

La responsabilidad de las personas adultas en el Sistema Penal Juvenil



FCJS-UNL

Presentación de Tesis:

Maestría en Derecho Penal

Autora:

Marcela Alejandra Davite

Director:

Jorge A.L. García

Contenido

Presentación:.....	4
Algunas aclaraciones:.....	5
Introducción:.....	6
Título I: Contexto teórico:.....	8
Capítulo 1: Marco conceptual y legal.....	8
1. Modelo tutelar. Modelo de la situación irregular.....	8
2. Modelo de la protección integral. Modelo de la responsabilidad.....	12
3. Modelo de justicia restaurativa.....	15
4. La Convención de los derechos del niño y el Corpus iuris internacional del sistema penal juvenil.....	21
5. Reseña histórica de la legislación local: protectoria, penal y procesal penal..	23
Capítulo 2: Los derechos humanos de los niños.....	30
1. Principio del interés superior del niño:.....	31
2. Principio de capacidad progresiva:.....	32
3. Principio de legalidad:.....	33
4. Principio de igualdad y no discriminación:.....	34
5. Principio de justicia especializada:.....	35
6. Principio de mínima intervención o de excepcionalidad:.....	36
7. Derecho a la intimidad:.....	36
8. Principio de no regresividad:.....	36
Capítulo 3: La responsabilidad de los adultos y de los adolescentes en el sistema penal juvenil.....	39
1. La Responsabilidad de los adultos en el sistema penal juvenil.....	39
2. La responsabilidad de los adolescentes.....	41

3.	La categoría de la “Responsabilidad” desarrollada por Roxin.....	43
4.	La responsabilidad penal y la responsabilidad subjetiva.....	44
5.	La especial responsabilidad de los equipos técnicos.....	45
6.	Las propuestas para bajar la edad penal. Datos empíricos.....	47
Título II: Las respuestas del sistema penal juvenil:.....		49
Capítulo 1: Respuestas preponderantemente no sancionadoras: Justicia restaurativa.....		49
1.	Remisión.....	53
2.	Mediación:.....	54
3.	Conciliación y Reparación.....	56
4.	Suspensión del juicio a prueba:.....	56
5.	Cesura del juicio:.....	58
6.	Excursos. El Juicio abreviado:.....	61
Capítulo 2: Las medidas en el sistema penal juvenil.....		63
1.	Breve reseña histórica:.....	64
2.	Distinción entre pena y medida:.....	66
3.	Relación entre pena y medidas de seguridad. Sistemas. Justificación de las medidas en el marco del Estado de Derecho:.....	68
4.	Presupuestos materiales que legitiman la imposición de las medidas frente a personas no imputables e imputables:.....	72
5.	Medidas preventivas frente a personas inimputables.....	73
6.	Medidas impuestas a autores responsables:.....	75
7.	Medidas de seguridad preventivas del tipo de la prevista en el artículo 52 del Código Penal.....	76
8.	Medidas educativas y curativas.....	79
9.	Medidas del régimen penal juvenil.....	80

10.	El tratamiento legal de los no punibles.....	83
11.	Gradualidad de las medidas.....	85
Capítulo 3: Respuestas preponderantemente sancionadoras.....		86
1.	Breve repaso de las teorías de la pena.....	86
2.	Análisis del art. 4° de la ley 22.278. Integración de la Sentencia.....	89
3.	Criterios para determinar la necesidad de pena:.....	89
4.	La prórroga del tratamiento tutelar hasta la mayoría de edad.....	90
5.	La posibilidad de aplicar pena o absolver.....	91
6.	Criterios para la determinación de la pena.....	93
7.	La facultad de reducir la pena en la forma prevista para la tentativa.....	95
8.	Revisión periódica de la condena.....	97
9.	La ejecución de la pena. Establecimientos especiales. Los jóvenes adultos.....	99
10.	La restricción de la libertad de las personas menores de edad.....	101
Conclusión:.....		102
Bibliografía.....		104

Presentación:

En unas jornadas de capacitación sobre la reciente ley procesal penal juvenil de la provincia de Entre Ríos, un joven fiscal dijo lo siguiente: muchos de quienes nunca ejercieron en el fuero penal juvenil lo consideran una rama del derecho de segundo nivel, de menor categoría. No hay nada más errado que ese concepto. El Derecho Penal Juvenil que es parte del Derecho Penal, maximiza los principios del Estado Constitucional y Democrático de Derecho; habilita el ejercicio de un poder punitivo más humanitario que el Derecho Penal de adultos, por lo que –si se me permite- es un Derecho Penal mejor.

Sus palabras me hicieron acordar del antiguo consejo clásico: *“la mente no necesita ser rellena como si fuera un recipiente, precisa una chispa que la encienda y le de impulso para buscar la verdad y amarla”* (Plutarco, *“El arte de escuchar”*).

No es labor sencilla procurar que se encienda esa chispa, en mi caso, la idea de resignificar el Derecho Penal a partir de su más humanitaria expresión, lo hizo. Desde esta perspectiva, pensando en todos los que trabajan para ello, renuevo la ilusión al comienzo de este Trabajo Final de la Carrera de Maestría en Derecho Penal.

Algunas aclaraciones:

Este trabajo tiene el propósito de divulgar las bases teóricas del sistema penal juvenil para desde allí plantear algunos interrogantes para acercarse más conscientemente a las complejidades que presenta cada caso en particular. El intento es que sirvan de breve curso sobre el tema. Que alguien, con preparación suficiente y con sentido crítico, pueda llevar a su labor profesional lo que aquí se expone.

Las fuentes son bastantes y variadas. El texto es un resumen de las lecturas y de las reflexiones que han surgido de ellas, y de las dudas y experiencias de quien escribe junto a un grupo de profesionales del fuero penal juvenil, en la constante búsqueda de sentido, en medio de un contexto indiferente y ante un tejido normativo adverso¹.

¹ En especial me refiero a Luciana Sarmiento, Pablo Barbirotto, Claudia Geist, Horacio Valente, José Ibarzabal, Silvia Ermácora, Soña Vives y Gisela Coronel. El joven fiscal Franco Bongiovanni.

Introducción:

El debate acerca de si la respuesta que el Estado da a las personas menores que infringen la ley penal es adecuada o no, se renueva con cada periodo electoral. La discusión es siempre la misma: la edad penal. La propuesta: bajar la edad de punibilidad sin tener diagnósticos precisos ni estudios de impacto.

Pero: ¿Es posible cambiar el régimen actual para castigar más severamente a los jóvenes? ¿Nuestra legislación se adecúa a los estándares de derechos humanos que establece la Convención de los Derechos del Niño y el resto del corpus iuris internacional? ¿Es necesaria una reforma o basta con realizar un adecuado control de convencionalidad? ¿Los adultos que actúan el sistema penal juvenil se encuentran debidamente especializados en estos temas?

La hipótesis que se plantea en este trabajo consiste en demostrar que en la actualidad, en materia de justicia juvenil, la Argentina cuenta con un estándar normativo acorde al de los derechos humanos; que los déficit del sistema se pueden superar mediante un adecuado control de convencionalidad y que las reformas que sí son necesarias tienen que ver con la implementación de políticas públicas para la prevención de los delitos cometidos por personas menores de edad y no con una mayor represión.

Para ello, en primer lugar, se presentará el marco conceptual y legal, se analizará el modelo tutelar, el de la protección integral y el de la justicia restaurativa. A la par se consignará una breve reseña histórica de la legislación nacional, provincial y el corpus iuris internacional que conforman el ordenamiento jurídico vigente en materia penal juvenil. Se relevarán algunos de los principales ejes que surgen del corpus iuris internacional y de la jurisprudencia nacional e internacional, y a partir de allí se revisará si la legislación provincial y nacional se adecua a esos estándares.

Luego se analizará el concepto de “responsabilidad”, su preponderancia en el sistema penal juvenil y su utilidad como clave interpretativa de todo el sistema. Se hará hincapié en la responsabilidad que les cabe a los adultos que actúan en el sistema, y la que les cabe a los adolescentes que protagonizaron la infracción penal. Para esto último se utilizará como herramienta conceptual la categoría dogmática de la Responsabilidad

desarrollada por Roxin. Brevemente se hará una referencia a los argumentos que desde posturas garantistas o represiva, plantean la necesidad de bajar la edad penal.

En segundo lugar se analizarán las respuestas del sistema penal juvenil, aquellas preponderantemente no sancionadoras y vienen de la mano del modelo de la justicia restaurativa, se distinguirán los conceptos de medidas y de pena, se referirá a los presupuestos que legitiman su imposición y los criterios para su determinación.

Se hará referencia a cuestiones puntuales, como la cesura del juicio, el juicio abreviado, la procesabilidad de las personas menores de edad, la revisión periódica de la sentencia, la ejecución penal juvenil y la situación de los jóvenes adultos.

Se realizará un relevamiento de los estándares actuales de garantía que ofrece el sistema penal juvenil argentino, en el orden sustancial y procesal, se indicarán situaciones problemáticas, se esbozará alguna respuesta y haciendo hincapié en la necesidad de implementar estrategias eficaces en la prevención del delito juvenil, en el marco de una política criminal respetuosa de los derechos humanos.

Título I: Contexto teórico:

Capítulo 1: Marco conceptual y legal.

Hablar de la responsabilidad de los adultos en el sistema penal juvenil, parecería ser una paradoja porque el sistema ubica como principales protagonistas a los adolescentes “sujetos de derechos y responsabilidades”. Sin embargo, no es posible hablar de la responsabilidad penal de los adolescentes sin antes preguntarse por las bases filosóficas e ideológicas desde las cuales los adultos -que actúan el sistema- piensan a la infancia y al derecho, porque esas bases son las que influirán, nada más y nada menos, que en el proceso de toma de decisiones con consecuencias directas en la vida de los adolescentes. Por ello, resulta indispensable repasar el marco histórico, conceptual y legal a través del cual se fueron delineando los distintos modelos de abordaje a los jóvenes y sus infracciones a la ley penal.

A continuación se presentaran los principales rasgos del “modelo tutelar” y su expresión en el ámbito del Derecho Penal a través del “modelo de la situación irregular”; el modelo que instaura la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) “de la protección integral” y su expresión penal en los modelos de la “responsabilidad penal”; y el modelo de la “justicia restaurativa” con su abanico de propuestas alternativas al proceso penal.

1. Modelo tutelar. Modelo de la situación irregular.

A partir de la CDN, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989, comienza una nueva etapa de la relación de la niñez con las leyes y el sistema de justicia.

El reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, la necesidad de asegurar la tutela judicial efectiva, el diseño de nuevos modelos procesales para garantizar el debido proceso, son algunos de los retos que la CDN presentó a los actores del sistema penal juvenil.

El nuevo modelo, vino a superar lo que en términos teóricos se denomina “doctrina de la situación irregular” en relación con las leyes que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la Convención.

Estas leyes concebían a los niños como objetos de protección en vez de sujetos de derecho y abrevaban en los mismos criterios criminológicos del positivismo de fines del siglo XIX y principios del siglo pasado.

De allí derivaba un sistema de justicia de menores que justificaba las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o “potenciales infractores”) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización -o neutralización en su caso- y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos¹.

La intervención con los menores se justificaba en razones de estricta prevención especial y de ese modo a la par de las penas, las medidas de seguridad –terapéuticas y tutelares- respecto de estos “menores en situación irregular” o en “estado de abandono, riesgo o peligro moral o material” fueron también una respuesta institucional.

Este tipo de intervención implicaba en la práctica la eliminación del principio de legalidad: lo relevante no era el hecho cometido, sino la situación de quien lo cometía, y así, bastaba comprobar el estado de abandono, para justificar un encierro que podía durar, hasta la mayoría de edad, sin ningún avance en la causa penal.

Los derechos fundamentales reconocidos para las personas mayores de edad, no lo eran para los niños, y entonces a pesar de que proteger a los niños era la finalidad proclamada, este tipo de abordaje reproducía la marginalidad y violencia que se suponía iba a evitar.

Osvaldo Marcón explica que en estas intervenciones que judicializaban tanto al niño en situación de riesgo como al niño que, estando o no en dicha situación, protagonizaba hechos tipificados como delitos, el Estado hacía uso de su fuerza y así generaba un esquema de funcionamiento que algunos autores denominaron tutelar represivo, pues el

¹ ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Traducción de la 2da. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ed. Civitas, Madrid, 1997, ps. 176 y ss.

primer componente (tutelar) adquiriría un carácter residual frente al segundo (represivo) ². Tanto los niños que eran objeto de compasión como aquellos que cometían delitos eran tratados de igual manera: *“Con esta lógica apareció cierta re-victimización centrada en distintas formas y grados de privación de la libertad ambulatoria que tomaba cuerpo en instituciones de internación corrientemente conocidas como asilos, orfanatos o institutos. Así se configuró esta matriz de pensamiento, también denominada compasiva-represiva, caracterizada por la combinación de una pretendida protección que muta en reprimenda social al momento de ser aplicada”*³.

Esta doctrina de la situación irregular tuvo un gran arraigo en América Latina, y convivió cómodamente con los sistemas inquisitivos, incompatibles con el Estado de Derecho.

Mary Beloff, en su artículo “Un modelo para armar y otro para desarmar”⁴, destaca que en tal concepción los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por ese motivo las leyes rigen sólo para una parte del universo de la infancia, para los “menores”, concepto que, cargado de prejuicios refiere a los niños pobres y excluidos, y por tanto no abarca a todos los “niños o niñas”.

Agrega la autora que, en el modelo tutelar, el ingreso al sistema de justicia especializado es discrecional, se usan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como *“menores en situación de riesgo o peligro moral o material”*, o *“en situación de riesgo”* o *“en circunstancias especialmente difíciles”*. El ingreso del menor al sistema, tiene que ver con sus condiciones personales, familiares y sociales que lo colocan en un *“menor en situación irregular”* y por eso es objeto de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.

² MARCÓN, Osvaldo, “La responsabilización penal juvenil como nuevo relato cultural. ¿Del “amor por los niños” al “odio hacia los menores”?”, Espacio Editorial, 1ra. Edición, CABA, 2013, ps. 5 y ss.

³ Ibídem, p. 6.

⁴ BELOFF, Mary, “Un modelo para armar y otro para desarmar”, en “JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO”, publicación de UNICEF, Santiago de Chile, noviembre 1999.

De esta manera los eventuales destinatarios del dispositivo legal-tutelar, están definidos de ante mano, y son quienes generalmente ya están fuera del circuito familia-escuela (los “*menores*”). A los “*menores*” se los considera incapaces y entonces, sus opiniones no son relevantes.

En esta concepción, la figura del juez de menores está asociada a la idea de “*un buen padre de familia*” y su labor cotidiana tiene más que ver con la implementación de las políticas sociales que con funciones jurisdiccionales.

En efecto en el ejercicio del “*patronato del Estado*”, tal como se verá más adelante, el ejercicio de la jurisdicción no estaba limitado por la ley, y en consecuencia las facultades de disposición e intervención de los jueces sobre la familia y el niño eran omnímodas.

Así en la confusión entre las cuestiones asistenciales con las infracciones a la ley penal se instala la categoría “*menor abandonado*” como equivalente a “*delincuente o potencial delincuente juvenil*” y así se judicializan los problemas sociales y se inventa la categoría de “*delincuencia juvenil*”. La medida por excelencia que adoptan los juzgados -tanto para infractores de la ley penal, como para las víctimas o para los “*protegidos*”- es la privación de la libertad. Y como lo relevante es la “*situación de riesgo*” y no la averiguación de la verdad, los procesos llevados en su contra se realizan sin garantías.

