado sin cesura de juicio pese haber cometido el delito en condición de menor.

<sup>40</sup> C.S.J.N. *In re* “Tarifeño” Fallos 325:2019

En esa línea, el juez especializado tiene que justificar si la imposición de una pena es necesaria en el caso, toda vez que el Derecho penal preventivo –como el aquí asumido– retirala *culpabilidad* como fundamento de la pena y no acepta la retribución como fin del castigo<sup>41</sup>, sin perjuicio de mantener su función de límite en el sentido de que la pena nunca puede rebasar la culpabilidad del autor. Esta idea que es discutida en el ámbito del Derecho penal común, entiendo que no admite oposición en el ámbito penal adolescente. El injusto culpable del adolescente, constituye una condición necesaria pero no suficiente para la asignación de la pena; lo sustancial se centra en la *necesidad* de imponer un castigo desde la óptica exclusivamente preventiva.

En esa senda, de acuerdo a lo ya argumentado, en el ámbito del juicio de necesidad de pena prevalecen los criterios preventivos-generales. Se postula, pues, que ante ciertos hechos se debe comunicar institucionalmente la reafirmación de que el ilícito culpable "no debió ser y no deberá ser". Esta pauta tiene en cuenta principalmente el injusto culpable y el bien jurídico comprometido como bases de la decisión<sup>42</sup>.

La norma de fondo, es cierto, además del hecho punible, establece tres criterios más para fundar ese juicio de necesidad: antecedentes del menor, resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez. Cada criterio abre, por su cuenta, problemas de interpretación y de complementación, en el sentido de que es preciso delinear el peso específico de cada uno e integrarlos con los demás.

Por tal razón, entiendo que en la expresión “modalidad del hecho” se subsumen todas aquellas referencias objetivas y subjetivas del ilícito culpable<sup>43</sup>. Es dable precisar, sin embargo, que la C.S.J.N ha sido ambigua en ese sentido porque en el *leading case* “Maldonado” dijo que la modalidad del hecho “en modo alguno puede ser equiparado a gravedad del hecho o a peligrosidad”<sup>44</sup>. No obstante ello, barrunto que si no pudiera valorarse esta expresión bajo un criterio gradual de gravedad vinculada al injusto penal, la referencia acuñada en la norma deviene superflua e inaplicable, pues qué sentido tendría valorar “la

---

<sup>41</sup> CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general...* pp.331/338, tomando como referencia el pensamiento de Roxin. En la misma línea, ZIFFER, PATRICIA. *Lineamientos...* pp.69/93.

<sup>42</sup> Enseña Terragni: “La importancia, menor o mayor, del bien jurídico atacado y de la manera en que el agente lo hace – además de la entidad del reproche- debe reflejarse en la pena” (TERRAGNI, MARCO A. *Proporcionalidad...* pp.123)

<sup>43</sup> “En este aspecto es en donde rigen los principios liberales de acto, lesividad y culpabilidad” (BELOFF, MARY-FREEDMAN, DIEGO-KIERZSENBAUM, MARIANO-TERRAGNI, MARTINIANO.”La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de resocialización...” pp.3578).

<sup>44</sup> Considerando 22.

modalidad del hecho” cometido por el adolescente si no se puede ponderar su gravedad y solo se debe enfocar el resultado del tratamiento tutelar.

Considero, entonces, que el juicio de necesidad de pena debe partir del hecho contrario a la norma, es decir, *¿qué hizo* el adolescente en virtud de lo cual ahora construimos un juicio de reproche? Y esta pregunta, no puede dissociarse de la función social que tiene la pena desde la perspectiva de la prevención general positiva. Esto deriva directamente de una tradición liberal del Derecho penal de acto<sup>45</sup> y no de autor. Ahora bien, esto no implica soslayar del todo la relevancia del resultado del tratamiento tutelar en clave convencional, pues ello implicaría una incorrecta hermenéutica de la norma<sup>46</sup>, habida cuenta que el artículo 4° ordena una valoración conglobada y armónica de los cuatros parámetros aludidos, sin fijar preferencias. De manera tal que no es justificable apreciar o depreciar uno u otro parámetro de forma antojadiza y arbitraria.

Es decir, el juicio de necesidad de pena demanda un delicado equilibrio ponderativo entre, principalmente, la *modalidad del hecho* y el *resultado del tratamiento tutelar*. O, en otras palabras, entre el grado de ilicitud del injusto culpable y la conducta post-delictual del adolescente.

Formuladas estas aclaraciones y retomando el hilo argumental, en el baremo **“modalidad del hecho”**, ingresan todas aquellas valoraciones de los aspectos que hacen al injusto culpable, sobre todo, el hecho-objeto de la imputación y se enlazan íntimamente con el juicio de necesidad de sanción. Con esto, no hago otra cosa que conectar el desarrollo de un Derecho penal juvenil integrado a un Derecho penal en sentido fuerte y el concepto de responsabilidad, el cual exige que en ciertos casos el joven deba responder con una pena privativa de la libertad.

Se debe claramente acentuar, en este aspecto, que una vez emitido el juicio de necesidad de pena en el caso, luego se podrá discutir la escala punitiva, el monto de la pena, la forma de ejecución –prisión efectiva o ejecución condicional-; el modo del cómputo de la pena, pero quedará decretado simbólicamente, como un auténtico juicio de *deber ser*, que el sistema tiene la obligación de contestar el acto infractor con una respuesta punitiva.

---

<sup>45</sup> Es importante tomar la teoría de la prevención general positiva en su versión limitada por los principios democráticos – Capítulo II- porque las otras modulaciones de dicha tesis carecen de capacidad reductora del *ius puniendi*.

<sup>46</sup> Damián Muñoz explica que el interés superior del niño en materia penal funciona como barrera de la intervención fundada solamente en la idea de retribución (MUÑOZ, DAMIAN. “La suspensión del proceso a prueba para jóvenes en conflicto con la ley penal. Entre el paradigma integral y las limitaciones de <<Kosuta>>”, en *Jurisprudencia Penal de la C.S.J.N.* T.2. 1era. Edición, Reimp 2011. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007. Pp.106)

En este razonamiento, emerge ineludible delimitar cuáles hechos punibles justifican la necesidad de imponer una sanción y, en ese cometido, resulta útil prestar atención a la intencionalidad del legislador plasmada en la disposición de los tipos penales, en función de los bienes jurídicos involucrados, principalmente la vida, la integridad física y la libertad<sup>47</sup>.

A mayor profundidad, el conjunto de tipos penales que describen las acciones que lesionan o ponen en peligro concreto los bienes jurídicos esenciales, están conminados con escalas punitivas altas como reflejo de la elevada estima social<sup>48</sup>. Así, a guisa de ejemplo, la realización típica de conductas como el Homicidio (Art. 79 Cód. Penal), Lesiones gravísimas (Art.91 Cód. Penal) o Abuso sexual con acceso carnal (Art.119 3ºpárrafo), generan profundos daños en las víctimas –directamente- y en la sociedad; por tanto, ya constituyen por sí indicadores irrefutables de necesidad de pena en clave de prevención general, y esta “necesidad” ya no depende de la “buena o mala” respuesta ulterior al tratamiento tutelar, sino que emana del hecho mismo que ha sido imputado, probado y declarado responsable.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta factores como la reiteración delictiva y las particularidades específicas de cada acontecer típico. En el primer supuesto, se contemplan los casos de adolescentes que acumulan ilícitos en concurso real, reflejando una persistente indiferencia al llamado de la norma. En el segundo caso, los medios empleados para la ejecución de un ilícito y/o las circunstancias de la víctima, cobran especial relevancia a los efectos de justificar la necesidad de imponer una sanción penal, por ejemplo, la magnitud de la violencia ejercida en un robo, la situación de vulnerabilidad de la víctima (V.gr., un niño, una mujer o un anciano).

En base a estas reflexiones, es posible entonces, establecer una serie de lineamientos –indicativos, no taxativos- que justificarían, positivamente, necesidad de pena con independencia del resultado del tratamiento tutelar:

- Delitos que comprometen bienes jurídicos individuales o colectivos esenciales: Delitos contra la vida; delitos contra la integridad física, delitos contra la integridad sexual, delitos contra la libertad, Delitos contra la seguridad pública.

---

<sup>47</sup> Vale recordar la Regla 18 de las Reglas de Beijing, comentada en el capítulo II, apartado 2.b), en el cual se estipula que la respuesta al delito cometido por un adolescente debe ser proporcional a la gravedad del ilícito, las necesidades sociales y la violencia desplegada contras las personas.

<sup>48</sup> Eduardo Demetrio Crespo pone de relieve que el legislador asume un papel preponderante de la prevención general cuando determina el marco punitivo en abstracto, en vistas a la protección de un bien jurídico (CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general...*pp.352)

- Delitos en los que su comisión concreta revela extrema violencia y daño desplegado contras las personas.

- Reiteración delictiva.

En el fondo, el sustrato final de la necesidad de imponer una pena reside en que estas conductas típicas entrañan graves afrentas a los derechos humanos.

Si el adolescente es considerado por el derecho un ciudadano competente<sup>49</sup> -y ya no un objeto de tutela-, por tanto, habrá de internalizar la vigencia de los derechos humanos en el otro y en sí mismo. En ese sentido, vale reiterar, excluir la necesidad de pena frente a tales circunstancias delictivas, por considerar unilateralmente necesidades preventivo-especiales centradas en el tratamiento tutelar, conllevaría un daño simbólico y real en la confianza social hacia las normas penales que protegen los bienes jurídicos más importantes desde el punto de vista material –para las personas- y normativo-constitucional –para los derechos humanos-. Por ello, se ha remarcado que el Derecho penal juvenil también satisface fines de prevención general y precisamente lo hace aquí: reafirmando necesidad de sanción frente a los delitos mencionados.

Asentado, en primer lugar, cuándo hay necesidad preventivo general de imponer un castigo *con independencia* –repito- del éxito o fracaso del abordaje tutelar, resta evaluar en qué supuestos, al contrario, no aparece justificada esa necesidad.

Considero, como regla general, que ante la comisión de delitos fuera del catálogo esbozado más arriba, la respuesta estatal no debería ser punitiva y es precisamente en éste ámbito donde cobran capital importancia los medios alternativos al conflicto penal<sup>50</sup> como la Remisión de casos, la Suspensión del Juicio a Prueba, la mediación penal, la conciliación y los criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal.

Del mismo modo, gravitan otros factores relacionados con el Derecho penal general como el grado de consumación –Tentativa-, el grado de antijuricidad material del ilícito en

---

<sup>49</sup> La C.S.J.N ha recogido estos conceptos para criticar la actual ley vigente: “*La doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278, resulta a todas luces anacrónica, por cuanto caracteriza al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición a la doctrina de la protección integral, sobre la que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo una de sus consecuencias más graves el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces, lo cual, en la práctica muchas veces se traduce en violaciones de derechos de los niños infractores de la ley penal*”. - (Voto, Dr. Petrachi) –in re “**García Méndez**”, (12/02/2008)-

<sup>50</sup> Es dable esperar que la adopción de los medios alternativos se produce antes de arribar a la instancia de discutir la imposición de una pena. Claro está que si, a la postre, aquéllos institutos fracasan, se reanuda el proceso penal en contra del adolescente.

relación al principio constitucional de lesividad y el principio político criminal de insignificancia; el exceso en la legítima defensa, el tratamiento del error de prohibición vencible, la constatación de una culpabilidad muy endeble por el grado de madurez del adolescente. En definitiva, aludo al conjunto de circunstancias que tornan innecesaria desde la óptica preventiva, incluso la general, aplicar una pena<sup>51</sup>.

## 2) La incidencia del “tratamiento tutelar” y los “antecedentes del menor”

Ahora bien, la valoración del hecho imputado debe ser integrada con la estimación del seguimiento tutelar del adolescente, los antecedentes y la impresión recogida del juez en la audiencia so riesgo de arbitrariedad. En otras palabras, en clave dogmática, el juicio de necesidad de pena sobre la base de un criterio preventivo-general, debe complementarse con aquellos extremos que son expresión de un criterio preventivo-especial.

Retomando el concepto esbozado en el apartado precedente, el tratamiento tutelar, del cual solo queda el nombre, son las reglas o instrucciones judiciales fijadas por el juez especializado a partir de la sentencia que declara la autoría responsable de un adolescente, con el objetivo de desconstruir la culpabilidad inicial en miras a asumir “una función constructiva en la sociedad” (Art.40 C.D.N.) teniendo en cuenta, para la elaboración de tales reglas, el acto infractor.

En clave convencional, entonces, el tratamiento tutelar no puede reducirse –solo- en restauración de derechos vulnerados<sup>52</sup>; sino que consistirá en la reparación –real o simbólica- del daño irrogado mediante el delito y con ello, la reconciliación con la norma defraudada. Ello, empero, no significa que el esfuerzo que el adolescente realice en orden a mejorar su situación de vulnerabilidad, no tenga ningún impacto en este ámbito. Es decir, si el adolescente, se esmera y consigue un trabajo o retoma la escolaridad y lo mantiene, si bien son actividades que redundan en su beneficio y no tienen que ver –en principio- con una reparación del quebranto normativo, sí se tienen que tener en cuenta como factores atenuantes y, a veces, absolutorios.

---

<sup>51</sup> El concepto central de Roxin es que el ámbito de la culpabilidad lo decisivo no es si el autor concreto “pudo actuar de otro modo” como fundamento del reproche, sino si hay necesidad jurídico penal de hacer responsable al autor por su injusto y sancionarlo y esto depende del fin de la pena. A modo de ejemplo, quien obra en estado de necesidad disculpante, “pudo actuar de otro modo”, pero no hay necesidad social de reprocharle el injusto, porque la pena no cumple ningún fin preventivo. (ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal...* pp.70/72)

<sup>52</sup> La jurisprudencia entrerriana tiene muy claro esta importante distinción entre la tarea de un juez penal minoril de la Convención y de un juez penal minoril de la tutela: “...Y, en esta concepción, el juez no está ejecutando una política asistencial, con facultades omnímodas, en una postura paternalista; antes bien es un juez en actividad, técnico -conoce los criterios de prevención especial y general- y está limitado por las garantías del imputado” (Cámara de Casación Penal, Sala n°1, in re "R., W. J. s-Denuncia - Abuso Sexual S/ RECURSO DE CASACION", sent. del 18/05/2016)

Concomitante a este razonamiento, se liga el concepto de “antecedentes del menor”, en tanto y en cuanto no puede ser asimilado a las eventuales imputaciones penales que cuente el adolescente<sup>53</sup> para fundamentar, a partir de ellos, la imposición de una pena, porque tal asimilación riñe con el principio de Derecho penal de acto. Por eso la doctrina ha dicho que este criterio debe interpretarse *in bonam partem*<sup>54</sup>, en el sentido de que comprende la valoración de la historia de vida del adolescente, en términos de mayor o menor vulnerabilidad, a los efectos de atenuar el castigo en aquellos casos donde se constata que el contexto de vida donde creció y se desarrolló el joven, implicó un factor criminógeno que lo hizo proclive al delito (V.gr. entornos familiares y barriales agresivos, violentos, derechos básicos cercenados como acceso a alimentación sana, salud, vivienda digna y educación, ausencia de referentes adultos, prisonización temprana). Estos datos individuales, una vez verificados, obliga al sentenciante a juzgar con mayor contemplación tanto, la necesidad de pena como la cuantificación del castigo, toda vez que no puede equipararse la situación de un adolescente en situación de vulnerabilidad con otro que creció en un contexto donde se le garantizaron los derechos esenciales<sup>55</sup>.