Sobre la base de la “*teoría del etiquetamiento*” la autora explica la relación de este modelo con la “*profecía auto cumplida*”, en tanto “*si se trata a una persona como delincuente aun cuando no haya cometido delito es probable que exitosamente se le pegue esa etiqueta de “desviado” y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales*”⁵.

El modelo tutelar y su expresión en el ámbito del derecho penal mediante el modelo de la situación irregular entró en crisis, primero en Estados Unidos, en la década del '60, y más adelante en la década de los '80 a nivel de la comunidad internacional. Sin embargo, sus prejuicios se mantienen intactos en la fantasía de que es el sistema penal el llamado a solucionar los problemas de la adolescencia pobre, adicta, ignorante y marginal.

⁵ Ibídem, p. 15.

2. Modelo de la protección integral. Modelo de la responsabilidad.

El ciclo que se había iniciado casi un siglo atrás en Estados Unidos con el movimiento de los “Salvadores del Niño”, que concebía la protección en términos segregativos, se cerró en el año 1989 con el dictado de la CDN y de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales también aplicables en la interpretación de los tratados y el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

A partir de estas normas se impone el nuevo modelo de la “*protección integral*” que en el ámbito del derecho penal se expresa en “*el modelo de la responsabilidad*”.

El nuevo modelo se construye sobre dos nociones fundamentales, la protección integral, en el sentido de la protección de derechos, y el interés superior del niño, como principio garantista de máximo rango, de modo que signifique la satisfacción de los derechos del niño. Ambas nociones son abiertas a nuevos y mejores estándares.

La CDN no previó un órgano supranacional jurisdiccional, sino tan solo un Comité de los Derechos del Niño cuya función es la de examinar los progresos realizados por los Estados Parte en el cumplimiento de la Convención. En el orden regional, es aplicable el mismo sistema que establece la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) con sus dos instituciones supranacionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Por ello puede afirmarse que la CADH completa la noción de protección integral ya que asegura un estándar mejor de reconocimiento y ejercicio de derechos que el previsto por la CDN.

De los 195 estados soberanos e independientes representados por las Naciones Unidas, 192 países miembros (las Islas Cook, la Isla de Niue y el Vaticano no son miembros) firmaron la Convención y sólo dos no la han ratificado. Estados Unidos, a pesar de haberla firmado el 16 de febrero de 1995, no ratificó la Convención porque ciertos Estados desean reservarse el derecho a dictar pena de muerte a menores de edad. Somalia aún no la ha ratificado debido a su inestabilidad política y a la ausencia de estructuras administrativas y políticas sólidas capaces de llevar a cabo tal compromiso de forma representativa para toda la nación.

Los países que ratificaron la CDN lentamente fueron adecuando sus legislaciones a sus preceptos, y en la actualidad puede decirse que una ley se enmarca en el modelo de protección integral de derechos de los niños, si se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos como judiciales, si así correspondiere, y en consecuencia las nociones de “riesgo” “*peligro moral o material*”, “*circunstancias especialmente difíciles*”, “*situación irregular*”, pierden todo sentido.

La CDN distingue claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal. Los menores dejan de ser definidos de manera negativa -por lo que carecen- y se los concibe de manera afirmativa, como sujetos plenos de derechos.

Por eso, se dice, que con las leyes dictadas a consecuencia de la Convención se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “*menores*”. Se piensa en personas completas, con derecho a ser oídas, cuya única particularidad es que están creciendo, y por ello se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo.

Desde esta nueva matriz de pensamiento, las situaciones relacionadas con falta de recursos materiales no pueden ser judicializadas, sino abordadas por los órganos administrativos de protección creados al efecto, en consecuencia, las cuestiones penales quedan absolutamente diferenciadas de las asistenciales.

El rol del juez se jerarquiza, se recupera su naturaleza jurisdiccional, y su intervención está limitada por las garantías. Aparece el principio de especialidad, conforme al cual los adolescentes tienen derecho a ser juzgados por tribunales y procedimientos específicos, y a que la responsabilidad por el acto cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos.

A la par se jerarquiza el rol y la intervención de otras disciplinas (psicología, trabajo social, psicopedagogos), cuyos saberes especializados orientan las decisiones jurisdiccionales de acuerdo a las posibilidades de integración de cada persona en particular.

En esta concepción, en los casos penales la libertad -durante el proceso y luego de declarada la responsabilidad- es la regla y la herramienta socializadora, por ello solo puede limitarse en situaciones excepcionales, por hechos muy graves, por el menor tiempo posible y debe ser pasible de revisión en cualquier momento.

La respuesta penal se establece mediante un catálogo de medidas que van desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semi libertad o privación de la libertad en institución especializada.

Bajo la guía de un derecho penal mínimo, se promueve todo tipo de alternativa no solo a la pena de prisión, sino al proceso mismo, así aparecen nuevos institutos, como la remisión, y toda la propuesta que viene de la mano de la justicia restaurativa, como la mediación, conciliación, etc.

Como puede advertirse el cambio fue muy profundo, de allí que Mari Beloff en su artículo antes mencionado, insista en la necesidad de dotar de contenido los conceptos sobre los cuales se estructura el sistema: *“protección integral”*, *“interés superior del niño”*, *“sujetos de derecho”*, a fin de escapar de los eufemismos o *“embuste de etiquetas”*, que llevan a que en la práctica forense, nada cambie y que, en el modo de abordar a los jóvenes, se siga haciendo como siempre se hizo, en vez de implementar acciones para superar el modelo tutelar, que tan bien responde a las expectativas sociales que reproducen los medios de comunicación cada vez que un joven comete un delito grave. Esto es, que los jóvenes infractores sean aislados de los circuitos sociales e institucionalizados, aunque bajo esas mismas circunstancias no fuese posible la prisión de un adulto, y que sea el Poder Judicial quien rápidamente los *“reeducue”*, los *“reinserte”* o los *“resocialice”* pero en lugares cerrados, y al margen de las garantías procesales⁶.

⁶ Ibídem.

Osvaldo Marcón⁷, destaca las ventajas del nuevo modelo, pero crítica y agudamente, señala que el debate entre un modelo y otro concentró toda su fuerza en la construcción de estos dos caminos: los niños pobres deben ser objeto de las políticas sociales y los niños delincuentes deben ser objeto de la intervención penal. Y así se fue construyendo un objeto específico de intervención penal, asentada en la punibilidad como factor decisivo conforme el cual ciertas edades y ciertos hechos en condiciones específicas, harán que el niño reciba algún tipo de acción penal; pero para ello debe garantizarse un proceso judicial justo, lo que equivale a decir adecuado según las garantías constitucionalmente vigentes para los adultos.

Y advierte, que esta simplificación, que no refleja la propuesta de la CDN, resiste toda posibilidad de problematización, se desentiende de toda complejidad causal, deja de lado por ejemplo que el camino penal está generalmente referido a niños en situación de pobreza, que la mayor parte de los actores sabe que el sistema judicial capta mayoritariamente a los niños pobres⁸.

3. Modelo de justicia restaurativa.

Este modelo se inscribe en un contexto más amplio de judicialidad alternativa cuyo objetivo principal es el de reparar el daño, lograr la reconciliación de las partes, facilitar la participación de la víctima, el ofensor y la comunidad en la “*restauración*” y reintegrar a los involucrados a la comunidad, mediante el establecimiento de nuevas relaciones. En definitiva lo que se busca mediante esta modalidad es alcanzar una justicia que lleve paz a la comunidad, reposicionando a las personas, posibilitando que tanto víctima como victimario recuperen dignidad.

Carlos A. Elbert, explica que la “justicia restaurativa” es una modalidad de resolución alternativa de conflictos que se formula también como teoría de la justicia pero que pone su énfasis sobre la reparación del daño causado por el comportamiento delictivo. Es un modelo de juzgamiento que se propone lograr sus objetivos mediante procedimientos corporativos, que incluyen a todos los involucrados en el conflicto. Su origen puede

⁷ Marcón, Osvaldo, Op. cit., ps. 6 y ss.

⁸ *Ibidem*.

rastrear en modelos de justicia indígena practicada en diversos países, como Nueva Zelanda, Canadá y América Latina⁹.

Eleonora Devoto, en su artículo “Perspectivas, miradas y contrapuntos” señala que en este tipo de abordajes la víctima se enfoca desde un lugar diverso del que en su momento le asignaran la victimología y la víctima dogmática, en tanto no se trata ya del rol que sufriera el agredido en el suceso delictivo, sino del que puede desarrollar durante el proceso penal o aun antes de él, si se llega a una solución auto compuesta favorable a sus intereses¹⁰.

Aclara que este modelo no pretende la supresión del derecho penal en tanto permanecen los tipos penales y la amenaza de la pena estatal. La idea principal de este paradigma es la ampliación de respuestas estatales que contengan elementos reparatorios y compensatorios. Claro está que siempre que esto sea viable, en tanto no todos los sujetos querrán consensuar ni cumplir los acuerdos a los que hayan arribado. Menos aun cuando se trate de ciertos delitos que por su gravedad rebase el interés de la víctima y se detecten razones de seguridad e interés público que exijan la realización del juicio y la aplicación de pena.

Por ello recomienda que a efectos de habilitar la reparación como forma de extinción de la acción penal, se debe verificar que exista una situación problemática que pueda resolverse con la imposición de una respuesta estatal no tradicional. Para ello debe analizarse si se trata de un conflicto que no exacerbe el interés de terceros y que se encuentre adecuadamente satisfecho el interés de la presunta víctima, ya que la no aplicación de pena por sí importa una posición favorable para el imputado.

Como marco teórico de las respuestas penales alternativas reducidas en elementos retributivos y preventivos generales propone ideas fuerza que configuran su teoría, sus herramientas y su ámbito de aplicación.

⁹ ELBERT, Carlos A., “La búsqueda de alternativas al poder penal del Estado”, en Revista de “Derecho Penal”, Año 1, Número 1, “Alternativas a la prisión”, dirigido por Alejandro Alagia, Javier De Luca, Alejandro Slokar, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Infojus, CABA, 2012, ps.95 y ss.

¹⁰ DEVOTO Eleonora, y CARAFFA Ivana, “Perspectivas, miradas y contrapuntos”, en “Jurisprudencia de Casación Penal”, Selección y análisis de fallos, Justicia Nacional, Número 5, dirigido por Adrián N. Martín, ed. Hammurabi, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2018, ps. 113/149.

En cuanto a las ideas que le dan base enumera: a) el entendimiento de que el delito es, algunos supuestos, una situación problemática criminalizada; b) la naturaleza confiscatoria de la pena tradicional; c) la trascendencia de la víctima; d) la esperable difuminación de las órbitas de lo civil y lo penal; y e) la necesaria reparación del daño causado.

Las herramientas más utilizadas en el marco de la justicia restaurativa son la suspensión del juicio a prueba, la mediación, la conciliación, la reparación del daño causado y diversos criterios de oportunidad.

En cuanto al ámbito de criminalidad aplicable se recomienda excluir los casos de criminalidad organizada, los supuestos de elevada violencia, especialmente en cuestiones de género, y los hechos cometidos por funcionarios públicos.

Se estimula la inclusión del damnificado y para intentar su reparación se pretende que el mismo imputado proponga compensar el daño causado, se abre el juego para las incumbencias de voluntades particulares, lo que viene a conmover lo que se conoce como el autoritario penal.

En el ámbito de la dogmática penal ha sido muy importante la contribución de Roxin. Según este autor se viene discutiendo vivamente si la reparación del daño como sanción frente a las penas y a las medidas puede dar lugar a una tercera vía del derecho penal¹¹.

A su juicio, existen buenos motivos a favor de la inclusión de la reparación del daño en el derecho penal, pues con ello se atienden mejor los intereses de la víctima que con una pena privativa de la libertad o de multa que con frecuencia frustran la reparación del daño por parte del autor. Por otra parte, indica, que las investigaciones empíricas han demostrado que tanto la comunidad como el perjudicado por el delito valoran la reparación del daño en caso de pequeña o mediana criminalidad por sobre un castigo de poca cuantía.

Por ello, propone que cuando se castiguen delitos con penas de poca monta, en aquellos supuestos en los que se repare totalmente el daño se pueda prescindir de la pena; y

¹¹ Roxin, Op. cit, ps. 108 y ss.

que, en los supuestos de delitos más graves la reparación del daño implique una atenuación obligatoria de la pena.

Cabe destacar que para Roxin la reparación del daño no se trata solo de una cuestión jurídica civil, sino que contribuye a la consecución de los fines de la pena, por ello sostiene que: *“Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (nm.27), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada (a menudo incluso independientemente de un castigo) la perturbación social originada por el delito”*¹².

Desde el punto de vista político jurídico la legitimación de la reparación del daño como tercera vía del sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad. Explica el autor que así como la medida sustituye o completa la pena como segunda vía cuando ésta a causa del principio de culpabilidad no puede satisfacer las necesidades preventivo especiales, del mismo modo la reparación de daños sustituiría como tercera vía a la pena, o bien la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada. De ese modo, si el legislador integrase la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera distinta a la actual podría hablarse de un derecho penal de tres vías.

Ésta aspiración que Roxin pretende para el derecho penal de adultos, es una realidad en el ámbito del sistema penal juvenil, puesto que como se verá más adelante dentro de las respuestas del sistema penal juvenil, la reparación del daño se presenta en la actualidad junto a las penas y a las medidas como una tercera vía, de indiscutible utilidad preventivo especial.

¹² Ibidem, p. 109.

El sistema penal juvenil resulta el quicio más propicio para el ideario de la justicia restaurativa, en general la mayoría de los delitos cometidos por los jóvenes no son de extrema gravedad, y la aplicación de este tipo de soluciones forman parte de un proceso reflexivo, educativo y transformador compatible con los fines de prevención especial del derecho penal juvenil y el derecho penal de mínima intervención en el sentido propuesto por la CDN. (Art. 40), la CADH (art. 19) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, art. 7), conforme a las cuales se debe limitar el sistema de justicia penal adolescente y ofrecer alternativas a la judicialización.

Desde otro ámbito de las Ciencias Sociales, Osvaldo Marcón¹³ también integra los conceptos de la justicia restaurativa con el sistema de responsabilidad penal juvenil que surge de la CDN. Explica que, lo que denomina como “justicia restauradora” impulsa un paradigma que admite la complejidad, que no se centra en la mera preocupación por la transgresión ni por la sanción, sino que pone su centro de atención en el daño que el delito provoca en las personas y en las comunidades haciendo de víctimas y victimarios los protagonistas centrales de la discusión acerca de cómo tratar las consecuencias del delito en cada caso concreto.

Para la restauración, dice, no solo es importante el resultado final sino que es fundamental el proceso mediante el cual se llega a la solución. No tiene sólo en cuenta cuánto castigo se debe imputar sino cuánto daño se debe reparar y prevenir. Éste modelo cuenta con herramientas para actuar sobre la dimensión relacional del crimen y la justicia. Por ejemplo: dada la admisión de responsabilidad en un hecho, valora procedimientos de mediación entre la víctima y el infractor siempre que exista la voluntad de ambos. Esto anima en el victimario la comprensión del impacto del delito en la vida de la víctima, la asunción de responsabilidad sobre esos daños y el compromiso para repararla.

Los caminos restaurativos son variados, entre ellos se cuentan salidas informales, como la remisión de casos, caminos alternativos como las conferencias de familia o grupos de comunidad que incorporan al entorno de referencia del infractor y de la víctima, y a otras instituciones más formales (escuela, O.N.G., justicia, policía) de modo de buscar

¹³ Marcón, Op. cit., p. 12.

consensos y compromisos en la búsqueda de resoluciones constructivas basadas en valores compartidos; y otros modelos -con vestigios sancionatorios tradicionales- como diversión o probación, o suspensión del juicio a prueba, con la carga de la reparación del daño y el servicio comunitario.

Mary Beloff, en su artículo *“Justicia restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”*¹⁴, refiere que el gastado debate sobre el estado actual y la eventual transformación de la respuesta estatal al delito de los adolescentes en la República Argentina, centrado casi exclusivamente en los aspectos vinculados con la edad penal mínima y las sanciones, debe renovarse y en la misma línea de las últimas jornadas internacionales, empezar a indagar sobre todas las exigencias que el derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados en esta materia, como es contar con mecanismos de justicia restaurativa.

Destaca que en razón del modelo federal argentino, el derecho público provincial contiene en muchas jurisdicciones, entre ellas Entre Ríos, dispositivos procesales que incluyen mecanismos asimilables o cercanos a lo que se entiende por *"justicia restaurativa"*. En términos sencillos, dice que las soluciones reparatorias están incluidas en todas las nuevas leyes de justicia juvenil latinoamericanas en la sección que regula las consecuencias jurídicas de la conducta trasgresora de la ley penal por parte del joven una vez celebrado el juicio de responsabilidad. En algunos países son denominadas *"sanciones reparatorias"*, en otros *"medidas"* o *"penas"*. El propio nombre de aquella indica que ha existido un juicio previo y una atribución de responsabilidad y que como consecuencia de ella se debe reparar el daño. Estas sanciones o medidas son diferentes de las soluciones procesales de consecuencia reparatoria. Plantean la dificultad de sostener válidamente la necesidad de llevar un proceso penal hasta el final para adoptar una medida que podría haberse adoptado inicialmente, sin los costos materiales que implica la concreción del juicio.

¹⁴ BELOFF, Mary, “Justicia restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, en Revista de “Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Patricia Ziffer y Mauro Divito, Número 4, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Abril 2018, ps. 707/719.

Cierra estas consideraciones, indicando que: *"Además, aunque a algunos autores que se dedican a la dogmática sustantiva les cueste reconocerlo, es el derecho procesal penal -y no el derecho material- el que juega principal papel en el drama del delito y de la pena, también con los adolescentes. Por ello las formas reparatorias bien articuladas en el orden procesal pueden contribuir notablemente con el propósito de la reintegración social, mucho más (y con menor costo) que sus variantes sustantivas"*¹⁵.

Para finalizar, cabe señalar que el Código Penal incorporó en el art. 59 inc. 6, diversos institutos que responden al paradigma de la justicia restaurativa, adecuando así la legislación nacional, a las disposiciones que las provincias, en ausencia de regulación nacional, fueron incluyendo en sus regímenes procesales. Como es el caso del Código Procesal de Entre Ríos, y su amplia regulación en relación a los derechos de las víctimas y la regulación del principio de oportunidad¹⁶.

4. La Convención de los derechos del niño y el Corpus iuris internacional del sistema penal juvenil.

La CDN aprobada en el año 1989, incorporada al derecho nacional al año siguiente con la sanción de la ley 23.849 y jerarquizada tras la reforma constitucional de 1994 es, sin duda alguna, un punto de inflexión de carácter internacional, una modificación sustancial acerca de la concepción jurídica sobre la infancia y la adolescencia. En nuestro país fue reafirmada por la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y en el ámbito local mediante la ley 9.861, y su modificatoria ley 10.450 que incorpora el régimen procesal penal juvenil.

La CDN instala -con vehemencia- la idea de los niños como sujetos plenos de derecho, lo que significa el reconocimiento político que tienen los mismos derechos que los adultos, con un plus de derechos específicos en atención a su condición de personas en desarrollo.

¹⁵ Ibidem, p. 716.

¹⁶ Una excelente bibliografía al respecto es el libro de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci: "Justicia restaurativa. Posibles respuestas para delitos cometidos por personas menores de edad". Editorial Rubinzal Culzoni, año 2004. Allí la prestigiosa doctrinaria analiza exhaustivamente los institutos que conforman la justicia restaurativa como tercera vía del Derecho Penal, distinta a las penas y las medidas de seguridad, con un gran desarrollo de Derecho comparado.

El gran cambio viene dado, principalmente, a partir de que los Estados no sólo tienen la obligación de proteger a los niños sino que se le impone nuevas reglas de actuación –principios jurídicos y garantías procesales- al propio poder estatal quien estará de manera exclusiva y excluyente legitimado para tomar medidas que impacten en la vida y en los intereses de los niños, sólo si previamente ha cumplido con el procedimiento previsto normativamente.

Es decir, el sistema internacional de derechos humanos impone límites a los Estados, y a su vez dota y reconoce a los niños garantías procesales y sustanciales, mediante la incorporación del principio interpretativo del “*interés superior del niño*”.

De este modo lo relativo al poder punitivo del estado, y particularmente a las libertades individuales, sus restricciones o limitaciones, debe ajustarse en el caso de los niños a un estricto proceso penal que respete todos los derechos establecidos en la CDN.

A la par de la CDN, existe profusa legislación relativa a la materia. La Corte IDH menciona un corpus iuris de la infancia en nuestro ámbito integrado por la CADH (art. 19) (CADH), la DADDH, 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 Libertad (Reglas de Tokio), Reglas para la Protección de Menores Privados de la Libertad (Reglas de la Habana), Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

A ello deben sumarse las decisiones del Comité de los Derechos del Niño (tales como la Observación General 10 y la Observación General 14) y sus recomendaciones específicas para los Estados que han suscripto la Convención, las demás Opiniones consultivas y las decisiones de la Corte IDH, y los Informes de la CIDH¹⁷.

¹⁷ Vid. CIDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N°17, párr. 37 y 53; y Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala”. Fondo. Sentencia de 19/11/1999. Serie C N° 63, párr... 194.)

5. Reseña histórica de la legislación local: protectoria, penal y procesal penal.

Para comprender la evolución legal del sistema penal juvenil es necesario relevar la asistencia y tutela estatal, esto es el modo en el cual el Estado fue organizando la protección diferencial, excepcional y supletoria de las personas menores de edad.

Así, el régimen legal adoptado en 1919, ley 10.903, derogado por la ley 26.061, instauró el Patronato como función estatal de protección, reconociéndola como un deber inexcusable del Estado en el marco de un paradigma situacional. González del Solar, en su libro “Derecho de la minoridad”, define al patronato como la potestad-función supletoria que competía al Estado nacional o provincial, que ejercían órganos públicos que las leyes determinaban, y que consistía en un conjunto de deberes y derechos que asistían a aquel para brindar protección y formación integral a los menores de edad en situación de conflicto, mientras esta permaneciese y no se hubiesen emancipado¹⁸. De este modo entre el Estado y el menor se establecía una relación de derecho público, los deberes que le incumbían eran los mismos que los de los padres, los terceros quedaban excluidos de esa relación y los menores quedaban en relación de sujeción.

La ley 10.903 daba contenido al patronato, en tanto mandaba adoptar las medidas de protección en atención a la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor (art. 4°), y establecía que esas medidas podían ser de disposición preventiva durante el proceso, o de disposición definitiva con la sentencia. Esta regulación se encuentra replicada en la ley 22.278, y en la provincia de Entre Ríos estuvo vigente en la legislación procesal penal de la ley 9.324, que fue derogada en el año 2016.

El 21 de octubre de 2005 se promulgó la ley nacional 26.061, que regula la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Esta nueva ley recepta el paradigma de lo integral perfilado en el año 1989 por la CDN, y en ese orden reafirma los derechos fundamentales, ensancha las garantías, da primacía a las políticas

¹⁸ GONZÁLES DEL SOLAR, José H., “Derecho de la minoridad”, ed. Jurídica Mediterránea, 4ta. Edición actualizada y ampliada según el nuevo Código Civil, Córdoba, 2015, p. 365.

públicas, y deroga expresamente la ley 10.903, separando de manera tajante las cuestiones asistenciales, de las penales.

González del Solar, en el texto citado, reseña la evolución de la legislación penal minoril y los vaivenes relacionados con suba o baja de la edad penal y la injustificada centralidad y fuerza de un debate, que sin demasiadas variantes, llega hasta a actualidad¹⁹.

En primer lugar, refiere que en nuestro país, hasta que se puso en vigencia el primer Código Penal, en el año 1886, rigieron las disposiciones del Derecho Indiano que eximían de responsabilidad penal a los menores de diez años y medio por mengua de razón y de sentido, y establecía un régimen de atenuación de penas para los jóvenes que cometían delitos a partir de esa edad y hasta los dieciocho años (Séptima Partida, ley 9, título 1; ley 3; título 8; y ley 8; título 31).

Más adelante, el proyecto elaborado por el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Carlos Tejedor, que el Poder ejecutivo le había encomendado en el año 1864, eximia de responsabilidad penal a los menores de diez años de edad, a los que tenían entre diez y catorce, cuando fueran reconocidos capaces de imputabilidad, los confiaba a la corrección doméstica con asistencia y vigilancia públicas, y los menores de dieciocho quedaban sometidos a penas atenuadas y exentos de la pena capital.

La comisión integrada por Villegas, Ugarriza y García para confeccionar el nuevo proyecto en 1881, fijó la edad de imputabilidad en los quince años inspirados en las tendencias de derecho comparado. De todos modos, el Congreso sancionó un Código Penal que seguía los lineamientos del proyecto Tejedor y mantuvo el régimen de su proyecto, pero sin hacer mención a la corrección de los inimputables.

Rivarola, formuló duras críticas al sistema de la prueba del discernimiento que debía acreditarse entre los diez y los catorce años de edad para que generase responsabilidad, en razón de lo aleatorio y discrecional del sistema. Sus cuestionamientos, indica el autor citado, estaban sustentados por las conclusiones de un importante pronunciamiento científico de la Unión Internacional de Derecho Penal, que su Congreso de Berna se había despachado por la eliminación de la categoría con discernimiento a prueba.

¹⁹ Ibidem, ps. 293 y ss.

Por ello la comisión integrada por Piñero, Rivarola y Matienzo en 1891 fijó la edad de imputabilidad en los catorce años, sujetando a los menores inimputables a la corrección doméstica, o subsidiariamente a internación en establecimientos agrícolas, industriales o de enseñanza.

En 1921, sobre la base del proyecto de varios juristas, entre otros Piñero y Rivarola, y con las modificaciones del diputado Moreno, se sancionó el Código Penal que rige en la actualidad con sus numerosas reformas. En sus artículos 36 a 39 establecía lo concerniente a la edad en los catorce años de edad. En cuanto a los inimputables, establecía que debían ser entregados a sus padres, salvo que aparecieran peligrosos, en razón de sus condiciones personales y el hecho cometido, en cuyo caso el juez debía ordenar la colocación en un establecimiento correccional hasta los dieciocho años de edad. Dicha entrega podía anticiparse si se demostraba buena conducta, o en caso contrario, diferirse hasta los veintiún años de edad.

A partir del año 1954, con la ley nacional 14.394, aparece una regulación específica para los menores de dieciocho años de edad que establece la edad penal a los dieciséis años. Sus disposiciones se mantuvieron casi sin variaciones hasta la actualidad. En junio de 1976, el decreto ley de la dictadura 21.338, bajó la edad penal a los catorce años, edad que fue mantenida por la 22.278 en la normativa que sustituyó la ley 14.394, y luego el mismo gobierno en mayo del año 1983, mediante el dictado de la ley 22.803, la dejó sin efecto fijando la edad en los dieciséis.

A partir de allí en las sucesivas reformas que se propusieron la cuestión de la edad es un tema recurrente, y el abordaje de los jóvenes que transgreden la ley penal recalca en propuestas para endurecer la respuesta penal. Así, destaca el autor, a partir de junio de 2001 se presentaron varios proyectos para modificar la ley 22.278 que van desde la baja de edad a los catorce años, a distinguir dos segmentos para la respuesta penal, la de los menores de dieciséis y la de quienes ya cumplieron esa edad.

Esta discusión volvió a cobrar auge en el año 2004 a la par de las reformas que incrementaron las penas en el C.P., en el año 2009 y recientemente en el año 2018, en que se discutieron varios proyectos, que por el momento no han sido sancionados, en los que a la par de reformas atinadas, como la tipificación de delitos y sanciones específicas para las

personas menores de edad, se insiste, sin ningún tipo de sustento científico, estadístico, etc., con la baja de edad penal. La falta de acuerdo sobre este último punto es lo que viene demorando la adecuación legislativa a los mandatos de la CDN.

En definitiva, en la actualidad la ley la 22.278, modificada por la ley 22.803, establece el “Régimen penal de la minoridad”. Sus disposiciones, acorde a la época de su promulgación responden al modelo tutelar, por ello en sus primeros artículos replica las disposiciones del Patronato de menores. Sin perjuicio de ello, también es una norma de corte represivo, en tanto bajo ciertas condiciones, establece la pena como respuesta estatal para los delitos cometidos por las personas menores de dieciocho y mayores de dieciséis años de edad²⁰.

En el orden provincial, hasta el año 2008 se mantuvo el Estatuto jurídico de los menores (ley 9.324) que en sus disposiciones replicaba el Patronato del Estado. De ese modo, con la misma lógica del patronato y de las ideas del positivismo criminológico que lo inspiraba, la trasgresión se mostraba como el síntoma de la situación irregular, y habilitaba injerencias tan violentas como medidas tutelares –internaciones- por tiempo indeterminado hasta la mayoría de edad. La regulación no hacía la distinción entre adolescentes infractores, abandonados, pobres, ni siquiera con la propia víctima, de quien se podía disponer igual que del menor que había cometido el delito.

En el año 2008, entró en vigencia la ley 9.861, de protección integral del niño, el adolescente y la familia. Tal normativa es coherente con el resto del marco legal vigente delineado por la CDN, y el resto de la normativa internacional y por la ley 26.061. Con esta ley la provincia cumplió parcialmente el compromiso asumido internacionalmente de adecuar la legislación vigente a las disposiciones de la Convención, porque si bien mantuvo el Patronato, incluyó en su articulado los parámetros necesarios para orientarlo en el sentido de las garantías convencionales. Concretamente ubicó al juez penal en su función específica y lo despojó de toda actuación asistencial asignando tal labor al órgano de protección (Consejo Provincial del Niño, Adolescente y la Familia - COPNAF) y a los juzgados de familia.

²⁰ Arts. 1 y 2 de la ley 22.278.

La desigualdad en el tratamiento legal entre los adultos y los jóvenes alcanzó su máximo extremo cuando en la provincia se implementó el sistema acusatorio, conforme lo establece la Constitución provincial, y una vez más quedaron excluidos los menores de edad instaurándose así a nivel provincial un procedimiento garantista para los adultos y una legislación vetusta y contraria a la CDN para los jóvenes.