En ese sentido, el esfuerzo emprendido por el joven –aún con la ayuda del Estado– para emerger de la situación vulnerabilidad, sí puede proyectar sus efectos en el Derecho penal en orden a excluir la necesidad de pena siempre y cuando el delito imputado fuera de carácter leve, o bien, para disminuir al máximo el *quantum punitivo*<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Mauro Divito, comentando el voto del Dr. Fayt en el precedente “Maldonado”, refiere que la comisión de un nuevo delito –mera imputación– no puede ser equiparada a fracaso del tratamiento tutelar en virtud del principio de inocencia, en tanto no debe asociarse sin más de fracaso del tratamiento tutelar con la comisión de un injusto culpable y en base a ello justificar una pena más elevada (DIVITO, MAURO A. El fallo <<M.,D. E.>> ¿Cómo se aplica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño?, en *Jurisprudencia penal de la C.S.J.N. T. II*. 1era. Edición, 1era. Reimp. Ed. Hammurabi, Bs As. 2011 Pp.61/64) Por eso, en el rubro “antecedentes del menor” no pueden ingresar las consideraciones sobre presuntos nuevos hechos cometidos.

<sup>54</sup> La doctrina especializada entiende que este rubro –“antecedentes del menor”– se debe interpretar *in bonam partem*, no haciendo referencia a los presuntos antecedentes delictivos del joven, sino a las condiciones previas de vulnerabilidad por ejemplo, “...un niño que sea criado en un entorno en donde las probabilidades de escoger un camino en la vida delictiva eran elevadas podría recibir un trato más indulgente que otro que a pesar de haber tenido altas posibilidades de desarrollar su vida fuera del delito se ha inclinado por el comportamiento desviado” ((BELOFF, MARY MARY-FREEDMAN, DIEGO-KIERZSENBAUM, MARIANO-TERRAGNI, MARTINIANO.”La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de resocialización...” Pp.3579).

<sup>55</sup> Dice Carlos Parma: “Es importante valorar en cada caso en particular si la historia de vida del adolescente ha contribuido a colocarlo en un alto grado de vulnerabilidad, citando algunos parámetros, tales como si se trata de un joven que ha estado institucionalizado desde temprana edad, sin la debida contención familiar o lo que es peor sin familia, con distintos trastornos de la personalidad, si presenta una problemática de adicciones, etcétera” (*Derecho penal de menores...* pp.61/62).

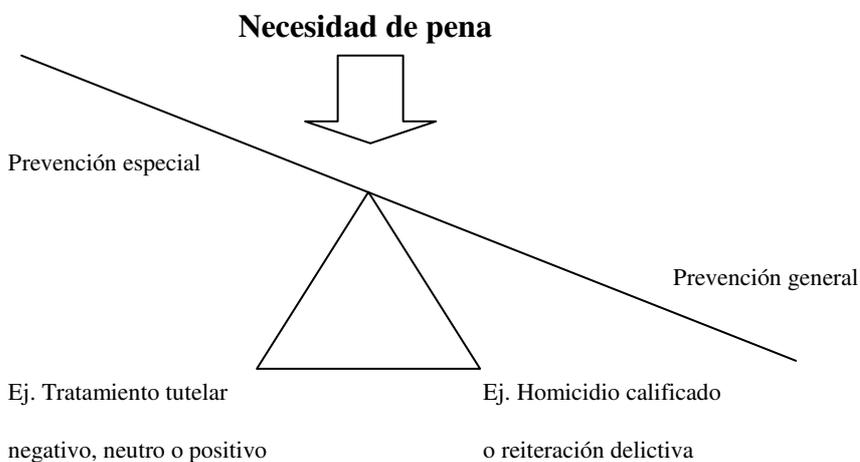
<sup>56</sup> Estos conceptos son una auténtica profundización de los parámetros subjetivos de determinación de la pena previstos en el Art. 41 inc. 2° del Cód. Penal (V.gr.: edad, educación, las costumbres, la conducta precedente etc.) que según Marco Terragni influyen en el ámbito de autodeterminación y la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, es decir, sirve para medir la culpabilidad en tanto reproche (*Proporcionalidad...* pp. 149 y sgtes.)

Finalmente, la impresión personal recogida por el juez, funciona como momento culmine de la decisión judicial en el contradictorio sobre la pena; en el cual, el contacto directo del magistrado con el joven permite visualizar, con el interrogatorio de visu y la prueba rendida en torno al seguimiento tutelar, la postura del joven hacia la instancia judicial, las víctimas, el daño irrogado y la norma defraudada.

### 3) La figura del columpio

Permítaseme ilustrar, a modo muy esquemático, lo expresado en relación al juicio de necesidad de pena, con la figura de un columpio<sup>57</sup>, en el cual un extremo representa la necesidad preventiva general y el otro la necesidad preventiva especial y según el peso que se “cargue” prevalecerá uno u otro extremo. El “peso” son los factores que inciden en cada juicio, plasmados en la norma de fondo (Art.4° del Decreto-Ley n°22.278) e interpretados a la luz del *corpus iuris internacional*. Conforme lo desarrollado, el hecho imputado y la calificación jurídica se vinculan con las necesidades preventivo-generales de pena, mientras que el comportamiento post-delictual del adolescente, los antecedentes y la impresión recogida en la audiencia hacen a la prevención especial.

#### Columpio 1)

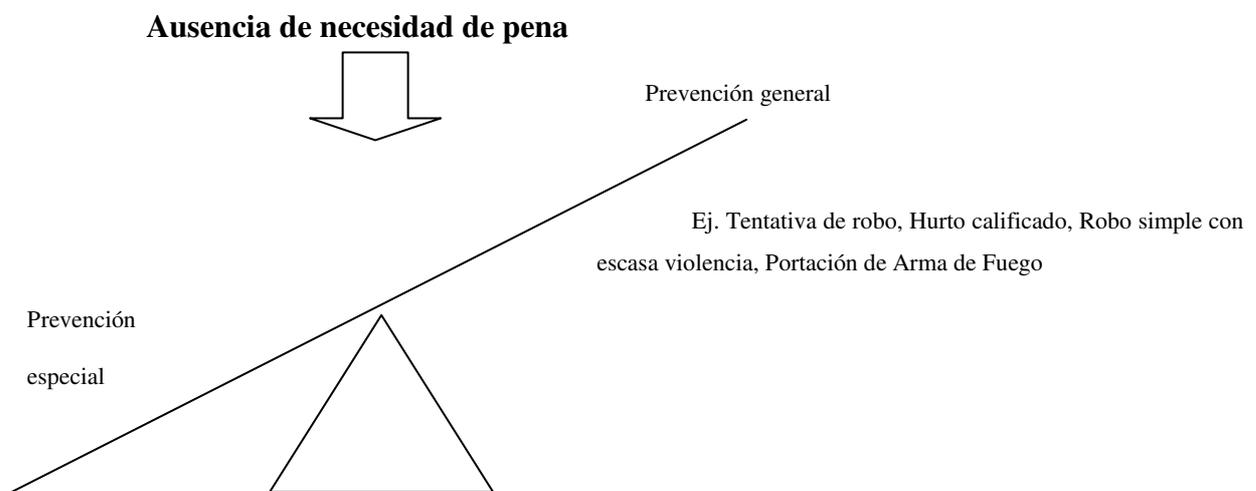


En el columpio 1 ubicamos los casos en los que la magnitud del ilícito atribuido no puede ser compensada aun con la constatación de un comportamiento post-delictual valorado como exitoso. La prevención general justifica la *necesidad* de sanción desplazando la prevención especial. Por ejemplo, el adolescente que comete un Homicidio calificado *criminis*

<sup>57</sup> Los esquemas propuestos a continuación, estimo que serán útiles incluso ante una reforma de la actual Ley penal juvenil, porque hacen a la toma de decisiones de política criminal para intervenir penalmente a un adolescente infractor.

*causae* (Art. 80 inc.7° Cód. Penal), no puede ser beneficiado con una absolución por la sola realización de un tratamiento tutelar positivo o porque presenta antecedentes de gran vulnerabilidad. El juicio de necesidad de pena debe ser comunicado y el peso del colupio se inclina hacia la prevención general, mientras que el resultado del tratamiento tutelar y los restantes componentes de la prevención especial, se tendrán en cuenta para la individualización de la pena y su modalidad de ejecución.

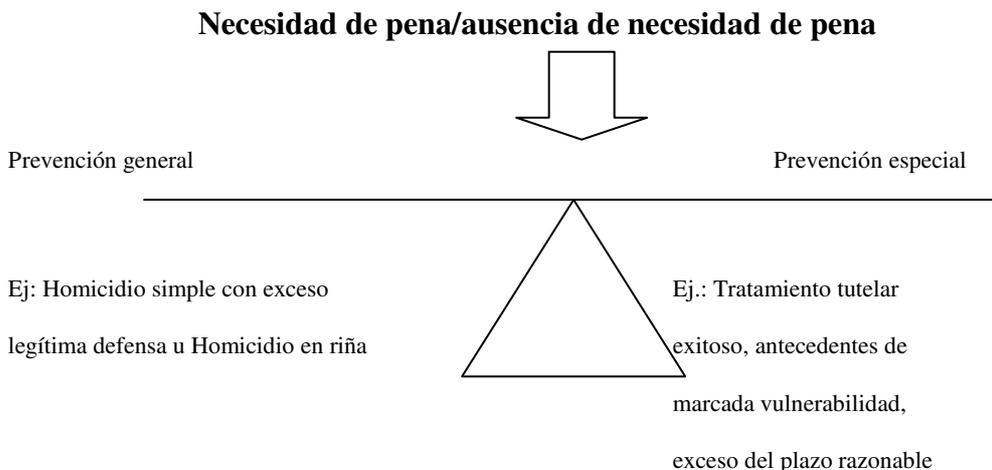
Columpio 2)



Ej: Tratamiento tutelar positivo o relativamente exitoso; antecedentes de vulnerabilidad del menor; prolongado tiempo transcurrido en el proceso; criterios de oportunidad procesal.

En el columpio 2, se ponderan los casos opuestos. Frente a delitos de escasa ilicitud (Robo simple Art.164 del Cód. Penal) o la comisión de infracciones de peligro abstracto o presunto (Portación de armas de uso civil (Art.189 bis Cód. Penal), con el desarrollo de un buen tratamiento tutelar o la constatación de antecedentes de vulnerabilidad del adolescente; o bien, por simple razón de política criminal canalizada en el principio de oportunidad; la prevención especial inclina el columpio hacia su extremo. El juicio de necesidad de pena debe ser negativo, porque la aplicación de una pena ocasiona un daño mayor que el efecto preventivo general perseguido.

### Columpio 3)



Finalmente, en el columpio 3, se plantean hipótesis de equilibrio en virtud de la interferencia de otros factores, a saber; el tiempo transcurrido afectando el plazo razonable, las circunstancias propias del acontecer típico, el desarrollo del tratamiento tutelar. Es decir, se conjugan hechos graves o gravísimos con atenuantes que hacen que el fiel de la balanza se equipare y pugnen los criterios dicotómicos de necesidad preventiva de la pena. Confluyen tantas razones de peso para decretar la necesidad de pena como para excluirla<sup>58</sup> y juega un rol preponderante el juicio prudencial del sentenciante, el principio del interés superior del niño; o bien, la condena bajo la modalidad de ejecución condicional en cuanto instituto de gran utilidad para estos supuestos.

#### **d) El juicio de cuantificación de la pena**

##### 1) Introducción

Una vez decidido y argumentado que hay necesidad de pena, corresponde determinar el *quantum* punitivo. Esta tarea, la de individualizar la pena, según Jescheck: “...es junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal y representa la cúspide de sus actividad resolutoria”<sup>59</sup>

<sup>58</sup> En los supuestos de equilibrio es donde mayor relevancia adquiere el “poder de connotación” judicial que refiere Ferrajoli bajo la idea de “equidad” como opuesto a “legalidad”, siguiendo en ese sentido a Aristóteles quien definía la equidad como “la justicia en el caso concreto” allí donde la universalidad de la ley no permite visualizar las características disímiles de cada caso. Obviamente, Ferrajoli como buen formalista, no va a consentir la equidad como un poder de connotación *extra, ultra o contra legem*, sino que adopta una noción semántica de equidad como la decisión judicial que connota las particularidades del hecho ya denotado en la ley. Así es propio de la legalidad denotar que tal hecho es un Robo y es propio de la equidad – del juez- connotar las singularidades de ese Robo (*Derecho y razón...* Pp. 155/15)

<sup>59</sup> JESCHECK, HANS H. *Tratado de Derecho penal ...* Pp.787

En esa tercera función jurisdiccional, considero oportuno compatibilizar los aportes más recientes de la dogmática de la determinación judicial de la pena con las características particulares del Derecho penal juvenil. Con ello se pretende argumentar que en este ámbito se debe observar la tesis que hace hincapié en que la pena es la cuantificación del injusto punible<sup>60</sup>; sin soslayar, empero, la importantísima incidencia que cobra en materia penal juvenil el componente de la evolución progresiva del adolescente, ulterior a su acto infractor.

A fin de aclarar estas ideas, cabe recordar con Silva Sánchez que *“el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena”*<sup>61</sup>. Valga también precisar que la determinación de la pena fija las consecuencias del delito y, como dice Ziffer, no se reduce solamente a *“la elección de la clase y monto de pena”*, sino también, *“al modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa”*<sup>62</sup>. Esta constelación de factores deben ser tenidos en cuenta en el juicio sentencial. A su vez, en la específica materia penal juvenil, se adicionan dos factores condicionantes de esencial gravitación: *la peculiar situación existencial del infractor y la conducta post-delictual*. En ello reside, a mi parecer, la principal diferencia, propio de la especialidad, con un juicio de cuantificación del castigo basado solamente en la búsqueda de una pena proporcional al injusto culpable<sup>63</sup>.

A diferencia del Derecho penal de adultos, la realidad histórica del adolescente y su actitud asumida después del delito resultan determinantes al momento de mensurar la pena, porque el derecho ha de tener especial consideración la *condicio juris* del adolescente en cuanto sujeto en formación, inserto en un proceso de desarrollo madurativo y pedagógico que implica adscribir, *a-priori*, una capacidad de culpabilidad disminuida.

Este dato óntico-antropológico explica exhaustivamente las razones por las cuales los jóvenes menores de 18 años han de contar con un régimen penal diferenciado, un plus de

---

<sup>60</sup> Sostiene Feijoo Sánchez que *“la teoría de la determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto* (FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO. “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho...” pp. 9)

<sup>61</sup>SILVA SANCHEZ, JESUS M. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo...pp.6.

<sup>62</sup> ZIFFER, PATRICIA. *Lineamientos*...pp. 23. Otra definición similar de Santiago Mir Puig: *“Se entiende por <<determinación de la pena>> la fijación de la pena que corresponde al delito. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de pena de la que se señale. En sentido amplio, se incluye también en la determinación de la pena la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por medidas de seguridad”* (*Manual de derecho penal*...pp. 812)

<sup>63</sup> Enseña Eduardo D. Crespo que el gran problema de la “pena adecuada a la culpabilidad” no siempre coincide con los fines de la pena, ya sea por razones de prevención general o de prevención especial (*Prevención general*...pp.274/275) Si esto es correcto para los adultos, muchos más para los adolescentes.

garantías sustanciales, la posibilidad de un reproche punitivo más benigno, incluso pudiendo arribarse a la absolución a pesar de haberse verificado que ha transgredido la norma penal.

La C.S.J.N. recoge estas ideas en el precedente “Maldonado” en el cual ser argumentó al respecto:

*“En el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y respecto de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, no 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”.*<sup>64</sup>

Allí, se reconoce expresamente la culpabilidad<sup>65</sup> disminuida de los jóvenes infractores y la necesidad de imponer una pena acorde (proporcional) a esa culpabilidad. Pero, además, se indica que la finalidad de la pena no puede dissociarse del futuro del joven y su posibilidad concreta de resocialización en cuanto objetivo principal del Derecho penal juvenil.