La resistencia al cambio y el apego por el modelo tutelar, pese a su evidente fracaso a nivel mundial, fue tan intenso que recién en año 2016, se promulgó el procedimiento penal aplicable a las personas menores de 18 años de edad de la provincia de Entre Ríos (ley 10.450).

En la presentación de dicha ley, el Dr. Pablo Barbirotto, coordinador general del anteproyecto de la ley, destaca que se trata de una propuesta novedosa que proviene de la interdisciplina que aporta una mirada integral y compleja a la problemática de los adolescentes que infringen la ley penal, enriqueciendo los abordajes y brindando a la justicia amplias posibilidades y herramientas de acción²¹.

Explica que la ley supera los eufemismos y ambigüedades provenientes de la coexistencia de los paradigmas de la Situación Irregular (ley 9.324) y de la Protección integral, cada uno de los institutos que regula deviene de un minucioso análisis de los instrumentos internacionales que componen el corpus iure internacional en la materia, sentencias de la Corte IDH, recomendaciones, dictámenes y resoluciones de la CIDH, Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, todos ellos de aplicación obligatoria para el país.

Esta legislación ofrece un mensaje claro para los actores del sistema, pero también para los jóvenes, en tanto bajo el amparo de las garantías del debido proceso, los ubica como protagonistas del proceso penal orientado desde de un inicio a la búsqueda de la verdad y en su caso a la responsabilización subjetiva.

Lo que se regula es un procedimiento penal de responsabilidad por el hecho cometido. La personalidad, peligrosidad, pobreza o vulnerabilidad del autor, sólo pueden

²¹ BARBIROTTTO, Pablo, “Ley N° 9861. Protección integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia”, Delta Editora S.R.L., Paraná (Entre Ríos), 2016.

ser tenidas en cuenta para dar intervención a los órganos administrativos de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, en el marco de las leyes 26.061 y 9.861; o bien para la determinación de la pena, en caso que se llegue a ella.

En sintonía con la CDN la ley garantiza a todo adolescente sujeto a proceso penal los principios de excepcionalidad, de especialidad, del interés superior del niño, que las leyes se interpretaran a su favor, en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos humanos, de proporcionalidad, de racionalidad, de igualdad, de no discriminación, de legalidad, de irretroactividad y de retroactividad de la ley penal más benigna; y las garantías de juicio previo, de juez natural, de inocencia, de respeto a la intimidad y al honor; de defensa en juicio, de plazo de duración razonable del proceso, y del derecho al recurso; y obviamente el derecho a ser oído y a participar activamente durante todo el proceso.

Debe señalarse, que si bien la ley establece una competencia especializada, en la provincia esto es aún una cuenta pendiente, siguen interviniendo jueces y fiscales de adultos.

Entre los institutos más importantes de esta nueva legislación cabe destacar la incorporación de soluciones propias de los postulados de la justicia restaurativa, mediante un abanico de opciones que posibilitan soluciones de distinta intensidad según la gravedad del injusto culpable y las necesidades de prevención especial.

Además introduce como novedad la procesabilidad de los adolescentes no punibles, cubriendo así la laguna procesal para la averiguación de los hechos cometidos por los menores de dieciséis años de edad, que establece en su art. 1 y 2 la ley 22.278, incorporándolos al sistema de garantías y derechos de los que se encontraban privados antes del dictado de esta ley.

Como puede advertirse el marco legal vigente en materia penal juvenil resulta sumamente complejo, está compuesto por las normas de la CDN y el corpus iuris internacional y por las vetustas normas de ley 22.278, más la vanguardista ley procesal local 10.450, y en todo lo que no se refiera específicamente a los menores de edad, por el código penal, la ley de ejecución de penas y el código procesal penal de adultos.

De allí que, al analizarse la realidad normativa deba partirse de las convenciones internacionales y las diversas interpretaciones que de ellas han hecho los organismos internacionales y pasar por ese filtro del “*control de convencionalidad*” a las normas sustanciales y procesales, y también las prácticas que se llevan a cabo en el abordaje con las personas menores de dieciocho años de edad, de modo tal que si se advierten incompatibilidades habrá que reinterpretar las normas locales buscando la coherencia de la normativa local con la supranacional, y en caso que la reinterpretación no sea posible, inaplicar las normas contrarias a la Constitución y la normativa internacional, partiendo siempre de que el art. 37 y 40 de la CDN establece una clara diferencia entre la situación de los jóvenes en situación de vulnerabilidad y la de aquellos que han delinquido, estableciendo dos ámbitos diferenciados para el abordaje de cada uno, la protección integral para los primeros y el penal para los segundos.

Con el tiempo, al igual que en Entre Ríos, todas las provincias del país fueron adecuando sus legislaciones protectoras y procesales juveniles a la manda de la CDN, de ese modo se fueron solucionando gran parte de los problemas que genera la coexistencia de normas contrapuestas.

Damián R. MUÑOZ, destaca la importancia de adecuar y armonizar el sistema penal juvenil argentino a los principios y estándares del Derecho Internacional en materia de niñez y adolescencia y, considerando la relevancia poderosa de los enunciados, señala que la visión crítica y en perspectiva de estándar internacional que viene adoptando la Corte Suprema a partir del fallo Maldonado posee un carácter invalorable en tanto funciona como un fuerte respaldo para todos aquellos que temen la decisión de trabajar en clave del paradigma de la protección integral, ya que es un resguardo a todos aquellos que asumen ese compromiso²².

²² MUÑOZ, Damián R., “El derecho al recurso y otras cuestiones del proceso penal juvenil. Otro fallo en clave de armonización”, en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Sumarios y análisis de fallos, dirigida por Leonardo G. Pitlevnik, Tomo 10, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 107/134.

Capítulo 2: Los derechos humanos de los niños.

Los derechos humanos, como conjunto de derechos y libertades fundamentales asumidas como preocupación propia por la jurisdicción internacional y el derecho internacional a partir de la Segunda Guerra mundial, recién encuentran consagración normativa con la aprobación de la CDN⁰.

Este reconocimiento es parte del advenimiento de los derechos de tercera generación que comprenden derechos específicos en razón del sujeto (derechos de las niñas y los niños, de las mujeres, de los ancianos)⁰.

La CDN suplanta la consideración del niño como “objeto de protección” que importaba hasta ese momento, por su reconocimiento como sujeto titular de derechos autónomos. De su articulado y del Corpus internacional se deducen los principios generales del sistema penal juvenil que se erigen en un piso mínimo, a través de los que se fijan los estándares a los que los Estados deben ajustarse, en el abordaje de los menores de edad, que transgreden la ley penal⁰.

El sistema penal juvenil se estructura sobre la base de que en materia penal, a los niños les caben las mismas garantías que a los adultos: procedimiento de corte acusatorio, juez imparcial, defensa en juicio, excepcionalidad de la pena privativa de libertad, derecho al recurso, control de la ejecución de la pena, por citar solo algunas.

Pero estas garantías convencionales se amplían y se profundizan cuando se trata de personas menores de edad, porque la premisa indiscutible es que los niños tienen los mismos derechos que le corresponden a todos los seres humanos, más los especiales de su

⁰ “... el mensaje de la niñez como ciudadanía puede convertirse en el eje de una auténtica revolución cultural en la que, quizás, esté contenida la oportunidad para la transformación de la sociedad, para una sociedad más justa, más humana, más madura.” (BARATTA, Alessandro, “La niñez como arqueología del futuro”, Justicia y Derechos del Niño N°9, UNICEF, Santiago de Chile, 2007, p.13.)

⁰ HIERRO, Liborio L., “Los derechos humanos del niño”, en Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto, ESADE, Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull, Barcelona, 1999. Allí el autor refiere como “partos históricos” a las también llamadas generaciones de derechos que se iniciaron a finales del S.XVIII con los derechos civiles y políticos, la segunda en el S. XX con los derechos económicos, sociales y culturales, y la tercera a finales del S. XX entre la que se cuentan los derechos de los niños, las mujeres, los ancianos, el medioambiente, los derechos informáticos, etc.)

⁰ CUSTET LLAMBI, María R, “Medidas privativas de libertad en el sistema penal juvenil. Estándares internacionales de derechos humanos”, en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, dirigido por Silvia Eugenia Fernández, Tomo III, ed. Abeledo Perrot, 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión, CABA, 2015, ps. 3525/3570.

condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado⁰.

Esto significa que la condición de persona menor de edad jamás puede importar la quita de derechos o su colocación en una situación más desventajosa. La regla general, es siempre la misma, a mayor vulnerabilidad, mayor protección.

El reconocimiento explícito de los derechos fundamentales configura un verdadero estatus jurídico propio de la infancia, implica un límite al poder punitivo del Estado, en palabras de García Méndez un nuevo tipo de derecho constitucional inspirado en la Convención que abre las puertas para una nueva reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos de este nuevo pacto⁰.

Se insiste sobre este punto, porque la situación fáctica de los jóvenes al momento de enfrentar un proceso penal en su contra, sigue siendo desigual, se filtran decisiones de neto corte asistencialista que implican injerencias en la esfera de libertad impensadas en personas mayores de edad.

Del Corpus Iuris Internacional se deducen una serie de principios que deben operar como criterios orientadores de las intervenciones y decisiones que se adopten con las personas menores de edad que infrinjan la ley penal.

En lo que sigue se mencionaran sólo los que tienen mayor incidencia en materia penal y cuya observancia es ineludible.

1. Principio del interés superior del niño:

La CDN, en su art. 3 establece: “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.* 2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar,*

⁰ Opinión consultiva N°17, vid. KROTTER, Laura, “El proceso penal juvenil y su regulación en los ordenamientos provinciales argentinos”, en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, dirigido por Silvia Eugenia Fernández, Tomo III, ed. Abeledo Perrot, 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión, CABA, 2015, ps. 3493/3522.

⁰ Ibídem, p. 3496.

teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Según Gabriel Tavip, este principio importa que en cada decisión se tenga en cuenta este interés en su triple dimensión: como un derecho sustancial a que se busque la máxima satisfacción de los derechos que le asisten; como una regla de interpretación, en el sentido de que debe prevalecer la interpretación que más favorezca los intereses del niño; como una norma de procedimiento, en tanto ante cada decisión deben ponderarse las consecuencias que implicaran en la vida del niño⁰.

En materia penal este principio obliga a tener en cuenta especialmente la opinión del joven, su identidad con sus particularidades (edad, sexo, orientación sexual, nacionalidad, religión, creencias, identidad cultural, personalidad); la preservación de sus relaciones familiares y entorno; cuidado, protección y bienestar; situación de vulnerabilidad, derecho a la salud, y a la educación; revisión periódica de las medidas que se adopten y evaluación del impacto en la vida del joven⁰.

2. Principio de capacidad progresiva:

Este principio recorre todo el texto de la CDN y exige indefectiblemente admitir que niños, niñas y adolescentes, conforme el grado de evolución de sus facultades se encuentran plenamente habilitados para el ejercicio de sus derechos personalísimos. Esta autonomía progresiva importa el reconocimiento de la capacidad y deriva en importantes consecuencias a la hora de la actuación de decisiones que ponen en juego derechos

⁰ TAVIP, Gabriel Eugenio, “¿De qué hablamos cuando hablamos de “Interés Superior del Niño”?”, en “Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, dirigida por Nora Lloveras, ed. Alveroni, 1ra. Edición, Córdoba, 2010, ps. 107/127.

⁰ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

personalísimos, especialmente en el ámbito penal, donde la autodeterminación se concreta en la expresión del consentimiento frente a diversos actos cuyo ejercicio no puede ser suplido por los padres o representantes en tanto configura una manifestación de la libertad personal de la que nadie puede ser privado.

Así cobra especial relevancia el derecho del joven a recibir toda la información vinculada a la decisión del acto referido con el proceso penal, y a la obligación por parte de los profesionales de brindarla en forma detallada y completa, en la medida en que sólo cuando ha recibido la información de modo que le sea comprensible se encontrará en condiciones de decidir y de ejercer su derecho de expresión y de manifestar su opinión en todos los asuntos que lo involucran.

En este aspecto la responsabilidad que compete a los padres o encargados del cuidado de las personas menores de edad, encuentra un límite en el principio de capacidad progresiva, en particular a cuestiones que atañen a la libertad de conciencia de éstos, por ello no pueden ser suplidos a la hora de aceptar o no su participación en un hecho típico, reparar un daño, ofrecer una disculpa, o asumir el cumplimiento de una tarea comunitaria o cualquier otro compromiso⁰.

3. Principio de legalidad:

Este principio impone que ningún niño puede ser sujeto del sistema penal si no ha infringido un tipo penal, es decir, no hay proceso sin previa infracción a la ley penal establecida con anterioridad al hecho imputado⁰.

⁰ Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 12, año 2009, parr. 58-61.

⁰ Art. 40 de la CDN: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; 32 ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a

Esta máxima que para el régimen penal de los adultos resulta una obviedad, no lo es para los jóvenes, como se viene diciendo, la ley 22.278 posibilita “disponer” de la libertad de las personas menores de edad, por causas ajenas a la comisión de un hecho delictivo o a la necesidad de cautelar los fines del proceso.

4. Principio de igualdad y no discriminación:

Este principio tiende a evitar la discriminación negativa de los niños en tanto gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos, con especial atención a su condición de personas en desarrollo lo que impone a los Estados un plus protector de derechos⁰.

Damián Muñoz, aclara, en tono de advertencia, que de este principio no se deriva que los menores de dieciocho años deban ser tratados igual que los adultos. Para explicarlo señala un problema cultural: “cuando nos referimos al concepto de “persona”, “persona con derechos” o “ciudadano” lo hacemos pensando en un patrón de un sujeto mayor de edad, y al resto de las personas las asimilamos a ese patrón o parámetro. Este yerro trae confusiones, como las que se advierte que inundan todo el discurso jurídico relacionado con los jóvenes infractores de la Ley Penal. Se refleja en todos los ámbitos como si quien verdaderamente fuese el genuino titular de derechos fuese el “adulto” (aún mejor si es padre de familia) y el resto de las personas se asimilaran o alcanzaran esa categoría⁰.

sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; 33 b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

⁰ Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 17 del año 2002.

⁰ MUÑOZ, Damian R., “El derecho al recurso y otras cuestiones del proceso penal juvenil. Otro fallo en clave de armonización”, en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Sumarios y análisis de fallos, dirigida por Leonardo G. Pitlevnik, Tomo 10, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 107/134.

Agrega que para entender el modelo de protección integral, este es el primer prejuicio que se debe desterrar: *“Los jóvenes en el modelo de protección integral, no se equiparan a los adultos. Sino que al igual que las mujeres, las personas con capacidades diferentes, o cualquier otro tipo de colectivo artificial, les corresponden derechos por ser miembros del “colectivo humano” única categoría de personas que cabe a la luz de las Convenciones de DDHH, y a cada cual de acuerdo a su situación contextual concreta. La diferencia, en todo caso, no recae en los sujetos, sino que es el Estado al que le incumben deberes específicos según esas circunstancias”*⁰.

En palabras Maier, el hecho de que se admita en plano jurídico que existe una diferencia entre un niño y un adulto solo autoriza a reconocerle más derechos⁰.

5. Principio de justicia especializada:

Este principio se funda en que los jóvenes se encuentran en una instancia de vida plenamente formativa, ello implica un menor reproche y la necesidad de que se procuren las mejores alternativas en clave de inserción social. La exigencia de una justicia especializada, como resguardo, no tiene que ver con la concepción tutelar que concibe a los jóvenes como incapaces, sino con aquella protección adicional que requieren por su condición de persona menor de edad sumada a la que le corresponde por ser una persona sometida a proceso.

En función de este principio rector, todos los actores del Sistema de Responsabilidad Penal juvenil, policías, fiscales, jueces, equipo técnico, deben estar capacitados en derechos humanos de los niños, para asegurar que las medidas que se tomen sean las adecuadas, esto es idóneas, necesarias y proporcionadas, como asimismo conocer de psicología infantil a fin de implementar prácticas comprensibles para los jóvenes⁰.

⁰ Ibídem.

⁰ MAIER, Julio, “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, en AA.VV. Justicia y Derechos del Niño, N°2, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2000, p.15.

⁰ CUSTET LLAMBI, Op. cit., p. 3532.

6. Principio de mínima intervención o de excepcionalidad:

La idea de un derecho penal mínimo, y la idea de excepción cubren todas las etapas del proceso y de la pena. De la CDN, surge el principio de mínima intervención posible para proteger de daños provocados estatalmente en el desarrollo de los menores debiéndose recurrir a tal fin a soluciones procedimentales informales cuando el derecho penal se muestre excesivo. Por ello desde un inicio debe considerarse, además del principio de oportunidad, alternativas al proceso, salidas tempranas, medidas antes que penas, y penas de cumplimiento condicional antes que privativas de libertad. La intervención estatal debe justificarse, ser limitada, medible y controlada y respetuosa de la dignidad humana.

La respuesta penal se limita a los delitos graves, aquellos que afecten los bienes jurídicos fundamentales. El resto de los delitos deben abordarse desde los presupuestos de la justicia restaurativa en tanto permite evitar el detrimento y la estigmatización.

7. Derecho a la intimidad:

La Convención exige que los Estados garanticen a los jóvenes involucrados en actuaciones penales el pleno respeto de su vida privada en todas las etapas del proceso. Ello implica que deban prohibirse la difusión de cualquier información que permita identificarlos, las actuaciones deben ser reservadas y las audiencias sin público.

8. Principio de no regresividad:

Este principio importa no solo la obligación de realizar todas las acciones positivas necesarias para asegurar el piso mínimo de derechos incorporados, sino y especialmente que en adelante se podrán reconocer más derechos y avanzar en su aplicación, más no pueden ser desconocidos ni limitados⁰.

A modo de conclusión puede decirse que los derechos humanos de las personas menores de edad encuentran pleno reconocimiento a partir de la CDN, por lo que bien puede considerarse a este instrumento como “*el manual de los derechos humanos de la infancia*”.

⁰ En nuestro país, la ley 26.579, que bajo la mayoría de edad, condujo a que tanto los órganos jurisdiccionales como administrativos, entiendan que la intervención especializada cese a los 18 años de edad. Sin duda es una ley recesiva, su aplicación debería limitarse a los casos en que no perjudique a los intereses de los jóvenes.

No obstante, como lo destaca Baratta es preciso que las enunciaciones normativas contenidas en la Convención estén acompañadas a nivel local de instrumentos idóneos y de un fuerte movimiento en las instituciones para que los principios que contiene incidan en las prácticas administrativas y judiciales de Estado⁰.

El primer pronunciamiento de la Corte IDH, en relación a estos principios se produjo en el caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala). Allí la Corte IDH expresó que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servirle a la Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana y del artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los que reconocen el derecho de las niñas, niños y adolescentes a medidas de protección y cuidados especiales por parte del estado, la sociedad en su conjunto y la familia.

En el párrafo 196 se precisan los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana: *“Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”*.

Y el 197, refiere expresamente que: *“Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a “permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”*”.

En nuestro país el giro jurisprudencial más importante es el fallo “Maldonado”. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se pronunció sobre distintos aspectos relacionados con lo que tradicionalmente se denominaba Derecho penal de menores y

⁰ BARATTA, Alessandro, “Democracia y Derechos del Niño”, en “Justicia y Derechos del Niño” Número 9 UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Santiago de Chile, 2007, p.17/27.

marcó definitivamente la necesidad de interpretar nuestra legislación en el sentido de la CDN.

Capítulo 3: La responsabilidad de los adultos y de los adolescentes en el sistema penal juvenil.

1. La Responsabilidad de los adultos en el sistema penal juvenil.

En el año 2013 la Corte IDH se pronunció en el caso “Mendoza y otros c/Argentina”, y responsabilizó al Estado Argentino por la violación de derechos humanos fundamentales en perjuicio de personas condenadas a penas de prisión o reclusión perpetuas cuando aún eran adolescentes.

Con anterioridad la Comisión IDH, había realizado recomendaciones y ante el incumplimiento la Corte condenó al Estado Argentino por mantener en vigencia un orden normativo contrario a los estándares internacionales. En lo que aquí interesa la Corte dispuso que le corresponde al Estado diagramar programas de capacitación orientados a alcanzar un adecuado nivel de especialización en los operadores del mismo, no sólo a nivel penitenciario sino también en lo que concierne a los magistrados y demás funcionarios que integran el fuero penal juvenil.

Según Mary Beloff, si hay una palabra en la que se puede resumir la CDN en una perspectiva diferente que la tutelar, esa es “responsabilidad”, en primer lugar de los adultos, el Estado, la comunidad y la familia; y en segundo lugar de los adolescentes. Estas responsabilidades son diferenciadas y propias, a diferencia del modelo anterior que incapacitaba a todos los involucrados; las familias desaventajadas eran incapaces de hacerse cargo de sus hijos, no solo en lo material, sino también en lo afectivo y educativo; el Estado tampoco era capaz de desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños, y justificaba la institucionalización de niños pobres con familias problematizadas, finalmente en la misma lógica también los adolescentes eran considerados incapaces de toda responsabilidad penal. Pero al mismo tiempo el sistema no renunciaba a reaccionar frente a quienes consideraba potenciales delincuentes y ejercían sobre ellos, sin ninguna garantía, coacción material directa intolerable para un adulto.

En cambio, destaca la autora, la CDN da por supuesta la responsabilidad de todos los actores sociales, adultos y niños. El Estado debe tener políticas eficaces para la garantía

de los derechos y si no las tiene es responsable por ello. Las familias deben proteger a sus niños, con la ayuda del Estado cuando la necesite. Y los jóvenes son responsables por los delitos que cometen de manera específica.

El tema de la responsabilidad es central en la redefinición de los roles de todos los actores que participan del proceso penal juvenil. La responsabilidad es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es el punto de encuentro de diferentes saberes jurídicos y no jurídicos que deben trabajar en conjunto para disminuir los niveles de violencia social⁰.

La observación general N° 10 del Comité de los derechos del Niño señala que: *“Si los principales agentes de la justicia de menores, a saber los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios encargados de la libertad vigilada, no respetan plenamente y protegen esas garantías, ¿cómo pueden esperar que con ese mal ejemplo el niño respete los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros?”*

En el caso “C., J.L. s/Causa n° 2182/06”, (16/6/10), la Corte haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación, en ese entonces Esteban Riggi, dijo: *“... todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garantes (art. 1.1. CADH), que, a cada uno, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, le corresponde. Así, entre las “medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2°) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial el interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención”*.

⁰ Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina Actual. Mary Beloff. Presentación leída en el seminario para auxiliares docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En el primer semestre del año 2002.

2. La responsabilidad de los adolescentes.

Según González del Solar la culpabilidad de las personas menores de 18 años es ostensiblemente diferente y menor a la de una persona adulta, porque su madurez cognoscitiva, emocional y física se encuentra en desarrollo⁰.

La Corte en el ya citado caso “Maldonado” sostuvo que: *“Sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional (...) Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional y afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incomprensible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior a la que le correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto...”*.

La CDN reconoce a los menores de 18 años como “educandos”, esto está muy claro en todo su texto en especial en los arts. 28 y 29. La educación es para la Convención el instrumento principal de incorporación del adolescente a la adquisición de ciudadanía, a través de un proceso gradual y creciente de responsabilidad social.

González del Solar destaca que la transgresión en el niño lo convierte en victimario y a la vez víctima de su propio obrar, y que muchas de las transgresiones permiten entrever condiciones de vida en que varios de sus derechos fundamentales están siendo vulnerados, es decir que está padeciendo una doble victimización⁰. Ello es una razón más que suficiente para que en la educación procure restablecer condiciones de vida que les permitan gozar de

⁰ GONZÁLES DEL SOLAR, José H., “Derecho de la minoridad”, ed. Jurídica Mediterránea, 4ta. Edición actualizada y ampliada según el nuevo Código Civil, Córdoba, 2015, p. 502.

⁰ Ibídem.

igualdad de oportunidades para su integración social. En tanto si el adolescente es un “educando” la primera y principal respuesta estatal a sus transgresiones debe ser socioeducativa y posponer la respuesta punitiva cuando incurra en un trasgresión muy grave.

Según este autor, si bien el ordenamiento jurídico penal, es el telón de fondo de los esfuerzos encaminados a atribuir al menor de 18 años una responsabilización social progresiva, ello no implica que la niñez deba ser considerada desde el vamos en la política criminal del Estado, puesto que si así sucede, la discusión se centra en bajar la edad de imputabilidad buscando reducirla e incrementar las sanciones según parámetros de exclusión social y de inclusión penitenciaria.

Por el contrario, la eventual responsabilidad penal del niño debe ser tratada en el marco de la política social del Estado, no entendida como asistencialismo, sino como el conjunto de decisiones que se llevan adelante para promover el desarrollo y la inclusión de todos en los beneficios de la vida civil.

En ese orden, indica que las medidas educativas, deben insertarse como primera herramienta de esa política de inclusión social, y lo penal mantenerse expectante como una segunda herramienta, que acude al cumplimiento de la pena como una vía extrema de reinserción social. Pero aclara: para que las medidas educativas tengan fuerza es necesario que la respuesta penal –en principio en expectativa- sea seria.

En efecto, la respuesta penal debe ser seria, porque un sistema de responsabilidad penal juvenil implica un mal que el Estado dirige con la intención de provocar sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Peter-Alexis Albrecht lo dice al inicio mismo de su libro: “El Derecho Penal de menores es Derecho Penal. No es Derecho social, no está programado para la ayuda, sino que sirve al control social.”⁰.

Consecuentemente debe asumirse que cualquier ejercicio estatal coactivo punitivo lleva implícita la violencia, y en este sentido es un mal; el punto es cuándo se justificará esa

⁰ ALBRECHT, Peter A., “El derecho penal de menores”, traducción al castellano por Juan Bustos Ramírez, ed. PPU, 1ra. Edición, Barcelona, 1990.

violencia. La respuesta surge del mismo concepto del derecho penal mínimo que sólo se justifica cuando la violencia que se evita con su ejercicio es mayor que la que se infringe. Ésa es la única justificación posible⁰.

3. La categoría de la “Responsabilidad” desarrollada por Roxin.

En clave de dogmática penal, la categoría de la “Responsabilidad” que propone Roxin, resulta una herramienta conceptual útil para encausar el doble juicio que se le realiza a las personas menores de edad en materia penal. El autor -que innova a nivel del tipo penal con la teoría de la imputación objetiva- en el siguiente nivel de imputación, amplía la categoría de la “culpabilidad” a la de la “responsabilidad”, y así a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena le añade siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal. De este modo la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a la “responsabilidad” personal del sujeto, que autoriza la imposición de una pena.

La “responsabilidad” se presenta como la realización dogmática de la teoría política criminal de los fines de la pena, como una prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción, que no se aplica al hecho, en el sentido de su necesidad abstracta de pena, sino a la persona que cometió el delito, en cuanto que se pregunta por su necesidad individual de pena.

Esta propuesta conjuga la lógica de la teoría del delito, con la lógica de la cesura de juicio de la ley 22.278, conforme a la cual, en un primer momento (que procesalmente coincide con la sentencia de responsabilidad) se determina que el autor al momento del hecho se encontraba en condiciones de asequibilidad normativa, y en un segundo momento (que procesalmente coincide con la sentencia de integración) se decide en relación a la necesidad, y en su caso, a la intensidad de la respuesta punitiva.

De este modo sin apartarse de la teoría del delito, es posible presentar un diseño especial para la persona menor de edad que puede explicar, razonablemente, que a pesar de

⁰ BELOFF, Mary, “Un modelo para armar y otro para desarmar”, en "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO", publicación de UNICEF, Santiago de Chile, noviembre 1999.

haber sido declarado culpable, esto es que se estableció con certeza que cometió una acción típica, antijurídica y culpable, según su especial capacidad de culpabilidad, puede ser igualmente absuelto, porque la pena no es necesaria.

Este modelo teórico vale para todas las personas menores de edad, también para los no punibles, sobre todo cuando se trata del juzgamiento de hechos graves, que causan gran impacto social, en los que tanto el imputado, la víctima y la sociedad tienen derecho a que se sepa lo que realmente pasó, aunque de allí no se derive una sanción de tipo penal.

Además sólo si el proceso penal cumple su finalidad de determinar la verdad de los hechos imputados podrá tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios, las personas menores de edad.

4. La responsabilidad penal y la responsabilidad subjetiva.

Ahora bien, cuando a un adolescente se le atribuye un injusto culpable, se le hace un juicio de reproche, que viene desde el afuera, de la autoridad que representa la ley, que lo señala poniendo en evidencia, que podía actuar de otro modo, acorde al derecho y no lo hizo. De este modo, al sujeto se lo hace responsable, se lo supone capaz de responder en relación a lo que hizo.

Desde el campo de la psicología, Luciana Sarmiento explica que: este es un acto de por sí subjetivante, es decir, que a alguien se lo juzgue capaz de decidir con respecto a su propia vida, implica un reconocimiento subjetivo ante sí mismo y ante los otros que forman parte de una sociedad, pero esto por sí solo no alcanza para asumir una posición de responsabilidad subjetiva, que es lo que en definitiva procura toda la intervención penal juvenil en términos de la CDN.

Más adelante agrega: *“La responsabilidad subjetiva implica “hacerse cargo” de los actos, responder ante una situación desde el fuero interno de la conciencia. Para esto no basta el sólo reconocimiento del hecho que se le imputa. El “hacerse responsable” implica un posicionamiento subjetivo que acompaña al “sí fui” con hechos, sentimientos, actitudes de reparación y demás manifestaciones subjetivas. Una persona puede decir “sí yo fui” y agregar “¿y qué?” demostrando un posicionamiento de indiferencia y apatía ante lo accionado, otra en cambio podría en el “fui yo” condensar grandes montos de goce (de*

desafío de intención de provocar un impacto negativo en el otro) generadores de angustia en quién escucha esta especie de orgullosa confesión. La responsabilidad subjetiva entonces implica que el sujeto reconozca en ese acto algo del orden de su deseo, de su singularidad y asuma las consecuencias en su vida que esa acción conlleva y para que esto ocurra la pregunta o el reproche debe venir "desde adentro". Es decir, no basta con hacer confrontar al sujeto con el acto delictivo sino que el sujeto se confronte con la verdad singular que habita en su acto, con el significado de su acto y con lo que éste acto dice de él como sujeto. Un sujeto que al implicarse subjetivamente con su conducta demostrará estar atravesado por la ley”⁰.