Con estas reflexiones y la jurisprudencia citada, se refuerza el concepto esbozado en el capítulo anterior de que, en la determinación judicial de la pena juvenil, rige, como regla, la prevención especial positiva en su función limitadora. También comparte dicha tesitura el Alto Tribunal en el precedente citado:

*“El mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5º, inc. 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.”*<sup>66</sup>

Traducir lo anterior, en clave de persecución penal, implica postular que un adolescente punible se le reconoce la capacidad de motivarse por las normas y, por ende, responder penalmente en caso de infringirlas, sin perjuicio de que, a diferencia de un adulto, el Estado tenga la obligación ineludible de acompañar el proceso de responsabilización del

---

<sup>64</sup> Maldonado, Daniel Enrique y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - causa N° 1174 - 07/12/2005 – Fallos: 328:4343.- Son conceptos de la psicología evolutiva.-

<sup>65</sup> El concepto de culpabilidad para la determinación de la pena es distinto al concepto de culpabilidad para la fundamentación de la pena. Explica Roxin que la culpabilidad como fundamento estructura bajo qué presupuestos existe culpabilidad (imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad), mientras que la culpabilidad para la medición de la pena entraña los factores relevantes para fijar la magnitud de la pena (ROXIN, CLAUS *Derecho Penal. Parte General. T I. ... Pp.813/814*)

<sup>66</sup> Negritas a mi cargo

adolescente mediante acciones positivas en su favor, sin que ello implique el avasallamiento de su ámbito de autodeterminación, límite sagrado e infranqueable por el Estado.

Por lo tanto, en el juicio de cuantificación del castigo va a regir la prevención especial positiva como factor final de la determinación de la pena<sup>67</sup>, siempre en la versión acuñada en el capítulo anterior, vale decir, **nunca como fundamento del castigo sino como límite**. Así, se propicia la reducción de las penas, aún a riesgo de dejar relativamente insatisfechas necesidades de prevención general<sup>68</sup>. En aquéllos sistemas jurídicos que prevén un catálogo de sanciones se inclinará por la clase de pena menos gravosa en la medida que lo autorice la ley.

Por ejemplo, en el modelo chileno<sup>69</sup> el menor de 16 a 18 años declarado con discernimiento es perseguible penalmente por su hecho delictivo; sin embargo, se prevé un catálogo de sanciones imponibles de modo único o mixto y que no implican el encierro, por ejemplo, la amonestación, la multa, la reparación del daño, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y como excepción dos tipos de internamiento, en régimen semi-cerrado y en régimen cerrado<sup>70</sup>. Se reconoce cada sanción como un mal, en tanto cada una implica restricciones ambulatorias en menor o mayor grado, pero tienen un sentido pedagógico. Se trasluce, pues, que a diferencia de un juez argentino, el magistrado chileno *tiene* un mayor margen para ejercer el juicio prudencial y escoger cuál sanción se ajusta más a la naturaleza del delito cometido y a la situación puntual del adolescente infractor.

Por su parte, el modelo Español a partir de la sanción de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores y sus ulteriores reformas, establece que son punibles los menores de 14 a 18 años por la infracción de delitos previstos en el Código Penal común y

---

<sup>67</sup>Dice Eduardo Crespo: "... *Entendemos, sin embargo, que la necesaria coherencia del sistema y el respeto al marco constitucional hacen necesaria la restricción de la prevención general en cuanto fin directamente atendible en la I.J.P., donde por el contrario debe atender de modo prevalente a la prevención especial. Todo ello constituye, en nuestra opinión, no sólo una "posición político-criminal", sino además un límite teleológico propio de un Derecho Penal moderno y democrático*" (*Prevención general*...pp.35) Recordemos que este autor español, postula en su tesis que la prevención especial ha de ser el factor final de la determinación judicial de la pena, interpretando la cláusula resocializadora (Art. 25) de la Constitución del Reino de España de 1978. Esta idea es trasladable a nuestro ámbito, en virtud de la cláusula similar del Art.18 C.N., reforzada con el Art. 37 de la C.D.N.-

<sup>68</sup> Ya enseñaba Zaffaroni en su Tratado que la prevención general no podía constituirse como factor final de la determinación judicial de la pena porque, en su naturaleza, exige rebasar el principio de culpabilidad. A su vez, definía: "... *la prevención general es una función eventual de la pena, pero no la fundamenta ni es lo que delimita ni tiene en miras la ley al establecerla, porque la prevención general encuentra todo el orden jurídico*" (ZAFFARONI, EUGENIO R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General T V*. 1era. Edición. Ed. Ediar, Bs. As., 1983. Pp.309/310)

<sup>69</sup> Ley de responsabilidad penal juvenil n°20.084, vigente desde el 8 de junio de 2007.

<sup>70</sup> BERRIOZ DÍAZ, GONZALO. "El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes", en REJ, N°6, 2005 (Pp.165/166), Disponible en <https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15079>

leyes especiales, pero prevé un sistema sancionador propio, es decir, reemplaza la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas para los adultos por sanciones específicas. Así pues, una vez comprobada la responsabilidad penal del adolescente el Juez especializado selecciona de un catálogo de sanciones<sup>71</sup> fijadas en la norma aquella que considera más adecuada al hecho y el autor<sup>72</sup>

Frente a estos modelos, nuestro régimen penal solamente prevé la pena de prisión y a los efectos de su morigeración ofrece una pobre herramienta: la facultad de reducir la pena correspondiente al delito atribuido a la escala de la tentativa<sup>73</sup>. Vale decir, una pena dentro de una escala inferior respecto del marco punitivo en abstracto, pero siempre con la consecuencia negativa de la pérdida de la libertad. Y, a mi entender, también es deficiente la facultad absolutoria, porque su aplicación puede ser justa en determinados casos, pero en otros se convierte en una espada de Damocles en el sentido de que beneficia al adolescente compensando el esfuerzo resocializador emprendido y, al mismo tiempo, socava la faz preventiva general de la sanción dejando sin respuestas a la sociedad y a la víctima.

Estas son, a mi juicio, las falencias estructurales de la actual norma de fondo habida cuenta que, aún cuando se desmantele la ideología tutelar mediante una interpretación del texto legal armónica con la Convención de los Derechos del Niño (C.D.N.), al momento de determinar la pena, el juez no tiene otra alternativa que acudir al Código Penal común y determinar el monto punitivo partiendo de las escalas mínimas y máximas previstas en los tipos penales. Esto conlleva serios reparos de constitucionalidad y justicia en el caso concreto cuando los mínimos ya son altos, por ejemplo, en el caso de concurso real que exige la observancia de la suma aritmética del Art.58 del Cód. Penal. El juez de la especialidad, por lo tanto, tiene la difícil tarea de construir una norma de sanción que garantice la necesidad de reproche y a su vez, procure que no sea excesiva teniendo en cuenta el mandato convencional

---

<sup>71</sup> Ley Orgánica 5/2005: TÍTULO II De las medidas Artículo 7. Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. 1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes: a) Internamiento en régimen cerrado. b) Internamiento en régimen semiabierto. c) Internamiento en régimen abierto. d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. e) Tratamiento ambulatorio. f) Asistencia a un centro de día. g) Permanencia de fin de semana. h) Libertad vigilada. i) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. j) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. k) Prestaciones en beneficio de la comunidad. l) Realización de tareas socio-educativas. m) Amonestación. n) Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. ñ) Inhabilitación absoluta.

<sup>72</sup> CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil...* pp.195/196.

<sup>73</sup> Dado el abismo que existe entre el hecho típico y antijurídico en abstracto y el acontecer típico concreto, en muchas ocasiones –más aún en este ámbito- la sanción ya en su mínimo resulta injusto. Esta idea es lo que torna intrínsecamente injusta la pena de prisión perpetua para adolescentes.

de resocialización del joven infractor y la proscripción del retribucionismo en este ámbito jurídico<sup>74</sup>.

Ahora bien, en tanto y en cuanto no opere una reforma legal del Decreto-Ley n°22278, la única sanción prevista es la pena de prisión con la facultad judicial de reducirla a la escala del delito tentado. Esta regla para la determinación de la pena pareciera sencilla, dado que el juez, desde una lógica binaria, individualiza la pena dentro de la escala punitiva prevista para el delito atribuido; o bien, dentro de la escala que resulte de la reducción por la tentativa. Sin embargo, no es tan sencillo a poco que se reflexiona sobre el proceso de cuantificación del castigo.

## 2) El proceso de cuantificación

El camino argumentativo a los fines de cuantificar el injusto culpable, se inicia con la elección del mínimo y máximo en abstracto dentro del cual se determinará la pena en concreto. El juez, con este paso, complementa la tarea del legislador construyendo la escala punitiva *ad-hoc*.

En primer término, el juez justificará las razones por las cuales decide emplear la escala prevista para el delito cometido o su reducción a la tentativa. *Prima facie*, esta tarea pareciera sencilla porque desde un razonamiento intuitivo, basta colocarse en la escala prevista para el delito –y en caso de múltiples delitos aplicar las reglas del concurso- y luego efectuar la operación aritmética de conformidad a las reglas del Art.44 del Cód. Penal. Pero a

---

<sup>74</sup> En ese sentido, de *lege ferenda*, cobra capital importancia que cualquier reforma legislativa del Régimen penal de la minoridad, tenga en cuenta como norte el catálogo de sanciones enunciadas en la Regla 18.1 de Beijing:

### “Pluralidad de medidas resolutorias

18.1 Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) Libertad vigilada;
- c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h) Otras órdenes pertinentes“

poco que se agudiza la reflexión, en función de los distintos supuestos abarcables, es dable formular las siguientes preguntas: ¿es posible justificar la pena de prisión perpetua descartando la reducción a la tentativa?, ¿si el hecho ya se calificó jurídicamente como tentado, se aplica la tentativa sobre la tentativa?; ¿qué forma de la tentativa se puede aplicar, la tentativa común del Art.44 párrafo 1° del Código Penal o la tentativa de delito imposible o inidónea, prevista en el 4° párrafo? Aún más, el juez, ¿puede perforar el mínimo legal?

A fin de ofrecer respuestas, considero plausible, a tenor de las normas implicadas, que el juez especializado -sin violentar el principio de legalidad penal- está legitimado para fundar el castigo delimitando las escalas punitivas en las siguientes opciones:

- Dentro de la escala penal prevista para el delito
- Dentro de la escala penal prevista para la tentativa común
- Aplicar las reglas de la tentativa inidónea

### 3) La escala penal prevista para el delito atribuido

Según el texto legal vigente, el Juez puede aplicar una pena dentro de la escala penal prevista para el delito atribuido, siendo la escala más benigna una opción facultativa. Aún más, desde el tenor literal de la ley es posible aplicar en la actualidad una pena de prisión perpetua y de hecho ha ocurrido<sup>75</sup>. Tanto es así que la CSJN en “Maldonado” no declaró la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua para niños y adolescentes, dado que la legislación prevé la posibilidad de acceder a la libertad condicional y la única pena que prohíbe expresamente la C.D.N. es la pena de muerte o la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación (Art.37 inc. a).

No obstante, la CSJN introdujo una pauta hermenéutica fundamental:

*“...cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente”<sup>76</sup>.*

Por tanto, el encuadre jurídico de la conducta no autoriza a aplicar automáticamente la pena dentro del marco previsto para dicha figura pues, resta valorar y en su caso fundar, porqué no resulta aplicable la escala más benigna prevista para forma de la tentativa. En

<sup>75</sup> La sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el fallo “Mendoza y otros v. Argentina”, 14/5/13, responsabiliza al Estado argentino precisamente por aplicar penas de prisión perpetua a menores de edad.

<sup>76</sup> Considerando 14

efecto, expresa la Corte, en el fallo citado, que el principio de culpabilidad por el hecho obliga a valorar –en caso imputados menores- no sólo la grave tipicidad de la conducta, sino también:

*“la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena”<sup>77</sup>.*

De tal modo, la doctrina asentada en “Maldonado” es que si se ha pronunciado afirmativamente la necesidad de sanción, el juez tiene la obligación de justificar expresamente las razones por las cuales decide *no emplear* el marco punitivo más benigno de la tentativa, y para ello no basta la mera enunciación de la calificación jurídica del hecho imputado.

Sin embargo, la C.S.J.N lejos de establecer que la escala de la tentativa ha de ser la regla obligatoria, solo ha definido nítidamente un principio, importante, mas no suficiente, por el cual lo específico en la fijación de la pena juvenil es que la reacción punitiva del Estado respecto del menor sea diferente a como se procedería frente a un adulto ante idéntica circunstancia<sup>78</sup>. Es decir que, si el juez fija la sanción respecto a un adulto en diez años de prisión, la pena para el caso de un menor, por ese mismo hecho, debe ser distinta, léase inferior; aunque bien no necesariamente dentro de la escala de la tentativa del delito que se trate, extremo que continúa siendo una mera potestad judicial.

La Corte Suprema vuelve a ratificar esta línea jurisprudencial en otro fallo<sup>79</sup>, en el cual se revisa en la instancia extraordinaria federal el *quantum* de la pena individualizada en 12 años de prisión y se afirma que:

*“... en atención a la brevedad contemplada en el art.37.b de la Convención, que armoniza con el art. 4° de la ley 22.278 en cuanto faculta al juez a reducir la sanción en “la forma prevista para la tentativa”, no puede interpretarse como una pauta que suprima la escala penal prevista en la norma ni la discrecionalidad judicial para determinar –como en el caso- la sanción sobre la base de un fundado análisis de las circunstancias objetivas y subjetivas del proceso”*

Así pues, en este último precedente, a mi entender se relativiza el mandato constitucional de procurar la pena más breve posible, dado que la morigeración del Art.4° no

---

<sup>77</sup> Considerando 16

<sup>78</sup> C.S.J.N. *in re* “AYALA, Diego Adrián; Cabrera, Eber Gabriel s/Homicidio doblemente calificado” (24/08/2010), A 1331. XLIII

<sup>79</sup> C.S.J.N., *in re* “A.,C.J. s/Homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil”, 31/10/17, n°743/2014

es concebida como un imperativo, sino que es facultativa y dependerá de las circunstancias del caso<sup>80</sup>.

Por tal razón, considero, en sentido contrario que, la asunción del principio de culpabilidad disminuida y los principios de la C.D.N. - pena como última ratio y por el tiempo más breve posible-, obligan a tomar la escala penal de la tentativa como regla imperativa y ya no como una mera potestad judicial. Esta es la única vía –mientras no se reforme la ley de fondo- para garantizar materialmente el dispositivo convencional.

De ese modo, en los casos donde ya la conducta se calificó como tentada, resulta jurídicamente factible aplicar la tentativa de la tentativa, dado que el tenor semántico de la norma lo autoriza. El legislador habilita la reducción de la escala de la tentativa, sin referencia alguna a cómo se subsumió jurídicamente la conducta reprochada.

Finalmente, en el caso de los delitos sancionados con pena absoluta, *i.e.*, prisión perpetua<sup>81</sup>, considero que el corrimiento obligatorio hacia la escala de la tentativa no admite discusión. En este sentido, la reclusión o prisión perpetua está proscrita en el Derecho penal juvenil porque no garantiza el fin preventivo especial global del mismo, más aún con la reciente reforma del régimen de ejecución de pena privativa<sup>82</sup> de la libertad que directamente impide la posibilidad de acceder a los institutos de soltura anticipada.

Además, la naturaleza propia de la prisión perpetua reside en que es tan alta la magnitud de la culpabilidad que, el legislador, se anticipa y determina que nada de lo que haga o alegue el sujeto como atenuante pueda reducir el castigo, desentendiéndose sin más de los efectos nocivos de la pena en la persona del condenado. Esta idea ya confronta directamente con la esencia del Derecho penal juvenil, en el cual, precisamente la conducta posterior al delito y las consecuencias negativas de la respuesta estrictamente sancionatoria, son factores decisivos e insoslayables a la hora de medir la consecuencia jurídica del delito.

#### 4) La escala penal de la tentativa y la posibilidad de la tentativa inidónea

La segunda opción que recoge la ley, es la facultad de reducir el castigo escogiendo una pena dentro de la forma prevista para la tentativa, con lo cual, el legislador efectúa una remisión directa a los Arts.42-44 del Cód. Penal.

---

<sup>80</sup> VETERE, DANIELA A. “Fijación de la pena...” pp.164.

<sup>81</sup> El Comité de Derechos del Niño mediante la Observación General n°10, proscribió la pena de prisión perpetua sin posibilidad de puesta en libertad y sin revisión periódica (Párrafo 77, tomando como base el Art.25 de la C.D.N.)-

<sup>82</sup> Ley n°27375 B.O.28/07/2017.