En ese sentido en un documento de UNICEF se dijo: *“La justicia penal adolescente tiene que convertirse en un escenario para que el joven pueda comprender las consecuencias que su conducta ha tenido sobre las víctimas, directas o indirectas, ya que sólo así podrá incidirse en la asunción de su responsabilidad y en la promoción de cambios de conducta. Asimismo, debe ser un espacio para conectar al joven con medidas y programas destinados a su inserción social”*⁰.

La cesura del juicio prevista en el art. 4 de la ley 22.278, permite, evaluar el desenvolvimiento del adolescente una vez declarada su responsabilidad penal. En ese tiempo, se implementan y revisan, las medidas socioeducativas que deben tener una duración suficiente como para posibilitar el proceso reflexivo y crítico que se pretende alcanzar.

5. La especial responsabilidad de los equipos técnicos.

Ahora bien, la fortaleza de las medidas que se adopten en la búsqueda de la responsabilidad subjetiva reside en la relevancia del medio social como escenario para el

⁰ SARMIENTO, Luciana, “El procedimiento abreviado y el valor “justicia” en el proceso penal juvenil”, publicado en Pensamiento Penal, 2015, sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42011-procedimiento-abreviado-y-valor-justicia-proceso-penal-juvenil>.

⁰ Documento redactado con el fin de dar a conocer los conceptos básicos que rigen las normativas internacionales en torno al proceso penal juvenil, UNICEF, Argentina, Octubre 2012, ¿Qué es un Sistema Penal Juvenil?, en sitio web: <http://ces.unne.edu.ar/DDHHyPC/UNICEFQUEEELSISTEMAPENALADOLESCENTE.pdf>.

proceso de reinscripción de la persona. Por ello, para una adecuada implementación es imprescindible la intervención de los Equipos Técnicos.

En efecto, ninguna de estas alternativas al proceso penal consiste solamente en exigir a la persona que se comporte según imposiciones fijadas judicialmente sino que impone como condición la redistribución de responsabilidades a raíz de concebir al delito como una construcción conjunta, es decir, el sujeto delinque como resultado de su propia decisión pero también como emergente de un medio social hostil. Entonces se pretende transformar la relación de la persona con el orden jurídico, entendido este último como expresión de determinadas configuraciones sociales que, por ella, deben reconfigurarse.

Marcón destaca que esta tarea no puede realizarse desde el sentido común ni desde “sobrevuelos conceptuales” sino desde un sólido sustento teórico, legitimado por el Estado a través de lo que se conoce como incumbencias profesionales⁰.

La composición de los equipos es variada pero en general incluyen trabajadores sociales, psicólogos, psiquiatras siempre especializados en el trabajo con niños, tal como ocurre en la provincia de Entre Ríos. El reconocimiento de que estas intervenciones profesionales son las más eficaces supone una clara orientación hacia el respeto por los derechos humanos.

El conocimiento del adolescente y el contexto en el que se desenvuelve viene de la mano de la evaluación que realizan los Equipos Técnicos. La misma tendrá como objetivo dar contenido a las medidas que se adopten (concretizarla en un lugar y en una actividad particular) de acuerdo a dos variables, la gravedad del hecho y las circunstancias personales.

Los Equipos técnicos interdisciplinarios son los responsables de dotar de contenido a las medidas que se adopten con los adolescentes a través de acciones de gestión y articulación institucional, estudio de diferentes marcos teóricos como la incorporación de la perspectiva de género y el estudio de los instrumentos internacionales en derechos humanos, que a su vez se nutren de la interdisciplina para su ideación y redacción, y

⁰ MARCÓN, Osvaldo, “La responsabilización penal juvenil como nuevo relato cultural. ¿Del “amor por los niños” al “odio hacia los menores”?”, Espacio Editorial, 1ra. Edición, CABA, 2013.

fundamentalmente el trabajo en el territorio, fuera de los tribunales, acercándose a las instituciones, a los barrios, a la realidad de los adolescentes a quienes sirven con su trabajo⁰.

6. Las propuestas para bajar la edad penal. Datos empíricos.

Las propuestas para bajar la edad penal se organizan en torno a dos ejes contrapuestos. Parte de los argumentos se relacionan con una supuesta necesidad de resolver los problemas de inseguridad ciudadana, ante la gran cantidad de delitos que cometerían los menores no punibles, otros plantean la necesidad de la reforma con el objeto de mejorar los estándares de garantías del sistema. En ambos casos los argumentos se apoyan en términos falsos.

Mary Beloff, en su libro “*¿Qué hacer con la justicia juvenil?*”, realiza un exhaustivo relevamiento y a partir de datos estadísticos verifica que el porcentaje de causas que ingresan al sistema penal juvenil es notablemente inferior al de las causas ingresadas al fuero de mayores, ese porcentaje mínimo se replica en todas las jurisdicciones y se mantiene estable en las últimas décadas. Pero además del total de delitos cometido por los niños un gran porcentaje corresponde a delitos contra la propiedad, le siguen en muy menor proporción los homicidios y sus tentativas, y en un porcentaje mínimo delitos sexuales o contra la libertad. De allí que sea posible afirmar que los delitos cometidos por los adolescentes no son la causa de la violencia en la sociedad, ni la incidencia de los delitos graves es significativa, más allá del escándalo que provoca el delito juvenil⁰.

Pero la autora no se conforma con estos datos estadísticos para descartar la valía de estos argumentos, sino que se pregunta por qué motivo, aun si fuera cierto que los jóvenes son la causa de la inseguridad ciudadana, la solución debería ser el castigo en vez de ponerse el acento en las políticas de prevención.

En otro orden, también releva los avances que han tenido lugar en la justicia juvenil argentina en los últimos años, los compara con la situación de otros países de la región y

⁰ SARMIENTO, Luciana, Ponencia “*LAS RESPONSABILIDADES EN JUEGO EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL*” UN ABORDAJE POSIBLE” en el marco de capacitación del Instituto Alberdi a los Equipos Técnicos del Poder Judicial de Entre Ríos, 13 de junio de 2019.

⁰ BELOFF, Mary, “*¿Qué hacer con la justicia juvenil?*”, ed. Ad-Hoc, 1era. Edición, Buenos Aires, 2016.

señala que existen déficits importantes en el presente para cumplir con los estándares internacionales, como ser: la ausencia de estructuras para implementar programas de justicia restaurativa, la pérdida del principio de especialidad al acercarse progresivamente la justicia juvenil a la de los adultos, o el uso indiscriminado del juicio abreviado que vacía de contenido la función pedagógica que implica el proceso penal en cuanto vehículo de implicancia subjetiva.

Sin embargo, ninguna de estas deficiencias tienen que ver con la edad penal, ni con la necesidad de reformar la ley en ese sentido.

Por ello, concluye que ninguno de estos dos argumentos represivos o garantistas se sustenta en datos actuales, menos aún alcanzan a demostrar si en realidad serviría de algo bajar la edad de punibilidad más allá de la utilidad política que de ello se hace en cada campaña electoral.

Título II: Las respuestas del sistema penal juvenil:

Capítulo 1: Respuestas preponderantemente no sancionadoras: Justicia restaurativa.

En la actualidad, la política criminal en la lucha contra la delincuencia juvenil, da prioridad a las respuestas reparadoras antes que a las punitivas. Así en el marco del principio de mínima intervención y sobre los sólidos fundamentos de las normas internacionales, la justicia penal juvenil busca instaurar nuevas y más fructíferas relaciones entre el infractor y la víctima, con iniciativas para hacer posible la reconciliación, la reparación, o bien la realización de tareas educativas, entendido ello como una manifestación del principio de oportunidad a fin de evitar procesos de estigmatización social para aquellos casos que lo permitan. En todo proceso seguido contra niños en razón de la comisión de un hecho típico deben existir alternativas a la mera retribución, es decir, institutos que permitan “resolver” el conflicto que dio inicio a la causa penal.

La CDN concreta las formas en las que debe lograrse ese objetivo. En el inc. 3 y 4 del art. 40, regula formas alternativas al proceso y a la pena para la solución del conflicto, estableciendo el compromiso de los Estados parte a adoptar medidas para tratar a los niños y adolescentes en conflicto a la ley penal, sin recurrir a sistemas judiciales.

Las Reglas de Beijing para la administración de justicia de menores, que son previas a la CDN, establecen como objetivo promover el fomento del bienestar de estos y garantizar que cualquier respuesta a los menores delincuentes sea proporcionada a sus circunstancias personales y al delito (regla 5), fomentando la posibilidad de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente, procurando facilitar a la comunidad, con este fin, programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas (regla 11).

Las Reglas de Tokio sobre medidas no privativas de libertad acentúan la importancia de fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, en especial en lo que respecta al tratamiento del delincuente, como asimismo

fomentar en los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad⁰. Para ello entre las medidas que pueden adoptar las autoridades señalan el mandamiento de restitución o de indemnización a la víctima⁰.

En el mismo sentido las Directrices de Riad para la prevención de la delincuencia juvenil instan a la utilización de otras instalaciones y medidas alternativas a las habitualmente usadas por la justicia penal tradicional, y exhortan al personal especializado a recurrir a estos servicios en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de la justicia penal⁰.

En los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y justicia penal, también se abordaron estos temas. La “Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los Retos del Siglo XXI” adoptada en el X Congreso de Naciones Unidas⁰, reconoció la profunda preocupación entre los Estados miembros por el fenómeno de la delincuencia juvenil y además de apostar a los medios de prevención en la declaración se comprometen: *“a otorgar prioridad a las medidas encaminadas a contener el crecimiento del número de detenidos promoviendo alternativas seguras u eficaces en sustitución del encarcelamiento, planes de apoyo a las víctimas que incluyan mediación y justicia restaurativa”* (párr. 24 y 26).

La Declaración de Bangkok sobre la delincuencia y la Justicia, Sinergias y Respuestas: Alianzas Estratégicas en Materia de Prevención del Delito y Justicia penal, adoptada en el XI Congreso de las Naciones Unidas celebrado en 2005, en su par. 32, destaca la importancia de seguir elaborando políticas, programas y procedimientos en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas del juzgamiento, a fin de evitar los efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante los tribunales y de promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las prácticas de la justicia penal.

⁰ Regla 1.2.

⁰ Regla 8.2.

⁰ Directriz 58.

⁰ Celebrado en Viena, del 10 al 17 de abril de 2000 y aprobado por la res. 55/59 de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 4 de diciembre de 2000).

La Declaración de Salvador sobre Estrategias Amplias ante problemas Globales: los sistemas de Prevención del Delito y Justicia Penal y su Desarrollo en un mundo en Evolución” adoptada en el XII Congreso de Naciones Unidas en el año 2010, incluye la recomendación expresa de aplicar, de modo más amplio, mediadas de justicia restaurativa para sustraer a los delincuentes juveniles del sistema de justicia penal.

La Declaración de Doha sobre la Integración de la Prevención del Delito y la Justicia Penal en el Marco Más Amplio del Programa de las Naciones Unidas para Abordar los Problemas sociales y Económicos y Promover el Estado de Derecho a Nivel Nacional e Internacional y la Participación Pública” Adoptada en el Congreso XIII de Naciones Unidas en el año 2015, exhorta en materia penitenciaria a someter a examen o reformar los procesos de justicia restaurativa a fin de que la reinserción se satisfactoria.

También se cuentan resoluciones aprobadas en períodos ordinarios de sesiones que alientan a los Estados para que formulen y apliquen programas de prevención de la delincuencia y la utilización de medias alternativas, como las medias extrajudiciales y la justicia restaurativas⁰.

Asimismo son múltiples las referencias a la justicia restaurativa en el marco del Consejo Económico y Social que en forma de proyectos y resoluciones de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal señalan la necesidad de recurrir a mecanismos oficiosos que para solucionar controversias en los que estén involucrados menores de edad que incluyan mediación y prácticas de la justicia restaurativa, que se deberán fomentar procedimientos penales combinados junto con mecanismos extrajudiciales y comunitarios.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 10 (2007), relativa a los derechos del niño en la justicia de menores indica que las autoridades estatales pueden adoptar dos tipos de medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de

⁰ HERNANZ, Tomás Montero, “Apuntes sobre la mediación en la jurisdicción penal de menores. El caso Español”, en Revista de “Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Patricia Ziffer y Mauro Divito, Número 7, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Julio 2018, ps. 1348/1370.

haber infringido esas leyes: medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales y medidas en el contexto de un proceso judiciales.

En cuanto a las primeras⁰, el Comité señala que deben establecerse siempre que sea apropiado y que teniendo en cuenta que la mayoría de los niños sólo comenten delitos leves, deberán estar previstas medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal y la reorientación hacia los servicios sociales (remisión de casos) que deben adoptarse en la mayoría de los casos y que no se deben limitar a las infracciones leves.

Estas pautas son obligatorias para la Argentina, forman parte de la política de gestión de la conflictividad asumida por Estado al suscribir el tratado, y se relacionan directamente con los principios de última ratio, subsidiariedad y mínima intervención.

La CIDH en el párrafo 222 de su informe Justicia juvenil y Derechos humanos en las Américas, en cumplimiento del artículo 40 de la C.D.N. y del artículo 19 de la CADH y del 7 de la DADDH, ha dicho que los estados deben limitar el uso de la justicia juvenil y ofrecer alternativas a la judicialización; que sus leyes deben caracterizarse por la posibilidad de adoptar medidas alternativas a la judicialización y que las leyes deben ir acompañadas de una adecuada asignación de recursos para programas comunitarios y capacitación continua a fin de que se enfatizen los impactos nocivos que el sistema sancionatorio puede tener en los niños y que se controvierta la percepción de que las conductas de los niños requieren respuestas de mano dura a través de la justicia juvenil.

En el mismo informe (párrafo 234 a 240) se estimó necesario que estos procesos sean sometidos a supervisión judicial, de forma tal que el juez pueda aprobar, modificar o desestimar cualquier acuerdo alcanzado y cerciorarse de que se hallan garantizado los derechos del niño conforme al interés superior del niño y que se haya recabado la voluntad tanto del presunto autor de la infracción como de la víctima con la información y el asesoramiento necesario.

Resulta importante aclarar que la obligación de desjudicialización no equivale a no dar ninguna respuesta, sino que importa buscar la respuesta menos lesiva y más efectiva para abordar el delito protagonizado por un joven, cuando ello sea posible.

⁰ Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 10 (2007), párr. 22, 24 a 27.

Entre las respuestas preponderantemente reparatoras se encuentra el instituto de la remisión, mediación, conciliación, reparación del daño y la suspensión del juicio a prueba.

1. Remisión.

Aída Kemelmajer de Carlucci, define a la remisión como la terminación anticipada del proceso cuando el conjunto de circunstancias que rodeen el hecho permitan hacer presumir que la instauración del proceso resultará contraproducente para todas las partes, muy especialmente para el joven⁰.

Este instituto responde directamente al principio de mínima intervención. En la provincia de Entre Ríos tiene una larga tradición y se encuentra expresamente regulado en la ley 10.450, sobre procedimiento penal aplicable a las personas menores.

Allí se establece como requisitos de procedencia, que se disponga de pruebas de que el joven cometió el delito, que preste su consentimiento, que se impongan pautas de sencillo cumplimiento y de manera personalizada. Expresamente se dispone que no proceda cuando se trate de delitos graves.

La norma local abrevia en lo dispuesto en el art. 11 de las Reglas de Beijing y en su comentario, en cuanto entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal, y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad. Sirve para evitar la estigmatización que importa el contacto mismo con el sistema penal, por ello cuando la no intervención se presenta como la mejor respuesta debe optarse por la no iniciación del proceso sin envío a servicios sustitutos. Ello ocurre ante delitos que no son graves, y cuando la familia, la escuela u otra institución de control social ha reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.

Cumple con la Observación 10 del Comité de los Derechos del Niño que dispone que la remisión de casos sólo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se lo acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él

⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Justicia restaurativa. Posibles respuestas para el delito cometido por personas menores de edad”, ed. Rubinza-Culzoni, año 2009.

para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior, que el niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento y que este deberá basarse en información adecuada y específica sobre el contenido y la duración de la mediada y sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución, y que para estimular una mayor participación de los padres los estados pueden exigirles el consentimiento.

La Remisión puede utilizarse en cualquier momento del proceso, si se disponen medidas debe contarse con el consentimiento del joven y un adulto responsable que lo acompañe en el cumplimiento de las medidas de remisión recomendadas, que en general se tratan de servicios a la comunidad, de modo que sin el consentimiento sería un trabajo forzoso, generalmente, se aplica antes del juicio de responsabilidad, por lo tanto las medidas no pueden tener carácter punitivo.

La Remisión de casos debe servirle en primer lugar al joven, por ello se aconseja que la medida se tome tras una evaluación objetiva de su conveniencia, que se prevean opciones supletorias, que sea sencilla de llevar a cabo, que –al igual que el resto de las medidas- se vislumbre como exitosa, que tienda a sacar al joven de la lógica del fracaso.

El instituto es similar a la suspensión del juicio a prueba, pero su regulación es provechosa porque es la respuesta de menor intensidad, la menos invasiva en la vida del joven, y la que menos lo vincula con el sistema penal. Además implica una posibilidad más de evitar una condena penal, de modo que quien ha sido beneficiado con una remisión, luego puede acceder a la suspensión del juicio a prueba, sin plazos que lo impidan.

2. Mediación:

En general puede sostenerse que la mediación es un proceso que mira dinámicamente una situación problemática y que abre los canales de comunicación que estaban bloqueados. En Entre Ríos está regulado en el C.P.P. y en la ley procesal penal juvenil, no procede cuando se trate delitos graves, su otorgamiento requiere un dictamen del equipo técnico acerca de su conveniencia y se rige por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad y neutralidad e imparcialidad de los mediadores.

Si las partes llegan a un acuerdo porque encuentran satisfechas sus pretensiones se remite al Juez para su homologación, el acuerdo no implica asunción de responsabilidad, y las actuaciones se suspenden hasta el cumplimiento de las obligaciones, si no se cumple las actuaciones continúan por los carriles normales del proceso penal.

Este instituto tiene como finalidad específica pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la re-victimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez los perjuicios derivados del proceso penal⁰.

Tomás Montero Hernanz⁰, tomando como base el derecho español, resume una serie de ideas que deben estar en cualquier programa de mediación en justicia juvenil.

Así indica que las partes intervinientes en el proceso de mediación son el mediador, la víctima y el joven junto a sus representantes. La función principal del mediador es la de conducir el proceso más que resolver el conflicto, que de existir, lo habrán de resolver las partes. También será su función incorporar los elementos educativos al proceso, porque las intervenciones en el marco de la responsabilidad penal de los menores deben tener ese carácter.

En cuanto a la víctima, dice, la mediación trata de ofrecer la posibilidad de ser escuchada, que recupere tranquilidad y que sea compensada por los daños sufridos que con frecuencia trascienden el aspecto material. La mediación configura entonces un espacio de compensación donde la víctima puede expresar los daños sufridos, plantear sus demandas y ser reparada.

En cuanto a los jóvenes que infringieron la ley penal la mediación facilita el desarrollo de la responsabilidad, parte del reconocimiento puntual de un hecho delictivo, de una acción concreta, lo cuales permite reflexionar, valorar y entender las consecuencias que

⁰ BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles, “Experiencias regionales. El Ministerio Público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la protección de los derechos de los niños víctimas y jóvenes en conflicto con la ley penal”, en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, dirigido por Silvia Eugenia Fernández, Tomo III, ed. Abeledo Perrot, 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión, CABA, 2015, p. 3458.

⁰ HERNANZ, Op. cit.

su acción tuvo para la víctima. Para que la mediación sea posible es indispensable que el joven asuma la responsabilidad en relación al hecho, su participación en él, que tenga una mínima capacidad reparadora, que entienda la alternativa que se le propone, que asuma un compromiso y participe activamente del proceso.

3. Conciliación y Reparación.

Otras medidas de corte restaurativo son la conciliación, que es una especie de mediación, e implica necesariamente la voluntariedad de la víctima para participar de ese proceso; y la reparación, que sólo exige como condición necesaria la voluntad de la víctima cuando lo que se pretende es una reparación directa, de lo contrario, en los casos de reparación indirecta lo más importante es la asunción del menor de los hechos cometidos, es decir su voluntad reparadora.

4. Suspensión del juicio a prueba:

Como ya se señaló, el reconocimiento de los adolescentes como sujetos titulares del derecho supone reconocerlos progresivamente responsables de sus actos lícitos e ilícitos. Sin embargo ello no implica un reproche penal equivalente al que en similares circunstancias le correspondería a un adulto. Los lineamientos del derecho penal juvenil, toman en consideración las características propias de una persona en desarrollo a efectos de proponer alternativas tendientes a su inserción social como fin exclusivo⁰.

Desde ese punto de mira, la suspensión del juicio a prueba constituye una modalidad de pena reeducativa dentro de una fase punitivo-tratamental en un proceso pedagógicamente orientado a fines preventivo especiales. Su búsqueda se orienta en la reducción de la pena de prisión para casos de criminalidad leve o mediana y procura a la par de la reparación del daño fines de ayuda social. Éste instituto previsto en el art. 76 CP, resulta aplicable a las personas menores de edad, pese a su similitud con lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 22.278.

⁰ VEGH WEISS, Valeria, “La suspensión del juicio a prueba en niños y adolescentes”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año II, Número 08, ed. La Ley, Buenos Aires, Septiembre 2012, ps. 227/242.

Entre sus caracteres se destaca el hecho de que se cumple en el medio social propio del adolescente lo que otorga posibilidades reales de inserción social se evita la desvinculación familiar, laboral, académica propia de cualquier restricción de libertad. Sus postulados van por fuera de la pena estatal tradicional y se inscribe en el paradigma de la justicia restaurativa ya que reconoce la autonomía de la voluntad, de la víctima y del imputado morigerando la confiscación del conflicto y cumple el fin de reintegración social.

Por ello mismo, en el ámbito del derecho penal juvenil, no es aceptable que el objeto de la suspensión del juicio a prueba se vincule al mejor funcionamiento y descongestionamiento de los tribunales. Su utilización atiende exclusivamente a no dejar al joven desamparado, y sin ser una medida de clemencia, proponer un verdadero método de tratamiento de inserción social.

Además, sin perjuicio de que en primer lugar se encuentre prevista a favor del joven infractor, la medida también favorece a la víctima y a la sociedad en la medida en que pretende reparar el daño causado con el delito, y su aplicación aumenta las chances de integración comunitaria de los jóvenes sometidos a proceso penal, satisfaciendo los requerimientos de la prevención especial.

Entre otras ventajas, se destaca que permite un contacto más personal con los distintos actores, implica la posibilidad de intervenir y proponer las reglas de conducta o de un eventual resarcimiento e incluso conocer a quien se dañó y en qué proporción. Todo lo cual configura la materia indispensable sobre la cual se puede trabajar el proceso de auto responsabilización subjetiva.

Su aplicación respeta las garantías constitucionales por las que todo sujeto se encuentra amparado y en especial por aquellas garantías que sobreprotegen a los menores de edad como es el derecho a ser oído, a que se respete su interés superior, a que la causa se resuelva con mucha mayor celeridad, a la inmediatez y a la protección de la familia.

Valeria Vegh Weiss⁰, recuerda que si un niño o adolescente comete un delito es porque se encuentra en una situación de suma vulnerabilidad, ya sea psicológica o material, y que generalmente se dan de forma simultánea ambas.

⁰ Ibídem, ps. 227 y ss.

En su artículo cita una investigación de Elías Carranza y Rita Maxera en los juzgados de menores de Latinoamérica, según la cual el perfil del infractor que ingresa al sistema penal juvenil es de sexo masculino de entre 16 y 17 años, con al menos cuatro años de retraso escolar, residente en zonas marginales, sin ninguna calificación laboral pero sin embargo contribuye al sostenimiento de su grupo familiar que se caracteriza por padres ausentes o con trabajos descalificados. Y se pregunta si ante ese escenario es posible pretender brindar un cauce de solución desde la aplicación de una sanción tan grave como la pena, si es posible argumentar que una pena puede presentarse como el medio idóneo para que un joven reflexione a cerca del hecho cometido.

En éste estado de cosas, la suspensión del juicio a prueba se configura como una posibilidad del estado para dar algún tipo de solución (parcial, acotada e insuficiente) a aquellas situaciones que tienen que ver con la infracción de las normas pero también con derechos vulnerados que con el mismo delito el joven intenta satisfacer. Para ello las reglas de conducta deben abarcar al núcleo familiar en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades básicas asumiendo el riesgo latente de confundir poder punitivo con asistencia social.

Cabe señalar que el Código Penal incorporó en el art. 59, como causal extintiva de la acción y de la pena, de criterios de oportunidad, la conciliación o reparación integral del perjuicio y el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del juicio a prueba, en sintonía con lo que desde hace un tiempo venían regulando las provincias en sus regímenes procesales, y en el caso de Entre Ríos en su legislación procesal penal juvenil.

5. Cesura del juicio:

La cesura del juicio establecido en el art. 4 de la ley N° 22.278, es la primera versión de suspensión del juicio a prueba de la legislación nacional. Este instituto se caracteriza por la división del debate oral en dos etapas. La primera tiene por objeto establecer si la persona menor de edad, sometida a juicio oral resulta ser culpable o no del delito que se le imputa, la segunda se refiere a la discusión sobre la necesidad o no de pena, su monto y su modalidad de cumplimiento.

Presenta la ventaja de agilizar la definición del resultado acerca de la existencia del ilícito culpable, jerarquiza el dialogo racional, ya que se evitan todo tipo de planteos subsidiarios y contradictorios.

En la práctica esto significa someter la decisión a las discusión de las partes, liberar al acto de determinación de la pena de cualquier tipo de arbitrariedad y adoptar una decisión después de considerar, todas las ventajas y desventajas de aplicar o no una pena, teniendo en cuenta la concreta situación del imputado y de los demás interés en juego.

María Belén Salido⁰, destaca que las razones epistemológicas y constitucionales que imponen la cesura del juicio como un método necesario de debate se advierten con más facilidad si se logra visibilizar las limitaciones que el juicio unifásico entraña para la discusión de la pena y para su correcta individualización.

En efecto, en los procesos unifásicos los esfuerzos procesales de las partes se agotan en el caso de culpabilidad. No hay actividad procesal útil para fundar los pedidos de pena, no hay discusión racional de la misma, sólo argumentos genéricos y superficiales, a veces intuitivos respecto de lo que se entiende por una pena justa. La defensa se enfrenta con el dilema de renunciar a su propia coherencia procesal y discursiva si pidió la absolución de su defendido ya que o bien abdica de oponer argumentos útiles para disminuir el pedido de pena del acusador, o se contradice con su línea estratégica y discute los motivos que tuvo su defendido para delinquir, u otras circunstancias personales a pesar de que momentos antes negó que haya sido el autor de los hechos.

Esa falta de discusión racional de la pena se refleja en las decisiones de los tribunales. Por el contrario la centralidad que la cesura del juicio confiere a la discusión de la pena hace que el proceso responda mejor a las exigencias del debido proceso legal.

En el modelo bifásico, explica, la discusión de la pena tiene como presupuesto el merecimiento de la misma y ese merecimiento es la confirmación de que alguien es

⁰ SALIDO, María Belén, “El juicio bifásico: herramienta epistemológica y garantía constitucional”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año VIII, Número 05, ed. La Ley, Buenos Aires, Junio 2018, ps. 172/182.

culpable de un hecho típico y antijurídico. Los planos analíticos no se confunden y los datos que favorecen a la afirmación de la culpabilidad no interfieren con las pautas para mensurar la pena, lo que favorece el derecho penal de acto.

Todas estas consideraciones, resultan aplicables a la cesura del juicio del régimen penal juvenil, sobre todo si se tiene en cuenta, que si el joven cumplió satisfactoriamente las pautas impuestas en la audiencia que lo declaró responsable, cuenta con la posibilidad de obtener una absolución o bien que se prorrogue el periodo de probación hasta la mayoría de edad.

Si bien se trata de un instituto de corte procesal, en clave dogmática es posible ubicar las disposiciones previstas en el citado art. 4 de acuerdo a la categoría de la responsabilidad de Roxin. Esta herramienta conceptual resulta de gran utilidad, en tanto se divide en dos sub categorías: la culpabilidad en su sentido tradicional y las necesidades preventivas de la pena.

De este modo a la tradicional estructura de la teoría del delito –acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se añade la necesidad preventiva de la pena como elemento específico. Así, en el nivel de la culpabilidad se analizará la capacidad de imputabilidad, las causales que pueden excluir la culpabilidad, los supuestos de error de prohibición. En tanto que en la necesidad preventiva de la pena se discurrirá acerca de la necesidad de castigo, y en caso de corresponder su monto.

De esta manera, es posible explicar dogmáticamente, porqué en algunos supuestos los adolescentes pueden haber sido declarados autores responsables por un determinado delito y de todos modos resultar absueltos por no resultar punibles en razón de no existir razones de prevención especial que tornen necesaria la aplicación de una pena.

6. Excursos. El Juicio abreviado:

Este instituto entendido como medio de solución del conflicto penal sustitutivo del juicio contradictorio oral, se encuentra previsto en el proceso penal juvenil en Entre Ríos, y presenta algunas particularidades que lo distinguen de la regulación prevista para los adultos.

Su regulación ha merecido serios reparos por parte de importantes sectores de la doctrina. Mary Blof considera que el valor pedagógico del "juicio oral" para el joven infractor posee una riqueza simbólica inestimable y que se pierde si se sustituye por un acuerdo en el cual él no ha tenido debida información e intervención.

Otras posturas sostienen que si se tiene en cuenta que la finalidad del Derecho Penal juvenil es que el joven asuma una posición "constructiva para la sociedad" (art.40 inc. 1º: 1. CDN.), el juicio abreviado puede ser una instancia decisiva en la que el joven a través del reconocimiento de la autoría personal en el hecho que se le atribuye comience ese recorrido pedagógico, para lo cual, una vez más, se muestra decisivo el rol de los equipos técnicos y de todos los adultos que intervienen en este procedimiento.

La cesura del juicio no es incompatible con el juicio abreviado, en tanto y en cuanto el joven asuma su responsabilidad en el hecho y se comprometa a cumplir ciertas pautas que mejoren su situación, antes de llegar a la audiencia de integración, donde se decidirá la absolución o la pena con el límite máximo que se hubiese acordado con la Fiscalía.