Conforme lo desarrollado en el punto anterior, considero que una interpretación sistemática, coherente con los fines constitucionalizados del Derecho penal juvenil, arroja que la escala de la tentativa ha de ser la regla cuando previamente se ha decidido que hay necesidad de sanción. El marco de la tentativa, garantiza mínimamente el mandato constitucional de procurar la pena más breve posible, frente a la comisión de delitos sancionados con penas elevadas.

Por otro lado, si acudimos a la ley vigente se constatan distintos tipos de formas imperfectas de comisión de un hecho punible, con diferentes consecuencias jurídicas para cada una. Así pues, Zaffaroni, Alagia y Slokar distinguen<sup>83</sup> la tentativa en sí de la “tentativa aparente” y el “delito imposible”, según el grado de idoneidad de la acción que no alcanzó la consumación, entre las cuales solo considera punible la tentativa –común- (tres primeros párrafos del Art.44 del Cód. Penal) y la del delito imposible (Art. 44, último párrafo del Cód. Penal), también denominada “tentativa inidónea”.

Partiendo de esta diferenciación, la cuestión a elucidar es si la “forma de la tentativa” que expresa la norma, se refiere solamente a la escala disminuida de la tentativa común (Art.44 Cód. Penal) o también cabe la posibilidad de aplicar la escala punitiva de la tentativa imposible. En el primer caso, la reducción de la pena es “de un tercio a la mitad” y en el segundo, “la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella”, con lo cual, la cuestión no es baladí.

El autor Santoianni<sup>84</sup> entiende que una interpretación que abogue por no concluir la tentativa del Art.44 último párrafo, entraña un contrasentido y riñe con el sentido común, porque el juez –en ese caso- podría decidir no imponer pena (absolver) o condenar conforme a la escala de la tentativa, pero no podría ubicarse en una posición intermedia con un condena subsumida en la escala de la tentativa inidónea. Por eso, el autor citado, considera que debe incluirse tal facultad y que si el legislador no lo menciona expresamente es porque sería sobreabundante. Aduce, a su vez, otras razones: hay una relación de género a especie entre la tentativa y la tentativa inidónea; si el legislador no exceptuó expresamente a la tentativa inidónea, no lo debe hacer el intérprete: “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”<sup>85</sup>.-

---

<sup>83</sup>ZAFFARONI, E.-SLOKAR, A.-ALAGIA, A. *Manual de derecho penal...* Pp.642/658.

<sup>84</sup>SANTOIANNI, JUAN P. “El art.4, ley 22278 y la posibilidad de imponer una pena inferior al mínimo de la escala de la tentativa”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. N°10. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Octubre 2009 pp.1740/1742.-

<sup>85</sup> “*No debe distinguirse cuando la ley no distingue*”.

Personalmente, encuentro razones de estricta justicia a favor de una interpretación amplia que admita la individualización del castigo según la forma de la tentativa inidónea, habida cuenta que la mera reducción a la escala de la tentativa común resulta insuficiente en muchos delitos donde las escalas en abstracto, incluso para la tentativa común, ya son muy abultadas. Por ejemplo, en un homicidio calificado, la pena de la tentativa para la prisión perpetua va de 10 a 15 años (Art.44 tercer párrafo Cód. Penal) frustrando *a-priori* las chances de resocialización de un sujeto infractor.

Por lo tanto, aceptar que el juez pueda optar por la escala más benigna de la tentativa inidónea, permite la imposición de un castigo más benévolo para los casos en los que el adolescente ha demostrado una drástica evolución positiva, garantizando con ello un reproche acorde al principio de la pena “más breve posible”, al mismo tiempo que el injusto no queda impune.

En un fallo del Superior Tribunal de Entre Ríos<sup>86</sup>, se revisó en casación una sentencia impuesta contra un adolescente (R.D.C.), quien había sido declarado autor material del delito de Homicidio en ocasión de Robo (Art.165 Cód. Penal) que prevé una pena de 10 a 25 años de prisión. El Tribunal unipersonal *a-quo* decidió condenarlo a la pena de 6 años y 8 meses de prisión; es decir, utilizó la escala prevista para la tentativa común del primer párrafo del Art.44 del Cód. Penal, teniendo en cuenta que el hecho imputado había sido atroz y terrible, y calificando el tratamiento tutelar como “neutro” a los fines de merituar la necesidad de imponer una sanción más benigna frente a un ilícito tan grave.

Arribada a la instancia casatoria, el Procurador Fiscal de la Provincia dictaminó:

*“...Ahora bien, como el orden jurídico no es un caos ni un agregativo de cajones estancos sino un programa de coexistencia con necesidad Normativa de Coherencia ... cuando en la completud ... de la Norma Individual, el legislador prevé la reducción a la pena con la escala de la tentativa, se refiere a toda tentativa, es decir a todo quebrantamiento de la Norma de flanqueo cercana a la realización del tipo, lo que no excluye a los proyectos de manifiesta burdidad como "tentativa inidónea (...)",*

Se admitió, en consecuencia, la aplicabilidad en el caso de la escala más benigna del Art. 44 último párrafo del Cód. Penal y solicitó la aplicación de una pena de prisión de cinco años de prisión (la mitad del mínimo legal), en el entendimiento de que el hecho y su modalidad de ejecución reclamaban sin ambages la imposición de una sanción como respuesta contra fáctica a la enorme dimensión del ilícito penal; sin embargo, el excelente tratamiento tutelar no podía ser arbitrariamente juzgado de “neutro” sino que, al contrario, en

---

<sup>86</sup> S.T.J.E.R., *in re* “R.D.E. S/Homicidio en ocasión de robo S/Recurso de Casación”, 7/4/2014 n°4396/2013

el caso entrañaba una gran potencialidad para disminuir la intensidad del reproche<sup>87</sup>, traducible en una pena reducida y, en definitiva, *proporcional* a la culpabilidad disminuida del incurso al momento del hecho

El voto mayoritario de la Sala n°1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del S.T.J.E.R., acompañó el dictamen del fiscal, reduciendo la pena a cinco años de prisión. Expresó, entre otros, los siguientes argumentos:

*“En ese contexto, es útil reparar en que, por manda constitucional y como directa derivación del reconocimiento de la dignidad de la persona, la respuesta punitiva deber ser también proporcional a la culpabilidad del autor por el hecho cometido (...) Sin perjuicio de ello la gravedad del daño causado y de los hechos perpetrados por el menor junto con la edad que tenía al perpetrar el delito... son parámetros que sirven para cuantificar la culpabilidad por el hecho, sin que ello implique un regreso a la ya superada Teoría del Retribución (...) De lo expuesto se sigue que, al momento de determinar si es necesaria o no la imposición de la pena, no sólo debemos tener en cuenta los resultados del tratamiento tutelar, sino que también se deben ponderar un abanico de variables... en base a criterios preventivo especiales de la imposición o eximición de pena a un menor en conflicto con la ley penal (...)*

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

Se colige pues que, desde esta perspectiva no se renuncia a la sanción, pero la cuantificación de la misma no es retribucionista ni aparece agravada por prevención general. En esa línea, la reducción a la escala de la tentativa inidónea, ofrece una pena de tal brevedad que, incluso en casos graves como el precitado, se puede imponer una sanción sin frustrar las expectativas de resocialización del adolescente.

El eje que guía la elección de estas opciones descansa, fundamentalmente, en la satisfacción de fines preventivos generales cuando se afirma la necesidad de imponer una pena, expresando la dimensión del injusto. No obstante, en la individualización judicial de la pena se satisfacen fines preventivos especiales, personalizando la respuesta jurídica en consideración del adolescente, la conducta post-delictual y su futuro. Se logra así, una síntesis armónica.

---

<sup>87</sup> Además del excelente tratamiento tutelar desplegado por R.D.C., el otro factor que fue tenido en cuenta por la casación fue la excesiva elongación del proceso que duró más de 5 años hasta el pronunciamiento final.

## 5) La individualización de la pena juvenil dentro de la escala punitiva elegida

Una vez cristalizada la escala punitiva en abstracto, el segundo paso argumentativo del Juez consiste en cuantificar el injusto culpable<sup>88</sup>. Si hemos insertado el Derecho penal juvenil en un sistema integral de Derecho penal, es coherente que sea el hecho la base de la individualización judicial de la pena.<sup>89</sup>

En este ámbito específico, corresponde fijar, en primer término, la pena proporcional al hecho y la culpabilidad dentro de la escala penal escogida tomando en cuenta los parámetros de los Arts. 40 y 41 del Cód. Penal<sup>90</sup> (en la medida de su compatibilidad con la C.D.N), surgiendo entonces una primera sanción<sup>91</sup>.

En un primer paso, propongo que se preste especial atención a las circunstancias de la comisión del hecho, los medios empleados, la extensión del daño en lo que respecta a la gravedad del injusto<sup>92</sup>, como asimismo las circunstancias pertenecientes a la culpabilidad – motivos, intensidad en la participación-, con el debido respeto a la prohibición de doble valoración<sup>93</sup>. Esto implica, soslayar de algún modo las referencias del Art.41 inc. 2° del Cód. Penal que se centran en la persona del autor, porque en función del carácter especialísimo del

---

<sup>88</sup> “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 es decisivo no sólo para considerar la posibilidad de una pena, sino que la pena debe “adecuarse” al hecho” (ZIFFER, PATRICIA. *Lineamientos...* Pp.120)

<sup>89</sup> Por su parte, Zaffaroni refiere que “...el delicto es presupuesto de la pena, pero si no puede ser de utilidad alguna para su cuantificación, no pasa de ser un presupuesto formal, reuniendo este carácter todos sus elementos” (*Tratado de derecho penal...* Pp.289)

<sup>90</sup> **Art.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. **Art.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 causados; 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.

<sup>91</sup> El sistema del Código Penal argentino para la determinación de la pena, siguiendo a Ziffer, contempla agravantes y atenuantes reunidos en dos incisos (Art.41 1° y 2°) que tradicionalmente han sido interpretados como los factores objetivos – relativo al hecho-, en el primero, y subjetivos en el segundo –relativo al autor-, aunque precisa la autora que la partición no puede ser tan tajante, porque existen elementos subjetivos en el hecho –Ej. dolo-. El concepto de “peligrosidad”, afirma, es herencia del positivismo criminológico italiano y ha sido interpretado de distintas formas (ZIFFER, PATRICIA. Ob cit. Pp. 115/116)

<sup>92</sup> Zaffaroni, en el Tratado, comentando el Art.41 inc. 1°, “la circunstancia de que el grado de injusto se tome en cuenta para la cuantificación de la pena, de modo tan expreso, pone en evidencia una vez más la naturaleza personal del injusto en el código penal argentino” (*Tratado...* Pp. 295) A la vez, más adelante aclara que las decisiones de culpabilidad que hay en el Art.41 inc.2° (edad, educación, costumbres, conducta precedente del sujeto), deben ser entendidas como pura culpabilidad de acto y refieren a la posibilidad de autodeterminación del autor en el momento del hecho, como la motivación para cometerlo (Ob cit. pp. 307/312)

<sup>93</sup> “Todas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamenten el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto” (ZIFFER, PATRICIA. Ob cit. Pp.107)

Derecho penal juvenil, estos parámetros se valoran exhaustivamente en el análisis del tratamiento tutelar y los antecedentes del menor con carácter *in bonam partem*.

Así pues, a los fines de obtener una primera sanción proporcional al injusto culpable, adopto la propuesta dogmática de Silva Sánchez<sup>94</sup> quien postula que la teoría de la individualización de la pena ha de crear categorías (“variables fácticas”) que abarquen los aspectos objetivos y subjetivos descriptos en los tipos penales y la culpabilidad. Luego, dichas variables se ordenarán conforme a criterios de valoración. El resultado de esta metodología, resumida muy brevemente, es la proposición de subtipos de valoración del injusto penal en las diferentes formas de realización, ordenadas según su gravedad desde los puntos de vista “*ex ante*” y “*ex post*”. Por ejemplo, el tipo de homicidio puede ejecutarse de innumerables formas, no todas son idénticas y esto ha de ser captado por un sistema de individualización de la pena a los efectos de que la pena refleje cuantitativamente la intensidad del ataque al bien jurídico “vida”, según cada caso.

A continuación, se transcribe el esquema de subtipos que detalla Silva Sánchez, distinguiendo los subtipos del injusto objetivo de los subtipos de la imputación subjetiva. El esquema es el siguiente<sup>95</sup>:

**A) El injusto objetivo<sup>96</sup>**

**a) El injusto ex ante**

aa) Riesgo para el bien jurídico concretamente protegido

aaa) Dimensión cuantitativa

aaaa) Grado de probabilidad *ex ante* de la lesión

1-seguridad-2-probabilidad máxima -3-probabilidad media-4-probabilidad mínima-5-improbabilidad

aaab) Magnitud esperable de la lesión (pronóstico de cuantificación del menoscabo del bien jurídico -sólo en bienes jurídicos susceptibles de ello-).

1-máxima- 2-media 3-mínima 4-inexistente

aab) Dimensión cualitativa:

aaaba) Infracción de deberes especiales en relación con la situación típica: 1-deber de garante de intensidad máxima -2-deber de garante de intensidad media- 3-deber mínimo-4-ausencia de deber-

aaabb) Elementos de contenido expresivo o simbólico (móviles, etc.) contemplados *ex ante*

ab) Riesgos para otros bienes: las consecuencias extratípicas previsibles

**b) Injusto ex post: medida efectiva de la lesión (o efectiva puesta en peligro) y de la negación de la norma:**

1- Lesión máxima -2- Lesión media-3- Lesión mínima 4-Ausencia de lesión

**B) La imputación subjetiva: intención y grados de conocimiento**

1- intención + conocimiento seguro

2- intención + conocimiento probable (pero hay distintos grados de probabilidad y de conocimiento de ésta)

<sup>94</sup> *Passim*. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARIA. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARIA. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo...”.

<sup>95</sup> SILVA SANCHEZ, JESUS M. *Ibidem*. Pp. 11/13

<sup>96</sup> Para una mayor comprensión, en el punto A-a), se fijan los subtipos referidos a la configuración del injusto objetivo desde una perspectiva *ex ante*. Luego, en el punto A-b), se fijan los subtipos referidos a la configuración del injusto objetivo desde una perspectiva *ex post*. Finalmente, en el punto B), se fijan los subtipos referidos a la configuración del injusto subjetivo.

- 3- intención
- 4- conocimiento seguro
- 5- conocimiento de lo probable (pero hay distintos grados de probabilidad y de conocimiento de ésta)
- 6- conocimiento de lo posible
- 7- desconocimiento vencible
- 8- desconocimiento invencible

Considero que este esquema es de gran utilidad práctica para el análisis de los casos porque ordena de manera sistemática los distintos niveles de gravedad<sup>97</sup> de un mismo hecho entre dos extremos, “*caso más grave* (máxima probabilidad+máximo daño+máxima infracción de deberes+máxima negación del derecho+intención y conocimiento seguro) y *el caso menos grave* (mínima probabilidad+mínimo daño+mínima infracción de deberes+mínima negación del derecho+conocimiento sólo probable)”. En el medio, se ubican todas las combinaciones posibles que gravan y/o atenúan dialécticamente la pena adecuada al injusto culpable<sup>98</sup>.-

De ese modo, la tesis de Silva Sánchez permite medir la “modalidad del hecho” ligado a las categorías dogmáticas y en la dimensión de su dañosidad social<sup>99</sup>.

Es dable concluir, entonces, que la sanción que surja de la aplicación de este esquema, es la pena que habría merecido el adolescente al momento de ser declarado responsable, *sin* cesura de juicio y *sin* abordaje tutelar. Se reafirma, con ello, que el período de prueba a partir de la sentencia declarativa de responsabilidad hasta la integración de la sentencia, no tiene otra finalidad que desgravar esa pena inicial y adecuada al hecho.

En consecuencia, la sanción proporcional al injusto culpable es una primera aproximación que recoge la dimensión social del castigo, pero no agota la función adjudicativa del juez de la especialidad, pues restarán valorar todavía los atenuantes específicos del Derecho penal juvenil que, en el caso, podrán desgravar aún más aquella pena determinada en el paso anterior. Este último tramo del juicio de cuantificación es el específico, especialísimo y más importante de la sentencia penal juvenil.

En este paso, desaparecen definitivamente las referencias al injusto culpable y se juzga al sujeto desde la óptica de la prevención especial positiva, siempre *in bonam partem*. Los principales factores de valoración, según la actual ley vigente, son el resultado del tratamiento tutelar (en clave convencional) y los antecedentes del menor.

---

<sup>97</sup> “Ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad” (ZIFFER, PATRICIA. *Lineamientos...* pp. 107)

<sup>98</sup> Ejemplos. Un homicidio cometido por un adolescente a los 17 años, con dolo directo, mediante el despliegue de una acción idónea –ex ante- para alcanzar el resultado, motivado por un conflicto barrial, podría pensarse en una pena por encima del mínimo.

<sup>99</sup> “La partes especial del Código Penal contiene una ordenación valorativa de los diferentes bienes jurídicos protegidos a través de las distintas cantidades de pena asignadas para la lesión o puesta en peligro de cada uno de ellos” (CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general...* pp.379)

En función de ello, el juez especializado debe reconstruir la subjetividad del joven infractor desde una perspectiva básicamente *histórica*; es decir, quién era el sujeto *antes del evento delictivo* y quién es hoy después del delito<sup>100</sup>. El juzgador plasma en la sentencia el contexto vital de formación, socialización y construcción de ciudadanía del adolescente, utilizando los informes elaborados por el equipo técnico que, por medio de su intervención concomitante o previa a la sentencia declarativa de responsabilidad y hasta la instancia de integración, ilustran los dos polos históricos mencionados, fijan los contrastes o las continuidades y describen las líneas de acción elaboradas y llevadas a cabo durante el acompañamiento del joven en el marco del proceso judicial.

Estos aportes de la interdisciplina, le permitirán al juez *sopesar* el interés preventivo general anclado en el hecho, con el interés preventivo-especial –bajo la concepción limitada aquí adoptada- que surja de la evolución del adolescente.

A mayor abundamiento, el Estado argentino no puede desentenderse de la situación existencial del adolescente, aún en el ejercicio del *ius puniendi* frente a los comportamientos sociales más lesivos. A partir de ello, el resultado del tratamiento tutelar –en clave convencional- constituye un elemento de ponderación que sirve solo a los efectos de **desgravar la culpabilidad histórica**, nunca fundamentar el reproche<sup>101</sup>. Retomamos aquí el concepto de “carga” en el sentido de que si el joven se acopló voluntariamente y respondió a las instrucciones propuestas durante la cesura de juicio, obtendrá un motivo *más* para que en el juicio de integración disminuya el reproche, mas si no lo hace, no implica –a la inversa- un motivo para agravar el castigo.

A su vez, el resultado del tratamiento tutelar no es el único factor con potencial atenuante, pues conforme lo desarrollado más arriba el Juez especializado debe valorar en la sentencia los antecedentes del menor y fundar su impresión recogida del adolescente en la audiencia, por lo tanto, si no ha observado un abordaje tuitivo positivo, los antecedentes del joven<sup>102</sup> podrán funcionar como atenuante subsidiario.

---

<sup>100</sup> La biografía personal, subrayan Zaffaroni, Alagia y Slokar, indica el ámbito de autodeterminación del autor. Tal es el sentido que atribuyen los autores citados a los “demás antecedentes y condiciones personales” aludidos en la norma (*Manual de derecho penal...* pp.770/772).

<sup>101</sup> Con esta conclusión, me coloco en los antípodas de la tradición jurisprudencial y doctrinaria que asocian pena con fracaso del tratamiento tutelar y absolución con éxito del tratamiento tutelar.

<sup>102</sup> La norma profundiza el concepto del Art.41 inc. 2º relativo a las condiciones personales del autor, y desde una interpretación *a favor minoris*, se aboga por una aplicación siempre atenuante. Afirma Ziffer: “... desde el punto de vista de la prevención especial, la vida anterior del autor será un punto de apoyo esencial, pues sólo ella permitirá interpretar el hecho como “síntoma” y fundar el pronóstico acerca de su peligrosidad, o acerca de los riesgos de desocialización” (*Lineamientos...*pp153).

Ahora bien, ¿cuál tratamiento tutelar ha de ser atenuante o, incluso, eximente de pena? La respuesta descansa en el contenido que se le asigne a dicho tratamiento. En el apartado 2.b) de este capítulo hemos definido cuál debe ser el contenido del abordaje del adolescente desde la óptica de la *responsabilidad*. En ese sentido, los dispositivos institucionales de intervención de los adolescentes en conflicto con la ley penal deben procurar, sobre todo, la implicancia subjetiva del joven con el hecho contrario a la norma, como condición indispensable para que asuma una posición constructiva en la sociedad. Para ello, entonces, no basta con la restitución de derechos vulnerados –lógica de la tutela-, sino que se ha de desarrollar un abordaje que persiga la reflexión consciente sobre el contenido de la norma defraudada y el daño causado en la víctima y en la sociedad intentando, en consecuencia, la reparación –real o simbólica- del mismo.

Desde esta perspectiva, un verdadero tratamiento tutelar con potencialidad atenuante o eximente, será aquél que logre este proceso reflexivo más allá de que, al mismo tiempo, se restauren derechos vulnerados en caso de que los hubiere.

Por consiguiente, al momento de desgravar la pena proporcional al injusto culpable, el juez de la especialidad deberá verificar si el joven declarado responsable de un delito, tras el paso por la instancia penal, ha sido interpelado por el hecho cometido y podido reflexionar sobre la dimensión del daño causado. Esto no requiere un arrepentimiento expreso, sino que existen innumerables indicios que demuestran unívocamente esta implicancia con el hecho: la realización de tareas comunitarias altruistas, reparación del daño, pedido sincero de disculpas, talleres formativos para problemáticas de violencia. En definitiva, cualquier instancia donde la mirada esté puesto en el *otro, más que en sí mismo*.

Por el contrario, no podrá calibrarse de la misma manera un seguimiento que se redujo, por parte del adolescente, al mero cumplimiento formal de las pautas sugeridas, sin compromiso subjetivo. O bien, un programa tuitivo que solo se dedicó a la restauración de derechos. Una conducta post-sentencial limitada a esos fines, ajenos a la idea de asumir responsabilidad, no merece la valoración positiva para excluir la pena o correr la sanción hacia la escala punitiva de la tentativa inidónea o la modalidad de la ejecución condicional. A lo sumo, la verificación de derechos efectivamente restaurados, como la actitud de acatar formalmente el abordaje, funcionan como atenuantes pero siempre dentro de la escala de la tentativa común.

En suma, a modo de conclusión, pese a la necesidad preventivo-general de pena derivada del hecho cometido, el tratamiento tutelar interpretado en clave convencional –asunción de responsabilidad subjetiva-, puede reducir la mensuración de la pena al mínimo de la tentativa inidónea del delito que se trate o incluso, hacia una pena que permita suspender la ejecución bajo la modalidad de la condenación condicional<sup>103</sup>. En los supuestos contrarios, se postulan dos alternativas:

- Seguimiento tutelar “fracasado” por inobservancia manifiesta del adolescente, deja en pie la pena proporcional injusto culpable.

- Un abordaje que no interpeló al adolescente por su acto infractor, y se limitó en la restauración de derechos vulnerados –si los hubiere-, o cumplimiento formal, desgravará la pena proporcional al injusto culpable sin posibilidad de excluir la pena o atenuarla hacia escalas punitivas más benignas.

#### 6) La condena de prisión de ejecución condicional

Retomando una idea anunciada en el acápite precedente, la pena de prisión bajo la modalidad de condenación condicional, puede ser un gran paliativo frente a la rigidez del Derecho penal minoril vigente que no prevé una pena alternativa a la reclusión o prisión; sin necesidad incluso de acudir a interpretaciones rebuscadas, puesto que es un instituto con regulación legal y de larga tradición en el Código Penal argentino<sup>104</sup>.

La condena condicional es una modalidad de ejecución<sup>105</sup> de la pena privativa de la libertad de basamento preventivo especial, en la medida de que procura evitar los efectos nocivos de la pérdida de la libertad por poco tiempo, con lo cual su importancia en el sistema penal juvenil ha de ser mayúscula porque su objetivo principal –evitar los efectos negativos de la prisionización- coincide con un principio transversal de este subsistema punitivo.

Tanto es así que, si en el juicio de cuantificación de la sanción juvenil prevalecen, por todo lo argumentado, los criterios de prevención especial en clave convencional –limitadora-, la opción por esta modalidad resulta dirimente en aquéllos casos de equilibrio donde el juicio de necesidad de pena ha de ser positivo por la naturaleza del injusto de base, pero el

---

<sup>103</sup>Claro ejemplo de cómo la prevención especial positiva funciona como límite sustantivo.

<sup>104</sup> La sustitución de las penas de privación de corta duración por otras instituciones irrumpe a fines del siglo XIX en el Derecho anglosajón como el continental europeo; en el ámbito local fue introducido en numerosos Proyectos legislativos desde fines del siglo XIX hasta fines del Siglo XX, sin perjuicio de que el instituto actual de la condena condicional está vigente desde la sanción del Código Penal de 1921 (DE BENEDETTI, ISIDORO-PERA MARTÍNEZ DE DE BENEDETTI, CAROLINA M. *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia*. T. 1. Parte General. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1997. Pp.347/371)

<sup>105</sup> Afirma Jescheck: “La condena condicional constituye, junto a la pena en sentido estricto y la medida, la tercera columna sobre la que descansa la moderna Política criminal” (*Tratado...* Pp.70)

adolescente infractor ha alcanzado, con su conducta post-delictual, los fines de la convención asumiendo una función constructiva para la sociedad.

En efecto, la imposición de una pena de prisión bajo la modalidad condicional, en tanto respuesta de naturaleza punitiva, satisface mínimamente los fines de prevención general de la pena<sup>106</sup> y, en la medida de que se suspende la ejecución por el plazo previsto en el Art. 27 del Cód. Penal, más la facultad jurisdiccional de adicionar *reglas* de conducta, se posibilita la continuidad del proceso de desconstrucción de la culpabilidad. Con esto, el adolescente, prolongará su proyecto vital a la par que se somete al control formal de las reglas a observar por el tiempo pautado en la sentencia, bajo la coerción de perder su libertad en caso de revocación.

Siguiendo el razonamiento, no hay que prejuzgar la condicionalidad como una suerte de “no pena” o un premio, solo por el hecho de que el efecto simbólico de la prisión efectiva se suspende. Al contrario, la condicionalidad bien entendida y ejecutada, importa una significativa restricción a la esfera de libertad del condenado<sup>107</sup>, máxime cuando su imposición conlleva el mandato de cumplir pautas de conducta positivas y negativas, previstas en el Art.27 bis del Cód. Penal y el Tribunal las controla rigurosamente.

Así considerada, la pena de prisión bajo esta modalidad, es un instituto donde pueden confluir los fines antinómicos del sistema penal juvenil en una suerte de feliz síntesis; por tanto acudir a la suspensión condicional de la pena, en hipótesis de delitos graves o sumamente graves, deviene una opción de estricta justicia cuando desde la óptica garantística del Derecho penal mínimo la prisión efectiva del adolescente es más dañosa que el mal a evitar con su encierro.

A modo de ilustración, en un fallo del Tribunal Oral N°3 de la Capital Federal<sup>108</sup>, se impuso la pena de tres (3) años de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional con reglas de conducta a un joven que, previamente, había sido declarado autor responsable de graves crímenes (Robos con armas, Homicidio *criminis causae* y Homicidio *criminis causae* en grado de tentativa). Se aprecia, *ab initio*, que el sentenciante habría perforado claramente el mínimo legal, basándose, entre otros argumentos, que el joven demostró:

---

<sup>106</sup> Sostiene Jescheck al respecto: “La finalidad de la condena condicional es la de, por razones de prevención general y especial, no dejar sin reacción estatal el delito cometido, pero evitarle al delincuente la pena para reducir así, en lo posible, el mal social que la acompaña y prestarle ayuda social si resultase necesario” (*Tratado...* pp. 71)

<sup>107</sup> Piénsese que la condena condicional ya importa un antecedente que se inscribe en el Registro Nacional de Reincidencia, cuyo efecto simbólico permanece de por vida.

<sup>108</sup> *In re* Causa N°4377, “E.E.F S/robos con armas, homicidio *criminis causae* y homicidio *criminis causae* en grado de tentativa (20/08/10).-

*“...un cambio sustancial en donde el esfuerzo realizado por el joven infractor cobra un papel preponderante, pues ello es la mejor medida de su intención de reinserción, al tiempo que permite abrigar razonablemente la expectativa de que los episodios en los que se vio involucrado no habrán de repetirse. Esta posición frente al denominado “tratamiento, es la que más se ajusta a los términos de la Convención Internacional, desde que se coloca el problema del delito cometido por los jóvenes en el ámbito del compromiso frente a los derechos de los otros y no como lo hacía la visión propia de la ley 22.278”.*

Se deduce, pues, que el Tribunal tuvo en cuenta el cambio demostrado por el joven luego de cometer los varios delitos, acogiendo como favorable la conducta “post-delictual”<sup>109</sup> reflejada en el resultado del tratamiento tutelar centrado en la víctima. Ahora bien, pese a que este tratamiento fue valorado altamente positivo, el sentenciante, empero, decidió imponer una pena. Dos reflexiones en el fallo permiten entender el temperamento adoptado:

*“...es el objetivo primordial de la labor jurisdiccional determinar si la pena resulta no necesaria; y tal finalidad no puede ser cumplida mediante el análisis aislado de alguno de los cuatros rubros<sup>110</sup> allí consignados, sino que debe ser producto de una prudente y armónica valoración de todos y cada uno de ellos, sin poder otorgársele preeminencia a ninguno sobre los demás, pues han sido expresa y taxativamente señalados por el legislador como un sistema de compensación y complementación unos de otros.”*

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

Considero, entonces, que el órgano juzgador encontró el punto justo entre los extremos de absolver frente a un hecho punible grave o condenar con una pena excesiva que francamente impedía, en el caso, garantizar el mandato de no desocializar. Es cierto, por todo lo dicho, que en un Estado democrático la asunción de responsabilidad va de la mano de aceptar las consecuencias previstas en la ley, pero en ese caso, el joven se encaminó en un proceso reflexivo, con lo cual, se entendió que la pena de prisión de ejecución condicional era la más equitativa porque marca el límite de lo que no se puede hacer sin echar por la borda la franca evolución lograda por el encartado.

---

<sup>109</sup> En el fallo se detalla pormenorizadamente la evolución del joven, quien permaneció internado en un instituto, retomó la escuela, concluyó el secundario, inició talleres, no se vio involucrado en otros hechos delictivos.

<sup>110</sup> Se hace referencia a los cuatros factores de valoración que debe merituar el juez en el juicio de necesidad de pena, previstos en el art.4° del Dec-Ley N°22.278.-

El jurista Damián Muñoz, comentando este fallo<sup>111</sup>, expresa que lo novedoso en su momento fue la perforación del mínimo legal en base a una correcta hermenéutica de armonización del Decreto-Ley n°22.278 con las directrices de la C.D.N. sin ingresar, no obstante, en la ríspida discusión sobre la inconstitucionalidad de los mínimos de las escales penales, dado que el Art.4° permite eludir el mínimo por vía de un argumento *a fortiori* tal como lo hace la decisión bajo análisis: si la ley autoriza a absolver a un adolescente aun encontrándolo previamente culpable, con mayor razón aún podrá aplicar una pena por debajo del mínimo legal del delito específico, pues “quien puede lo más, puede lo menos”. De ser así, no hay entonces, en estricto sentido, una perforación de los mínimos sino una aplicación de la sanción dentro de la escala amplia que permite una interpretación de la norma *in bonam partem*.

A partir de esta interpretación, es dable concluir que cualquier delito cometido por un adolescente podría ser sancionado con una pena de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional, siempre y cuando se emplee este argumento *a fortiori*.

La Cámara de Casación Penal, Sala n°1, de Entre Ríos, en un fallo emblemático<sup>112</sup> para esta provincia, consagró una línea jurisprudencial en el ámbito provincial, convalidando una sentencia del Juzgado Penal de Niños y Adolescente de Paraná que había condenado a un joven a la pena de tres años de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional por el delito de Homicidio Simple (Art.79 Cód. Penal), con imposición de reglas de conducta a observar. El aspecto medular de la sentencia, es el esfuerzo argumental para satisfacer, mínimamente, las expectativas de prevención a partir del hecho juzgado y la realidad del joven responsable al momento del juicio de determinación de la pena. Es decir, desde la óptica de la prevención general se imponía una pena de prisión efectiva por tratarse de un atentado contra el bien jurídico “vida”; mientras que desde la prevención especial, no había necesidad de pena porque el joven era *otra persona* después de la cesura del juicio. Al contrario, la prisionización en ciernes arrojaba un pronóstico de desocialización severo.

El fundamento, en general, coincide con las razones invocadas en el fallo del Tribunal de Capital Federal, lo que pretendo destacar en particular es la reflexión en torno a la pena de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional. En ese menester, el Tribunal de casación revisa la sentencia de primera instancia, en virtud de la impugnación planteada por la fiscalía

---

<sup>111</sup> MUÑOZ, DAMIÁN R. “Penas menores. La perforación del mínimo legal en el derecho penal juvenil—Comentario a fallo”, publicado *on line*, en eDial.com-DC1504, 21/12/2010, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal.

<sup>112</sup> Cámara de Casación Penal, Sala n° de Entre Ríos, *in re* "GUTIÉRREZ CELSO S/INTEGRACIÓN DE SENTENCIA", Legajo N°982/17, Sentencia N°348, 04/09/2018.

que, entre otros agravios, asociaba la condicionalidad como una suerte de “no pena”. Al respecto, expresa el fallo:

*“... La afirmación de la recurrente parece basarse en una asimilación entre condena condicional y condena nimia -dicho en otros términos: como si la aplicación de una pena de cumplimiento condicional implicara, per se, que no se aplica pena alguna-. Esta asimilación no resulta ajustada a la realidad; por lo demás, la pena impuesta se encuentra suficientemente motivada por el juzgador, tanto en su monto -dedicó numerosos párrafos a analizar las posibilidades de aplicar un monto de pena que se ubica entre la absolucón y la pena prevista para la tentativa del delito enrostrado- como en su modalidad -apelando a este respecto, a los criterios de proporcionalidad, máxima brevedad posible y excepcionalidad de toda prisonización efectiva-.”*

El argumento precitado corona el proceso de reflexión, en el sentido de que la pena de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional, en ciertos casos, implica una verdadera respuesta estatal al injusto culpable en términos de prevención general, a la vez que no se desentiende de las consecuencias futuras de la sanción penal en relación a la situación del adolescente infractor al momento de determinar su pena.

## 7) Síntesis final

En resumen, el proceso de cuantificación de la sanción juvenil, una vez justificada la necesidad de pena, consiste en la articulación argumentada de las siguientes instancias decisorias. Ilustraremos, cada instancia, con un caso de Homicidio simple.

**a)** Elección del marco punitivo en abstracto: el Juez de la especialidad construye *ad-hoc*, el mínimo y máximo de la escala penal para el injusto culpable cuya pena debe fijar. Según la posición sostenida en este capítulo, la regla ha de ser la escala de la tentativa común a los efectos de afianzar verdaderamente el mandato convencional de la pena más breve posible. Por tanto, la escala para la figura elegida será de de 5 años y 4 meses a 12 años y 6 meses de prisión.-

**b)** A continuación, corresponde la determinación judicial de un primer esbozo de pena proporcional al injusto culpable, dentro del marco punitivo escogido.

Aquí, el juez de la especialidad, cuantifica el injusto penal de acuerdo a la escala de gravedad continúa dentro de los mínimos y máximos fijadas en el paso precedente. Emplea, a tal fin, las pautas mensuradoras de los Arts.40 y 41 del Cód. Penal y la dogmática de la individualización judicial de la pena propuesta –en mi caso- por Silva Sánchez.

Siguiendo con el ejemplo, conforme el mandato de buscar la pena más breve posible, el punto **de ingreso** al marco punitivo será, como regla, el mínimo: 5 años y 4 meses. No

obstante, la incidencia de las agravantes podrá elevar la pena. Por ejemplo, si el homicidio concursa con otro delito; o bien, por el medio empleado –arma de fuego-, circunstancias –Ej.: nocturnidad, falta de provocación-, extensión del daño –graves heridas, pérdida irremediable de una vida-; motivos –rencillas barriales-, arrojando, en hipótesis, una pena de 6 o 7 años de prisión.

c) El tercer eslabón del proceso de determinación de la pena, consiste en la desgravación de la pena proporcional al injusto culpable emergente del paso precedente, en función de los factores representativos de la prevención especial: edad, nivel de formación, resultado del tratamiento tutelar, antecedentes del menor –condiciones de vulnerabilidad- y la impresión recogida por el juez en la audiencia integrativa.

En este paso, el juez de la especialidad toma como techo la pena individualizada previamente y, a los efectos de disminuir el reproche, valora los atenuantes comunes como la edad del autor, por ejemplo joven de 16 años al momento del hecho-, padre y sostén de familia –el joven al ser juzgado, está en pareja y ha tenido un hijo y trabaja para mantener su familia-.

Y, finalmente, se debe apreciar la evolución post-delictual del adolescente cristalizada en el seguimiento tuitivo, confirmando si a partir de ello hubo una real descomprensión de la culpabilidad inicial. Asimismo, releva el contexto de crecimiento y formación –rubro de antecedentes- del adolescente y el esfuerzo por emerger de un contexto adverso. Esta instancia, vale reiterar, comprende *solo* desgravación *in bonam partem* y nunca agravación por motivos de fracaso del tratamiento tutelar.

En consecuencia, la pena de 6 o 7 años de prisión efectiva por un Homicidio Simple, expresión de una sanción proporcional al injusto culpable, podrá reducirse a una pena comprendida entre 4 a 5 años y 4 meses de prisión efectiva -escala de la tentativa inidónea-, o incluso a la pena de 3 años de prisión y fijar la condicionalidad de la ejecución, si se comprueba una real desgravación de la culpabilidad histórica en función de una conducta posterior al delito de implicancia subjetiva; un esfuerzo por emerger de la vulnerabilidad y se constata, en definitiva, que el sujeto juzgado es *otra persona y un mejor ciudadano* en términos de respeto a la norma vigente.

Por el contrario, si estos extremos expresivos de la prevención especial no se verifican en la especie, se impone la pena *proporcional al injusto culpable* –V.gr. 6 o 7 años de prisión-. Aquí, no se atenta contra el mandato de pena más breve posible porque la pena final se ubica

dentro de la escala más benigna de la tentativa común; es decir, en el primer tercio, apenas por encima del mínimo.

**d)** Por último, si la pena resulta de cumplimiento efectivo, además del descuento por el período de encierro real durante el proceso, se podrá disponer que en el cómputo final se descuenta el tiempo de duración del tratamiento tutelar cuando éste, de las circunstancias de la causa, surja que aún siendo ambulatorio, ha implicado una fuerte restricción al espacio de autodeterminación del adolescente en función de las estrictas pautas impuestas durante su ejecución.

**e) ¿Una respuesta posible al caso de la joven L.N.M.?**

Finalicemos con la pregunta inicial que disparó el eje de esta investigación: *¿la adolescente merecía una sanción penal por el hecho atribuido?*

Para elaborar una respuesta, describiré previamente el camino procesal que habría tenido lugar si se hubiere aplicado un Derecho penal juvenil de conformidad al paradigma de la responsabilidad, descrito y defendido a lo largo de esta investigación.

En este modelo, en primer término, L.N.M tenía el derecho constitucional a un juicio justo, es decir, una instrucción penal que recolectare la totalidad de evidencias para determinar, entre otras cosas, la existencia de un hecho delictivo, la autoría, la posible participación de un tercero y circunstancias agravantes y/o atenuantes. A su vez, debió ser asistida por una defensa técnica eficaz para controlar la evidencia y proponer pruebas de descargo y asimismo oponerse, mediante los medios recursivos a las sucesivas resoluciones que, infundadamente, ordenaron y prorrogaron la privación de la libertad de la joven bajo el eufemismo de fines protectorios. En efecto, L.N.M. nunca debió ser institucionalizada en un hogar por motivo del proceso en su contra, salvo la alegación de un riesgo procesal comprobable.

Luego, una vez verificados estos presupuestos del debido proceso, si el juez instructor hubiera arribado a un auto de procesamiento, y el órgano acusador hubiera convalidado la pesquisa y requerido la elevación de la causa a juicio, se habría resuelto la situación procesal de la joven en un plenario oral mediante una sentencia declarativa de responsabilidad o, por el contrario, absolutoria.

Supongamos, por lo tanto, que mediante el contradictorio oral se habría determinado la culpabilidad de la adolescente por el delito de Homicidio Agravado por el vínculo (Art.80 inc.1° Cód.Penal), cometido con dolo y en perjuicio de su hija recién nacida; no actuó

amparada bajo ninguna causal de justificación ni de exculpación. Resta, todavía, responder si era ajustado a derecho la imposición de una sanción.

En este punto, a diferencia de lo que muchos podrían suponer que, desde este paradigma, se propugna la aplicación de una pena a L.N.M por haber lesionado el bien jurídico “vida” de la víctima sobre la que tenía una posición de garante de fuente legal; al contrario, la determinación de la responsabilidad penal en este ámbito, no implica *per se* la asignación automática de la consecuencia jurídica por el acto infractor –pena-. Como hemos detallado exhaustivamente, el juicio de “necesidad” en clave de dogmática jurídico-penal habría arrojado, tras la cesura de juicio y en virtud de las concretas circunstancias que rodeaban a L.N.M, una expectativa negativa de necesidad de pena en función del improbable pronóstico de reiteración de un delito de esta naturaleza, la excepcionalidad de este tipo de crímenes, la extrema vulnerabilidad social de la joven y la particularidad del acontecer típico, asimilable a la derogada figura del infanticidio.

Es decir, en la instancia de integración, un análisis detallado del hecho imputado, el seguimiento tutelar y los antecedentes de la joven habrían justificado un juicio negativo de necesidad de pena en el cual, las razones de prevención especial positiva se colocaban por encima de las razones de prevención general del injusto en sí. La vulnerabilidad, bajo este prisma valorativo, no hubiera sido un pretexto para encerrar a L.N.M, sino un concepto para la argumentación dogmática.

La respuesta del modelo tutelar sin dudas fue más violenta e irracional porque fue la *no-respuesta en su totalidad*, la incertidumbre, el vacío de sentido; en suma, *la irresponsabilidad* de todos los protagonistas. Desde la perspectiva jurídico penal no se verificaron la imputación, ni las circunstancias del acontecer delictivo ni la responsabilidad y, desde lo político-asistencial, no se mejoró la vida de quien entonces era menor de edad ni de su entorno. El sobreseimiento nueve años después por razones de política criminal y déficit probatorio no arrojó luz sobre lo acaecido y, además, constató lo irremediable: la joven persistía en las mismas condiciones de vulnerabilidad al momento del hecho.-

Por tanto, desde el modelo de la responsabilidad penal juvenil es legítimo concluir que L.N.M., merecía una respuesta jurídico penal, si con ello nos referimos –en sentido amplio- a la realización de un juicio previo con todas las garantías, tendiente a determinar el objeto de la acusación y la participación personal y que *no necesariamente* concluiría con la asignación de una pena. En suma, la sentencia relativa a la cuestión estrictamente penal hubiera sido argumentada, racional y garantista; en definitiva, conforme a Derecho, y lo asistencial,

protectorio y benefactor -que sin dudas ameritaba el caso- habría corrido libre por otro andarivel del Estado.

De este modo, creo haber formulado y construido una respuesta jurídica superadora para el caso de la adolescente L.N.M., cuyo impacto en mi persona fue tan hondo que constituyó el motivo principal para emprender esta investigación.

QED.

## **Conclusiones finales**

A continuación, a modo de cierre, se consigna una síntesis de las principales ideas que se extraen del desarrollo de la tesis, en una suerte de conceptos concatenados en orden lógico que siguen los lineamientos principales de cada parte y sus respectivos capítulos:

1) El Derecho penal juvenil es una rama del Derecho Penal que se diferencia no por el contenido de las normas aplicables –penales- sino por la condición jurídica, antropológica y psicológica de los sujetos destinatarios, vale decir, adolescentes reconocidos normativamente con capacidad para motivarse por las normas y responder por sus actos, a la vez que sujetos en desarrollo vital y madurativo, dotados de una especial protección jurídica del Estado.

2) Si la diferencia reside, entonces, en los sujetos destinatarios y no en la materia jurídica, el Derecho penal juvenil habrá de compartir la totalidad de los principios penales liberales y los fines que la sociedad democrática asigna al Derecho Penal en general, reflejados en la Constitución; sin perjuicio de estar orientado, asimismo, hacia fines específicos que se desprenden directamente de los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

3) El Derecho penal juvenil, desde esta óptica, abandona la concepción tutelar y correccional de la infancia, con marcada flexibilización de garantías penales y avanza, en cambio, hacia un Derecho penal de acto y culpabilidad; se nutre de la dogmática del hecho punible, observa las garantías procesales y sustanciales, reduce las medidas cautelares a una mínima expresión y fundamentalmente propugna consecuencias jurídicas coercitivas y diferentes a la pena clásica, acordes a la madurez y realidad existencial del sujeto infractor.

4) El modelo de la responsabilidad penal juvenil, sostenida en la C.D.N., aboga por la construcción de un sistema de Derecho penal juvenil no retributivo, mínimo, preponderantemente restaurativo y excepcionalmente punitivo, cabalgando sobre dos ejes antinómicos, prevención especial y prevención general, ambas en su versión positiva.

5) Un Derecho penal juvenil basado en la responsabilidad, no se puede agotar en la prevención especial porque, en el Derecho Penal contemporáneo, esta tesis perdió capacidad

de rendimiento para justificar la pena en general. Ergo, el Derecho penal juvenil ha de estar orientado también a la prevención general, en su versión positiva y limitada. Esto significa que en este ámbito, se debe medir de igual modo el grado de antijuricidad del injusto penal, es decir, no se puede soslayar la relevancia del hecho y sus consecuencias dañosas.

6) La orientación preventivo especial, como mandato que decanta desde la C.D.N., en su versión positiva, se enfocará en el adolescente infractor y se proyecta en el proceso penal adolescente sobre la investigación, el juicio, la cesura, la integración –juicio de necesidad y determinación judicial de la pena- y finalmente, en la ejecución de la pena, mas nunca como fundamento de la punición y solo con carácter atenuante, limitante y/o excluyente de la punibilidad.

7) La prevención especial positiva, asimismo, será el basamento de las pautas socio-educativas o instrucciones judiciales que se instituyan en las medidas alternativas al proceso penal y en el proceso penal, como el contenido sustancial del “tratamiento tutelar” en el marco del Régimen Penal juvenil vigente, pero siempre respetando la autodeterminación del adolescente punible.

8) La prevención general positiva en su versión limitada, compatible con las garantías penales básicas, se enfoca en el interés de la sociedad y la víctima y justifica excepcionalmente la intervención punitiva frente a cierta constelación de delitos que afectan gravemente el núcleo pétreo de los derechos humanos de las víctimas, abonando la decisión político-criminal de ejercer la acción penal contra el adolescente imputado.

9) El Derecho penal juvenil se enrola, en consecuencia, en la tesis del utilitarismo moderado o garantista; reconoce la intervención punitiva como un mal menor que solo se justifica para prevenir y contener el mayor coste social que implicaría, la no intervención del Derecho penal frente a graves disturbios sociales provocados por el delito.

10) No obstante lo anterior, el contenido y el alcance del reproche jurídico penal al hecho punible cometido por un adolescente, no puede ser idéntico al reproche que cabría atribuir a un adulto frente al mismo hecho. En ese sentido, la intervención jurídico penal debe ser proporcionada al grado de madurez del sujeto infractor, por ello en el caso de adolescentes, al considerarse una capacidad de culpabilidad disminuida, la respuesta penal ha de ser sensiblemente menor.

11) Este principio fundamental se proyecta a lo largo del proceso penal juvenil, propugnando la desvinculación del adolescente del proceso judicial, en la medida de lo posible, a los efectos de evitar la estigmatización primaria y las consecuencias perjudiciales del encierro y adoptando para ello medidas alternativas a la pena.

12) Sin embargo, en los delitos que afectan gravemente los bienes jurídicos esenciales de las personas, la intervención punitiva deviene necesaria por razones de prevención general. La expectativa de pena surge, entonces, como horizonte de posibilidad.

13) A la luz de ello, cuando se decide el ejercicio de la acción penal hasta la determinación de la culpabilidad mediante un juicio oral o un juicio abreviado, la fijación de la pena se plasma en una instancia oral y una sentencia distinta –interlocutorio de la pena-. El juez de la especialidad deberá ponderar, por un lado, la relevancia jurídico penal del hecho atribuido en términos de magnitud del ilícito y grado de culpabilidad inicial y, por otro, la conducta post-delictual del adolescente en términos de reconciliación con la norma y la comprensión de los derechos humanos, mediante un delicado juicio de equilibrio prudencial.

14) En este contexto, la sentencia penal juvenil y su construcción argumental, renuncian a la retribución y se nutren de los fines preventivos de la pena. La prevención general positiva, como regla, va a justificar el juicio de *necesidad* de pena y la prevención especial funcionará como límite. A la inversa, en el juicio de cuantificación de la pena, la prevención especial fundamentará la individualización de la pena más breve posible.

15) De conformidad al Régimen penal de la minoridad vigente en nuestro país, careciendo de penas alternativas a la prisión clásica, la pena de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional se constituye como norte performativo, dado que satisface mínimamente el fin preventivo general de la pena, a la vez que evita los efectos perjudiciales de la prisión efectiva cuando el adolescente, con su conducta post-delictual, demostró un cambio drástico en términos de reconciliación con la norma defraudada.

16) Sin perjuicio de ello, se propugna de *lege ferenda*, el reemplazo del actual régimen penal juvenil por un sistema penal juvenil integral que prevea multiplicidad de sanciones, preservando la estructura coercitiva de la norma penal, pero con contenido socio-educativo y excepcionalmente privativo de la libertad. Se defiende la estructura bifásica del proceso penal –cesura de juicio- a fin de posibilitar, entre el juicio de responsabilidad penal y la sentencia que determina la consecuencia jurídica, un período de prueba que permita la desconstrucción de la culpabilidad inicial.



## Índice de autores y temas

### A

Absolución, facultad de. Pp. 28, 96, 115  
Albrecht, Peter A. Pp.24  
Alcacer Guirao, Rafael. Pp.45, 60, 69, 75, 76, 77, 80, 81, 83, 84.  
Antecedentes del menor. Pp. 107, 133  
Antiseri, Dario.Pp.1  
Axat, Julián. Pp.12, 34  
Alagia, Alejandro. Pp. 14, 15, 61, 120  
Alexy, Robert. Pp. 19, 24, 47, 49, 58, 62, 87  
Aristóteles. Pp. 87  
Arocena, G.A. Pp. 66  
Atienza, Manuel. Pp. 62

### B

Baca Paunero, Diego. Pp. 34, 95  
Bacigalupo, Enrique. Pp. 36, 45  
Balcarce, F.I. Pp. 66  
Barbirotto, Pablo. Pp. 8, 23  
Beloff, Mary. Pp. 8, 11, 14, 18, 25, 32, 36, 41, 46, 52, 53, 56, 63, 67, 103, 108  
Berrioz Díaz, Gonzalo. Pp. 18, 26, 41, 42, 114

### C

Calvo García, Manuel....13  
Carbonell Mateu, Juan C. 78  
Carga. Pp.99, 100, 126  
Carrara, Francesco...37  
Carrió, Genaro.Pp.48  
Cataldi, Myriam.Pp.21  
Cesano, J.D. Pp. 66

Cese del tratamiento tutelar.Pp.92  
Cesura de juicio. Pp. 12, 28, 38, 71, 90  
Chiappini, Julio O. Pp. 99  
Cillero Bruñol, Luis. Pp. 17, 31  
Convención de los Derechos del Niño. Pp. 7, 8, 9, 19, 20, 24, 25, 33, 34, 35, 40, 41, 49, 52, 53, 54, 58, 62, 68, 69, 82, 86, 91, 107, 114  
Condena condicional. Pp.28, 104, 128, 129, 130  
Convención Americana de Derechos Humanos. Pp. 7 24, 29, 50, 51, 52, 53, 91  
Comportamiento post-delictual. Pp.28, 129, 130  
Constitución Nacional. Pp. 7, 8, 19, 23, 50, 91, 114  
Corcoy Bidasolo, Mirentxu. Pp. 60, 62, 79, 80  
*Corpus iuris internacional*. Pp. 18, 30, 56, 82  
Corte I.D.H. Pp. 27, 28, 49, 56, 63  
Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pp. 5, 16, 50, 52, 55, 93, 101, 102, 106, 113, 117, 118  
Couso, Jaime. Pp. 25  
Couture, Eduardo. Pp. 99  
Crespo, Eduardo D. Pp. 46, 49, 59, 60, 63, 76, 77, 82, 103, 105, 114, 125  
Crivelli, Aníbal. Pp. 9, 13, 14, 15, 22, 23, 26, 27, 28, 32, 33, 39, 46, 52, 57, 63, 93, 115  
Croxatto, Guido. Pp. 48  
Cruz Márquez, Beatriz. Pp. 26, 29, 35, 36, 58, 67, 69, 82,

Cuantificación de pena. Pp. 37, 73, 87, 100, 108, 111, 128

Culpabilidad. Pp. 19, 51, 52, 126

Cury Urzua, Enrique. Pp. 65, 69, 71, 72, 88

Custet Llambi, María. Pp.18, 32, 33, 35, 38, 70

## D

De Benedetti, Isidoro. Pp.128

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Pp. 51, 52

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pp. 51

Decreto-Ley n°22.278. Pp. 9, 10, 12, 22, 27, 28, 38, 39, 89, 90, 92, 131

De la Cuesta Arzamendi, José L. Pp.65, 68, 73

Determinación de la pena. Pp.114, 116, 125, 131

Divito, Mauro. Pp. 108

Dogmática jurídico-penal. Pp.23, 30, 59, 124

Dogmática de la pena. Pp.30, 59

Duce, Mauricio.Pp.25

Duran Migliardi, Mario. Pp.65, 68

Dworkin, Ronald. Pp. 11

## E

Equipo técnico –interdisciplinar- Pp. 12, 34, 70, 97

Especialidad –principio- Pp. 21, 24, 73

## F

Ferrajoli, Luigi. Pp.14, 20, 23, 30, 43, 46, 48, 60, 66, 76, 87, 111

Feijoo Sánchez, Bernardo. Pp. 63, 77, 79, 112

Felibert, María P. Pp. 27

Finnis, John. Pp. 20

Fines de la pena. Pp. 1, 2, 35, 45,

Fines del Derecho penal juvenil. Pp. 1, 2, 35, 37, 46

Foucault, Michel. Pp. 6, 7, 17

Freedman, Diego. Pp. 25, 32, 36, 46, 52, 53, 103, 108

Frister, Helmut. Pp. 36, 99

## G

García, Jorge L.A Pp. 66

García Méndez, Emilio. Pp.9, 16, 17, 21

Goldschmidt, James. Pp. 99

González Laurino, Carolina. Pp.13, 26, 34

González del Solar, José H. Pp.28

Gil Gil, Alicia. Pp. 70

Gimbernat Ordeig, Enrique.Pp.35

Giménez-Salinas y Colomer, Esther. Pp. 10, 14,15, 16

Grappasono, Nicolás. Pp. 14, 23

Gravedad del hecho. Pp.88, 118, 123

## H

Habermas, Jürgen. Pp. 19, 79

Hart, Herbert. Pp. 57, 87

Hernández Basualto, Héctor Pp.23, 30, 40

Hobbes, Thomas. Pp.19

Hörnle, Tatjana. Pp. 63, 72

Hume David. Pp.48

## I

Imbriano, Amelia. Pp.10

Inicio del tratamiento tutelar. Pp.90

Integración de sentencia. Pp.28, 71, 73, 90

Interés superior del niño. Pp.18, 24, 49, 58, 59, 69

## J

Jakobs, Günther. Pp.16, 36, 45, 60, 76, 77, 81

Jescheck, Hans-Heinrich. Pp.46, 111, 129

Justicia restaurativa. Pp. 26

## K

Kant, Immanuel. Pp. 19, 20  
Kalinowski, Goerges. Pp.20  
Kelsen, Hans. Pp. 57, 87  
Kemelmajer, Aída. Pp.26  
Kierszenbaum, Mariano. Pp. 46, 53, 103, 108  
Kuhn, Tomas. Pp. 13  
Krotter, Laura. Pp. 10

## L

Laino, Nicolás. Pp. 71  
Lepori White, Inés. Pp. 99  
Ley Agote. Pp.10, 11, 14, 21, 39  
Ley Orgánica 5/2000, España. Pp.32, 42, 57, 114, 115  
Ley n°20.084 –Chile-. Pp. 114  
Locke, John. Pp.19

## M

Massini, Carlos I. Pp. 87  
Medidas cautelares. Pp.2, 33  
Medidas tutelares, Pp.30, 32,  
Miranda Martínez Cibory M. Pp. 23, 27, 36  
Mir Puig, Santiago. Pp.47, 57, 60, 62, 74, 77, 80, 81, 112  
Miró Llinares, Fernando. Pp. 47, 48  
Modalidad del hecho. Pp. 104, 125  
Modelo tutelar. Pp.13, 27, 31, 43  
Morales Peillard, Ana M. Pp.42  
Muñoz, Damián. Pp.94, 104, 131

## N

Necesidad de pena. Pp.26, 37, 73, 87, 88, 100, 102, 109, 110, 111  
Nino, Carlos S. Pp. 20, 40, 45, 57, 75, 83, 88

## O

Observación General n°10. Pp.8, 21,24, 31, 33, 54  
Opinión Consultiva n°17. Pp. 23, 24, 25

## P

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pp.7, 50, 51, 52, 91,  
Paredes Castañón, José M. Pp. 36, 49, 58, 67, 70, 81, 82, 95, 96  
Parma, Carlos. Pp. 34, 88, 95, 108  
Patronato del Estado. Pp.10, 16 27,  
Pera Martínez, Carolina.Pp.128  
Peyrano, Jorge. Pp.99  
Plotno, Maia. Pp. 94  
Proporcionalidad. Pp.52, 56, 89, 123  
Prevención. Pp.37, 60, 61, 87  
Prevención especial. Pp.37, 50, 51, 53, 59, 60, 61, 63, 68, 70, 71, 109, 110, 111, 128  
Prevención general. Pp.37, 51, 55, 56, 59, 74, 82, 84, 109, 110, 111, 122  
Proceso penal juvenil. Pp. 22

## R

Rawls, John. Pp.19  
Retribución/retribucionismo. Pp.53, 59, 60, 102  
Reglas de Beijing. Pp. 8, 23, 24, 35, 53, 54, 55, 82, 83, 86, 105  
Régimen penal de la minoridad. Pp.10, 27,39, 42, 89  
Remisión de casos. Pp.35, 106  
Resocialización. Pp. 50, 51, 61, 65, 68, 95  
Responsabilidad penal juvenil. Pp.10, 17, 29, 43, 82, 96  
Reale, Giovanni. Pp.1  
Rosseau, Jean-Jacques. Pp.19  
Roxin, Claus. Pp.22, 24, 36, 37, 44, 45, 46, 50, 51, 59, 60, 61, 64, 65, 75, 76, 81, 107, 113

Ruiz Manero, Juan. Pp.24

## S

Santoianni, Juan P. Pp. 120

Schünemann, Bernd. Pp.46, 47, 84

Serna, Pedro. Pp.87

Situación irregular. Pp.10, 17, 32

Silva Sánchez, Jesús M. Pp.23, 30, 36, 37, 44, 46, 47, 61, 64, 65, 68, 78, 79, 98, 112, 124

Slokar, Alejandro. Pp.14, 15, 61, 120

Soler, Sebastián. Pp.11

Stratenwerth, Günter. Pp.36

Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. Pp.96, 121, 122

## T

Tratamiento tutelar/resultado. Pp.15, 28, 32,38, 39, 40, 70, 91, 95, 97, 100, 104, 126, 127

Tentativa común, escala. Pp.115, 116, 119

Tentativa inidónea, escala. Pp. 119, 127

Teorías de la pena.Pp.36, 45, 46, 47, 59

Terragni, Marco A. Pp. 46, 50, 69, 103

Terragni, Martiniano. Pp.25, 32, 36, 46, 52, 53, 90, 103, 108

## V

Valencia Corominas, Jorge. Pp. 18

Vázquez Rossi, Jorge E. Pp. 8

Vetere, Daniela. Pp. 92, 95, 119

Vigo, Rodolfo. Pp.20

## W

Welzel, Hans. Pp. 20, 21, 45

## Z

Zaffaroni, Eugenio R. Pp.14, 15, 61, 114, 120, 123

Ziffer, Patricia. Pp. 45, 48, 59, 63, 103, 112, 123, 125

Zugaldía Espinar, José M. Pp.62

## Bibliografía

### Libros

ALBRECHT, PETER-ALEXIS. *El Derecho penal de menores*. 1era. Edición. Trad. Juan Bustos Ramírez. Ed. PPU., Barcelona, 1999.

ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. 1era. Edición. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997.

-*Teoría de los derechos fundamentales*. 2da. Edición, Trad. Carlos Bernal Pulido. Ed. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. 1era. Edición., 4ta. Reimp. Trad. José Luis Calvo Martínez. Ed. Alianza, Madrid, 2005.

AROCENA, G.A.-BALCARCE, F.I.-CESANO, J.D. *Metodología de las ciencias penales*. 1era. Edición. Ed. B de f, Bs. As., 2016.

ATIENZA, MANUEL. *El derecho como argumentación*. 1era. Edición, 5ta. Reimp. Ed. Ariel, Barcelona, 2010.

AXAT, JULIAN. *Una voz no menor. Apuntes etnográficos sobre la justicia penal juvenil*. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. En Memoria Académica, [en línea consultado en fecha 24/05/2018]. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1016/te.1016.pdf>.

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Derecho penal. Parte general*. 2da. Edición. Ed. Hammurabi, Bs As., 1998.

BARBIROTTA, PABLO. *Proceso penal juvenil*. 1era. Edición. Ed. Delta Editora, Paraná, Argentina, 2013.

BELOFF, MARY. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. 1era. Edición, 3era. Reimp. Ed. Del Puerto, Bs As., 2004.

BELOFF, MARY. *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*. 1era Edición. Ed. Hammurabi, Bs. As, 2018.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN –Coordinador- y otros. *Prevención y teoría de la pena*. 1era. Edición. Conosur Ltd., Santiago de Chile, 1995.

CALVO GARCÍA, MANUEL. *Los fundamentos del método jurídico*. 1era Edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

CARRARA, FRANCESCO. *Programa de derecho criminal. Parte General. T I*. 4ta. Edición. 1era. Reimp., Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Ed. Temis S.A., Bogotá, 1988.

CARRIO, GENARO R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1965.

COUTURE, EDUARDO J. *Vocabulario jurídico*. 4ta. Edición, corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa. Ed. B de f, Bs. As. 2013.

- CRESPO, EDUARDO D. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2da. Edición. Ed. B de f., Bs As, 2016.-
- CRIVELLI, ANÍBAL E. *Derecho penal juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil*. 1era. Edición. Ed. B de f., Bs As, año 2014.
- GARCIA MENDEZ, EMILIO. *Infancia de los derechos y de la justicia*. 2da. Edición. Editores del Puerto, Bs. As., 2004.
- GONZALEZ DEL SOLAR, JOSÉ H. *Delincuencia y Derecho de Menores*. 2da. Edición. Ed. De palma, Bs. As., 1995.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*. 11va. edición, 1era. Reimp. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Edición. ed. Trotta, Madrid, 2014.
- Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3era. Edición. Trad. Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado y Gerardo Pisarello. Ed. Trotta, Madrid, 2007.
- FINNIS, JOHN. *Ley natural y Derechos Naturales*. 1era. Edición. Trad. Cristobal Orrego. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2000.
- FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. 2da. Edición. Trad. Aurelio Garzón del Camino. Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2008.
- FRISTER, HELMUT. *Derecho Penal. Parte General*. 4ta. Edición. Trad. Marcelo Sancinetti. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2011.
- DWORKIN, RONALD. *Los Derechos en serio*. 1era. Edición. 8va. Reimp. Trad. Marta Guastavino. Ed. Ariel, Bs. As., 2010.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*. 6ta. Edición., Trad. Manuel Jiménez Redondo. Ed. Trotta, Madrid, 2010.
- HART, HERBERT. *El concepto de Derecho*. 2da. Edición, Reimp. Trad. Genaro E. Carrió. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1963.
- HOBBS, THOMAS. *Leviathan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. 2da Edición. 8va. Reimp. Trad. Manuel Sánchez Sarto. Fondo de Cultura Económica, Bs As., 2011.
- HUME, DAVID. *Tratado de la naturaleza humana. T. III*. 1era. Edición. Trad. Félix Duque. Ediciones Orbis S.A., Madrid, 1981.
- IMBRIANO, AMELIA H. *¿Por qué matan los niños? Aportes del psicoanálisis a la prevención del delito y la justicia penal juvenil*. 1era. Edición. Ed. Letra viva, Bs. As. 2012.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. 1era. Edición. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. 1era. Edición, 1era. Reimp. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ta. Edición Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Ed. Comares, Granada, España, 1993.

- KANT, IMMANUEL. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 1era. Edición, bilingüe y traducción de José Mardomingo. Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1996.
- KALINOWSKI, GEORGES. *Concepto, fundamento y concreción del derecho*. 1era. Edición. Trad. Catalina E. Arias de Ronchietto, Bernardo B. Calderón y Carlos I. Massini. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1982.
- KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, 3era. Edición, 9na. Reimp. Trad. Moisés Nilve. Ed. Eudeba, Bs.As., 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. 1era. Edición. Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2004.
- KUHN, THOMAS S. *La estructura de las revoluciones científicas*. 1era. Edición. Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1971.
- LOCKE, JOHN. *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*. Ladosur, Bs. As., 2002
- MASSINI, CARLOS I. *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. 1era. Ed., Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1982
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*. 3era. Edición. Ed. PPU, Barcelona, 1990.
- NINO, CARLOS S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2da. Edición. 3era. Reimp. Ed. Astrea, Bs. As. 2012
- *Introducción al análisis del derecho*. 2da. Edición, 16va. Reimp. Ed. Astrea, Bs. As., 2012.
- *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. 1era. Edición Ed. Astrea, Bs. As. 1980.
- PARMA, CARLOS. *Derecho penal de menores*. 1era. Edición. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2018
- RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia*. 2da. Edición, 8va. Reimp. Trad. María Dolores González. Ed. Fondo de cultura económica, México D.F., 2011.-
- REALE GIOVANNI-ANTÍSERI, DARIO. *Historia de la Filosofía. T.1 Filosofía pagana antigua*. 2da. Edición. Trad. Jorge Gómez. Ed. San Pablo, Bogotá, 2010.
- ROSSEAU, JEAN-JACQUES. *Contrato social*. 1era. Edición. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. Ed. Biblioteca Nueva S.L., Madrid, 2003.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General. T I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. 2da. Edición, 7ma. Reimp., Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Thomson Civitas, Madrid, España, 2006.
- *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. 1era. Edición. Trad. Francisco Muñoz Conde. Ed. Reus S.A. Instituto Editorial, Madrid, 1981.
- *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2da Edición, Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Ed. Hammurabi. José Luis Palma Editor, Bs. As., 2000.-
- TERRAGNI, MARCO A. *Proporcionalidad de la pena. Determinación legal e individualización judicial*. 1era. Edición. Editorial Rubinzal Culzoni, Bs. As, 2017.
- TERRAGNI, MARTINIANO. *Proceso penal juvenil. Práctica y jurisprudencia*. 1era. Edición, 1era. Reimp. Ed. La Ley, Bs. As., 2018.

SERNA, PEDRO. *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. 1era. Edición. Ed. Porrúa, México D.C., 2006

SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2da. Edición. Ed. B de f, Bs. As., 2010.

-*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da. Edición. Ed. Civitas, Madrid, 2001.

STRATENWERTH, GÜNTER. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. 4ta. Edición. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005.

SOLER, SEBASTIAN. *Derecho Penal argentino*. Tomo II. 4ta. Edición, 10ma. Reimp. Ed. T.E.A., Bs. As, 1992.

VAZQUEZ ROSSI, JORGE E. *La defensa penal*. 4ta. Edición. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

VIGO, RODOLFO L. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. 1era Edición. Ed. Rubinzal y Culzoni S.C.C., Santa Fe, 1983.

WELZEL, HANS. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*. Reimp. Trad. Felipe González Vicen. Ed. B de f, Bs. As, 2011.

ZAFFARONI, E.-SLOKAR, A.-ALAGIA, A. *Manual de Derecho Penal-Parte General*. 2da. Edición, 4ta. Reimp. Ed. Ediar, Bs.As., 2010.

ZAFFARONI, EUGENIO R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General T V*. 1era. Edición. Ed. Ediar, Bs. As. 1983.

ZIFFER, PATRICIA. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2da. Edición. Reimp. Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1999.-

### **Artículos y Papers:**

ALCACER GUIRAO, RAFAEL. “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* Vol LI. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1998.

-“Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho N°25 (2002), disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm04t2>

ALEXY, ROBERT. “*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 5 (1988), pp.139/151. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm3353>

AXAT, JULIAN. “Apuntes para una intervención en salud mental juvenil sin amenazas”, disponible en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) (Id SAIJ: DACF120101)

BACA PAUNERO, DIEGO. “Espacios que nacen. La posibilidad de lo instituyente. Reflexiones sobre el cuerpo técnico auxiliar en el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil”, en *Responsabilidad penal juvenil. Garantías procesales penales*. 1era. Edición. Editorial La Rocca, Bs. As., 2010.

BELOFF, MARY-FREEDMAN, DIEGO-TERRAGNI, MARTINIANO.”Reseña del informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34440.pdf>

BELOFF, MARY, FREEDMAN, DIEGO, TERRAGNI, MARTINIANO. “Debido proceso e imputados no punibles en la jurisprudencia argentina”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015.

BELOFF, MARY-FREEDMAN, DIEGO-KIERSZENBAUM, MARIANO-TERRAGNI, MARTINIANO.”La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de resocialización”, *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015.

BELOFF, MARY. “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil Latinoamericana”, en GARCÍA MENDEZ, E. *Adolescentes y responsabilidad penal*. Ed. Ad-hoc, Bs. As., 2001.

-“Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. 1era. Edición. Ed. Temis, Bogotá, 1998.

-“Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular”, en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. 1era Edición, 3era Reimp. Editorial Del Puerto, Bs As., 2004.

- BERRIOS DÍAZ, GONZALO. “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”, en revista Polit. Crim. Vol. 6, N°11 (junio 2011), Art.6 pp. 163-191. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000100006>

- BERRIOZ GONZALO. “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, en *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, N°6, 2005. Disponible en <http://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15079>

-CATALDI, MYRIAM M. “La noción de centro de vida como parte integrante del concepto del superior interés del niño y su impacto procesal”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015.

CARBONELL MATEU, JUAN C. “Principio de libertad y bienes –jurídicos penales. Sobre la prohibición de prohibir” en *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición. Ed. B de f, Madrid, 2017.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes”, en *Justicia y Derechos del Niño*, N°3, UNICEF (2001) Unicef, Buenos Aires, pp. 65-75.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. “Prevención limitada vs. Neo retribucionismo”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición Ed. B de f, Madrid, 2017.

COUSO, JAIME. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII*, Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre)

pp. 267-322. Disponible [online] ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000100007>.

CROXATTO, GUIDO L. “Buscando un nuevo “piso” para el derecho”, en *Argumentación, derechos humanos y justicia*. 1era. Edición. Ed. Astrea, Bs. AS., 2017.

CRUZ MARQUEZ, BEATRIZ. “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”, en *El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*, revista Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, AFDUAM, n°15, 2011. Pp.241/269.

CURY URZUA, ENRIQUE. “La prevención especial como límite de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, T.XLI. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1988. Pp.685-702.

CUSTET LLAMBI, MARÍA R. “Medida privativas de la libertad en el sistema penal juvenil. Estándares internacionales de Derechos Humanos”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015.

DE BENEDETTI, ISIDORO-PERA MARTÍNEZ DE DE BENEDETTI, CAROLINA M. *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia*. –Directores Eugenio R. Zaffaroni-David Baigún- T. 1. Parte General. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1997. Pp.343/439.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ L. “Vigencia y actualidad del principio de resocialización”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición, Ed. B de f, Madrid, 2017.

DIVITO, MAURO A. El fallo <<M.,D. E.>> ¿Cómo se aplica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño?, en *Jurisprudencia penal de la C.S.J.N. T. II*. 1era. Edición, 1era. Reimp. Ed. Hammurabi, Bs As. 2011

DUCE, MAURICIO-COUSO, JAIME. “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho comparado”, en *Polít.-crim. Vol. 7, N°13 (Julio 2012)*, 1, pp. 1-73Disponible [online] ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000100001>

DURAN MIGLIARDI, MARIO. “Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena”, en *Revista Estudios Criminológicos y Penitenciarios*. Año VIII N°13, Diciembre 2008. Pp.57/80. Disponible on line, en [https://www.academia.edu/8184119/PREVENCIÓN\\_ESPECIAL\\_E\\_IDEAL\\_RESOCIALIZADOR\\_Concepto\\_evolución\\_y\\_vigencia](https://www.academia.edu/8184119/PREVENCIÓN_ESPECIAL_E_IDEAL_RESOCIALIZADOR_Concepto_evolución_y_vigencia)

FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO. “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, disponible [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, Enero 2007.

“La estabilización normativa como fin de la norma: ¿puro teatro?”, en *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición. Ed. B de f, Madrid, 2017.

FELIBERT, MARÍA PAOLA. “La búsqueda de nuevas alternativas en los procesos penales seguidos a jóvenes infractores”, en *Revista Abeledo Perrot* n°12, Bs. As., diciembre 2009.

FERRAJOLI, LUIGI. “Garantías y derecho penal”, en *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. T I. 1era. Edición. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2013. Pp.347/357 (Trad. Marina Gascón).

FOUCAULT, MICHEL. “¿Qué es la Ilustración?”, en *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales. TIII*. Editorial Paidós, Barcelona, 1999. Pp. 335-352.

GARCÍA, JORGE A. L. “La determinación judicial de la pena. ¿Redefinición de la teoría del ámbito de juego”, en *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena. Compendio de doctrinas*. Año II N°6. Ediciones Infojus, Buenos Aires, diciembre 2013. Pp. 51-74.

GARCÍA MENDEZ, EMILIO. “Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano”, en *Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia*, Año VI N°10 B, ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2000.

GIL GIL, ALICIA. “Las teorías de la pena orientadas a la víctima”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición, Ed. B de f. Madrid, 2017.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971.

GIMÉNEZ-SALINAS y COLOMER, ESTHER. “Justicia de Menores y ejecución penal”, en *Prevención y Teoría de la Pena*. Pp.219. Ed. Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1995.

GONZALEZ LAURINO, CAROLINA. “Medida privativas de la libertad en el sistema penal juvenil.”, en *Questio iuris revista* Vol. 09 N°2 Río de Janeiro, 2016. Disponible en [www.researchgate.net/publication/301664766 Modelos de justicia penal juvenil en debate a inicios del siglo XXI](http://www.researchgate.net/publication/301664766_Modelos_de_justicia_penal_juvenil_en_debate_a_inicios_del_siglo_XXI)

GRAPPASONNO, NICOLAS. “El debido proceso penal y el caso de niños en conflicto con la ley penal. Apuntes acerca de un procedimiento penal juvenil en la república Argentina”, en *Responsabilidad penal juvenil. Garantías procesales penales*. 1era Edición. Editorial La Rocca, Bs As. 2010. Pp.29/49.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. *El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “Teoría del delito”*. Revista de Derecho Vol. XX n°2, Diciembre 2007 Pp. 195-217. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v20n2/art09.pdf>

HÖRNLE, TATJANE. “La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena”, en *Jz.* 19, 99. 1080-1089.

JAKOBS, GÜNTHER. “Principio de culpabilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo XLV, Fascículo III. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1992.

KROTTER, LAURA. “El proceso penal juvenil y su regulación en los ordenamientos provinciales argentinos”, en el *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. T III. 1era Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 2015.

LAINO, NICOLÁS. “Des-institucionalización de la niñez y justicia restaurativa”, en el *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. T III. 1era. Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 2015.

LÉPORI WHITE, INÉS. “Cargas probatorias dinámicas”, en *Cargas probatorias dinámicas*. 1era. Edición. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

MIRANDA MARTÍNEZ, CIBORY M. “El Derecho penal juvenil. Su ubicación en la ciencia del derecho penal y relación de complementariedad”. Disponible en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20100617\\_04.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_04.pdf)

MIR PUIG, SANTIAGO. “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* T XXXIX. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1986.

MIRÓ LLINARES, FERNANDO. “Aproximación a la función de la pena desde las evidencias sobre el cumplimiento normativo”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. 1era. Edición. Ed. B de f, Madrid, 2017.

MORALES PEILLARD, ANA MARÍA. “Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el subsistema de responsabilidad penal de adolescentes infractores de la ley penal”. REJ-Revista de Estudios de la Justicia n°7, Año 2006. Disponible on line, en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15087>

MUÑOZ, DAMIAN. “La suspensión del proceso a prueba para jóvenes en conflicto con la ley penal. Entre el paradigma integral y las limitaciones de <<Kosuta>>”, en *Jurisprudencia Penal de la C.S.J.N.* T.2. 1era. Edición, Reimp 2011. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007.

MUÑOZ, DAMIAN. “Penas menores. La perforación del mínimo legal en el derecho penal juvenil–Comentario a fallo”, publicado *on line*, en elDial.com-DC1504, 21/12/2010, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal.

MUÑOZ, DAMIÁN-PLOTNO MAIA. “Régimen penal juvenil y sistema acusatorio”, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. T 22. 1era. Edición. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2017.

PAREDES CASTAÑON, JOSÉ MANUEL. “El principio del interés del menor en Derecho penal: una visión crítica”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3era. Época N°X, 2013. Pp.155/186. Disponible en <http://espacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4020>  
bibliuned: revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4020.

PEYRANO, JORGE W-CHIAPPINI, JULIO O. “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en *Cargas probatorias dinámicas*. 1era. Edición. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

RUIZ MANERO, JUAN. “Principios jurídicos”, en *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. 1era. Edición. Ed. Trotta, Madrid, 1996. Pp.149/159.

SANTOIANI, JUAN P. “El art.4, ley 22278 y la posibilidad de imponer una pena inferior al mínimo de la escala de la tentativa”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N°10, Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre 2009.

SCHÜNEMANN, BERND. “¿Puede una pena ser justa?”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. Ed. B de f, Madrid, 2017. Pp.389/400 (Trad. María Sacher)

SILVA SANCHEZ, JESÚS MARIA. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *Revista Indret* 2/2007. Barcelona, abril 2007, disponible [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, Abril 2007.

VALENCIA COROMINAS, JORGE J.M. “La justicia penal juvenil en el Perú. La evolución de la normativa y el nuevo modelo de tratamiento diferencial”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T III. 1era Edición. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015.

VETERE, DANIELA A. *Fijación de la pena en el Derecho penal juvenil*, en Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. T 24. 1era. Edición. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2018.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. “La prevención general en la individualización judicial de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* TXXXIV. Fascículo III. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1981, Pp.869/878.