Ciertamente, en aquellos casos en los que el joven ha reconocido su culpabilidad, y por ello se prescinde de la primera fase del proceso, es donde se muestra más necesaria la irrenunciabilidad de la segunda fase del juicio, ya que justamente, la única discusión en la que el imputado conserva interés es en la de la determinación de la pena, por ello tal debate debe darse en un marco amplio de discusión, en el que si bien las partes puedan acordar un monto máximo, el monto de pena en concreto se decida por un tercero imparcial de manera fundada.

Silva Sánchez reconoce el auge de los acuerdos –conformidades- en el proceso penal. Y advierte que: *“El problema de éstas, sin embargo, sigue siendo el mismo de siempre: las negociaciones con la Fiscalía reflejan una pura dinámica de poder, en la que el Derecho brilla por su ausencia. ... Si en las negociaciones que han de conducir a una conformidad está ausente el Derecho penal, entonces resulta incontestable el pronóstico infausto que autores contemporáneos efectúan sobre el futuro de la dogmática. Ahora bien, no está nada claro que las cosas hayan de ser necesariamente así. Por el contrario, es posible sustraer las conformidades a la dinámica perversa de la coacción y el temor. Para*

ello no hace falta más que la voluntad de entenderlas como escenarios de debate sobre el Derecho aplicable en marcos de incertidumbre fáctica”⁰. En escenarios así, dice, se trataría del lenguaje de la racionalidad o de la razonabilidad; no del recurso descarnado de poder. Y culmina su idea afirmando: “Al final, lo importante es que, ante el riesgo de lo imprevisible y el comprensible miedo al banquillo, la presunción de inocencia y los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías no acaben convirtiéndose en detalles irrelevantes. Parece que el objetivo vale la pena”⁰.

Estas consideraciones son plenamente aplicables al proceso penal juvenil. Por ello, si bien el monto máximo de la pena puede ser acordado, la discusión sobre el monto de la pena no puede quedar reservada al fiscal y defensor (en razón de la pretensión del sujeto procesal con más fuerza en la negociación) porque ello impide que el monto se decida conforme a los parámetros de necesidad, que es un requisito expreso de la ley penal juvenil (art. 4) y de proporcionalidad⁰.

Capítulo 2: Las medidas en el sistema penal juvenil.

El derecho vigente establece como consecuencias que se pueden derivar de un delito penas y medidas de seguridad. Se sostiene que las medidas no contienen el reproche

⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “En busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena”, ed. B de f, Buenos Aires, 2015, p. 283.

⁰ *Ibidem*.

⁰ Vid. SARMIENTO, “El procedimiento abreviado y el valor “Justicia” en el proceso penal juvenil”, *Op. Cit.*: “En relación al Sistema Adversarial y al Proceso Penal Juvenil, el instituto del procedimiento abreviado aparece con una frecuencia que es abrumadora. El mismo se desarrolla en un escenario habitual a nuestros adolescentes objetos de políticas neoliberales de consumo, ya que la ley de la oferta y la demanda se constituye en el principal bastión de dicha práctica judicial. Al negociarse hechos por penas, se los vuelve a ubicar (al igual que la antigua doctrina de la situación irregular) en el lugar de objeto de las decisiones que se toman en torno a ellos. Testimonia esta lógica el lenguaje que utilizan los abogados cuando explican de manera informal los acuerdos a los que arriban y las negociaciones por las que atraviesan: “Le saqué 8 años por doce hechos” “la verdad hice un buen arreglo dice un defensor”, “a vos te conviene que te dé diez y te unifique las tres causas y te ahorras el juicio” comenta un fiscal. Si cambiamos años por pesos, si sustituimos hechos por casas, manzanas o peines, lo mismo da. Se reproduce aquí la lógica de cualquier transacción comercial.

Lejos del lugar de sujeto de derechos se los sujeta una vez más a una sociedad que se rige por las formas y ha olvidado el sentido profundo de la palabra y los actos. En esto de las formas “parece” que acuerdan y “están presentes” en ese acuerdo, “parece” que al reconocer el hecho asumen subjetivamente su responsabilidad, pero en lo profundo nada de eso ocurre, perdiéndose el valor simbólico del juicio en tanto escenario donde se construyen las ideas de justicia y verdad.”

personal al autor que sí se haya ligado a la pena y que sólo persigue fines preventivos especiales⁰.

Partiendo de una distinción tradicional es posible clasificar las medidas de seguridad en pre-delictuales y en post-delictuales y, dentro de esta última categoría –única reconocida en el sistema penal- en medidas cuya aplicación recae sobre imputables o inimputables, distinguiéndose las curativas o terapéuticas, educativas, y las de seguridad.

Actualmente, este instituto está en crisis, siendo cuestionado tanto por su escaso rendimiento empírico como por su dudosa sustentabilidad constitucional, por otra parte, el tema ha suscitado en los últimos tiempos muy poco interés en el ámbito académico, a tal punto que parte de la doctrina ve con muy buenos ojos su eliminación del sistema penal.

Sin perjuicio de ello, “las medidas” siguen vigentes, y en algunos supuestos, como ocurre en el Sistema Penal Juvenil, en la Ley de Estupefacientes, o en los incipientes desarrollos para sancionar penalmente a las personas jurídicas, aparecen incluso como la principal respuesta del sistema penal. El escaso desarrollo conceptual en el ámbito académico conlleva importantes dificultades prácticas, por cuanto frente a situaciones similares los Tribunales brindan soluciones diferentes sobre la base de un amplio margen de discrecionalidad.

Este problema se agudiza en el ámbito del Sistema Penal Juvenil previsto en la ley 22.278, porque si bien, al igual que el régimen previsto para los adultos, responde con penas y medidas, a diferencia de lo que ocurre en el Código Penal o en la Ley de Estupefacientes -que establecen distintas clases de medidas y determinan los presupuestos para su imposición sobre la base de una prognosis de peligrosidad- no contiene un catálogo de medidas acorde al principio de legalidad, proporcionalidad y mínima intervención, como lo exige la Constitución Nacional y la Convención de los Derechos del Niño en particular, y tampoco ofrece ningún tipo de criterio que permita apreciar cuándo una medida puede ser necesaria tratándose de adolescentes.

⁰ ROXIN, Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

1. Breve reseña histórica:

El concepto de medidas tal como se lo entiende actualmente se encuentra vinculado a los aportes von Liszt y Carl Stooss. Para el primero: “El Derecho penal no tiene la misión de ejercer retribución, sino de prevenir otros hechos del condenado”; en este marco la pena puede cumplir tal objetivo como medio de intimidación, como medio de corrección y como medio de aseguramiento de la comunidad frente a los incorregibles⁰.

La Escuela Clásica opuso una fuerte resistencia a esta visión utilitaria de la pena, restringiéndola a la idea de retribución y compensación de la culpabilidad.

Consecuentemente la pena ya no podía ser el medio apto para evitar la reincidencia, con lo que el objetivo preventivo debía ser realizado mediante otro instrumento. Es Stooss quien en su Anteproyecto para el Código Penal Suizo de 1893 innova con las medidas de seguridad, según las cuales los autores inimputables o semi-inimputables debían poder ser internados por exigencias de la seguridad pública; los reincidentes múltiples en lugar de ser penados debían ser colocados en custodia cuando hubiera elementos para presumir la reincidencia y aquellos cuyos delitos se debieran a la ebriedad o a la falta de afección al trabajo debían ser encerrados en establecimientos curativos o casas de trabajo.

Como se observa, la característica en común de estas medidas de seguridad es la finalidad de evitar nuevos hechos de la persona individualmente afectada por la medida, centrándose en el autor, su peligrosidad o necesidad de tratamiento, de manera que, a diferencia de la pena, el “hecho” pasa a ser –según Stooss– “sólo uno de varios síntomas”.

En 1933, esta novedad se concreta legislativamente en Alemania en la “Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección”; en 1942, en Suiza, al adoptarse el proyecto de ley de 1937; y en 1945, en Austria.

Estos países cuentan actualmente con un Derecho de medidas complementario de la pena, que coincide en tres medidas privativas de libertad: la internación en un hospital psiquiátrico, la internación en un establecimiento de desintoxicación y la internación en custodia de seguridad para reincidentes múltiples. Un recorrido similar se advierte en la

⁰ FRISH, Wolfgang, “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, publicado en el sitio web Indret, revista para el análisis del derecho, Barcelona, julio 2007.

mayoría de los países europeos y en estados de América Latina a partir de fines del siglo XIX.

Impulsadas por el pensamiento positivista italiano, principalmente por el proyecto de Enrico Ferri y en pos de un combate más eficaz contra el delito aparecen junto a la pena las medidas preventivas, abiertas hacia un concepto más amplio en tanto prevén en algunos casos penas prolongadas e incluso temporalmente indeterminadas como es el caso de Grecia y Portugal⁰.

Luego de un breve periodo de auge el concepto de medidas de seguridad comienza a ser fuertemente cuestionado, tanto en su justificación ético-jurídica como en su rendimiento empírico. Esta crisis se advierte en su escasa utilización –salvo para el caso de las internaciones para adictos y para las internaciones de los jóvenes infractores de la ley penal– como en su eliminación legislativa.

En 1967 se deroga la custodia de seguridad en Inglaterra; en Francia en 1970 y 1981 se abandona la relegación y la “tutelle pénale” y también en 1981, la internación en Suecia.

A la par de la derogación de estas medidas, se registra la imposición de penas altas para los reincidentes múltiples, con lo cual reaparece cien años después, la idea de la finalidad preventiva de la pena propiciada por von Liszt.⁰

Frisch destaca el punto de vista puramente utilitarista con que se concibió este instituto y, cómo con ese fundamento fue incorporado a la ley, no se buscó una justificación ético-jurídica, ni se verificó su sustentabilidad respecto al marco constitucional. Pero además tampoco se cuestionaron los problemas empíricos, no pudiéndose constatar que las internaciones cumplieran los fines proclamados (desintoxicación, corrección) y mucho menos la cuestión de si los pronósticos en los que se fundan las medidas pueden ser legitimados dentro de un Estado de Derecho.

⁰ Ibidem.

⁰ STRATENWERTH, Günter, “Derecho penal, Parte general I, El hecho punible”, ed. Hammurabi, 4ª edición, Buenos Aires, 2005, p. 51.

El autor señala que las principales objeciones contra el concepto de medida en verdad no se refieren sólo a él, sino también a toda pena adecuada a una finalidad preventivo-especial.

2. Distinción entre pena y medida:

En el ámbito dogmático, uno de los temas que han recibido mayor tratamiento se refiere a las cuestiones relativas a la relación teórica y la posibilidad diferenciar entre penas y medidas de seguridad. Parte de la discusión se centra en la imposibilidad de que éstas resulten distinguibles de la pena, el argumento se apoya en que ambas se vinculan a un delito; se sirven de los mismos instrumentos; actúan sobre el autor como un mal y son ejecutadas en establecimientos similares.

Se advierte una tendencia en la ejecución de la pena cada vez más orientada a la socialización y al tratamiento, con lo que las diferencias entre pena y medida preventiva habrían quedado suprimidas.

De aquí podría derivarse sin dificultad que, dado que pena y medida no pueden ser distinguidas, no es necesario el instituto de las medidas, ya que los mismos fines se pueden alcanzar por medio de la pena.

De la posibilidad de distinguir el concepto de pena del de medida de seguridad surge el régimen de la doble vía, como posibilidad de imponer al sujeto, además de una pena cuyo fundamento se encuentra en la culpabilidad, medidas de seguridad basadas en la peligrosidad. De la postura contraria se deriva una concepción monista según la cual del delito puede surgir una consecuencia jurídica: medida o pena. En un primer momento, bajo el paradigma del positivismo biológico, la única respuesta era la medida de seguridad y posteriormente la pena, al asignársele a ésta la misma función resocializadora.

Si revisamos nuestra jurisprudencia más reciente pareciera ser esta postura la que expuso la CSJN en el ya citado fallo “Maldonado” al referirse expresamente a las respuestas del sistema penal juvenil: *“Sostener a ultranza la diferencia entre internación y detención (la primera a menores y la segunda a mayores) en mérito a que aquélla tiene fines educativos, de protección y de corrección, en tanto ésta es una medida tutelar con fines asegurativos es colocarse a espaldas de la realidad y atarse a eufemismos, propios de*

cuando no quiere llamarse a las cosas por su nombre. Existen muchas más similitudes que diferencias entre la internación y la prisión, régimen, visitas, calificaciones, horarios, traslados esposados, etc. Tal vez la única diferencia sea la mayor presencia de personal educativo en los establecimientos para menores”⁰.

Además, agregó: “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 y otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias”⁰.

Frisch, por el contrario, sostiene que la circunstancia de que la pena y las medidas en forma de injerencia sobre la libertad se sirvan de los mismos medios, no implica que no sea posible distinguirlas, en tanto lo mismo sucede con las medidas de cuarentena o con la prisión coactiva, sin que por ello se pretenda seriamente que ellas no pueden ser distinguidas de la pena⁰.

Como criterios válidos de distinción propone preguntarse tanto por la finalidad de esos institutos como por los instrumentos específicos a los que se recurre para alcanzar la finalidad propuesta.

En definitiva pena y medida se puede diferenciar de acuerdo al fin que cumplen, en tanto la pena además de prevenir delitos, persigue otros objetivos, tales como la retribución, la expiación, la compensación de culpabilidad o la prevención especial.

⁰ MALDONADO, fallos C.S. 328:4343.

⁰ Ibídem.

⁰ FRISH, Op. cit.

Asimismo el autor entiende que existe una diferencia esencial entre la pena y la medida de seguridad: la pena es considerada expresión de un juicio de desvalor frente al autor a causa de su hecho y por ello su imposición presupone reprochabilidad es decir culpabilidad, en cambio en la medida no se formula un reproche por el hecho cometido, sino que se toma en cuenta un estado de “peligrosidad”.

Sin perjuicio de lo dicho penas y medidas se encuentran siempre vinculadas a la comisión de un hecho antijurídico, consecuentemente las reglas de la imputación son las mismas en ambos casos. Las diferencias aparecen recién en cuanto a los requisitos de la culpabilidad en un caso y de las específicas necesidades preventivo especiales por otro.

3. Relación entre pena y medidas de seguridad. Sistemas. Justificación de las medidas en el marco del Estado de Derecho:

Dentro del sistema de la doble vía, si se sostiene en punto de vista según el cual la pena se refiere ante todo a la culpabilidad del autor y la medida de seguridad a su peligrosidad (distinta naturaleza), la aplicación de una y otra debería ser totalmente independiente. Por el contrario si se considera que concurren los presupuestos de ambas, deberán se impuestas acumulativamente y ejecutadas por separado.

Este último sistema denominado “*acumulación*” era el previsto originariamente en Alemania respecto de autores penados, según el cual la medida era ejecutada a continuación de la pena. Tal modalidad fue considerada irracional e injusta, puesto que si tanto la pena como la medida se apoyan en la prevención especial, bastaría la aplicación de una u otra en pos de cumplir la finalidad enunciada⁰.

A excepción de la medida de seguridad aplicada a los reincidentes, la acumulación fue sustituida por un punto de vista vicarial, según el cual la medida es ejecutada antes de la pena y la ejecución de la medida es computada a los fines del cumplimiento de la pena.

Un claro ejemplo de este sistema lo constituye la Regla 11 de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, según la cual se considera “*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 a la persona menor de 18 años

⁰ STRATENWERTH, Op. Cit. p. 55.

por su propia voluntad u orden de otra autoridad pública. De cuya aplicación práctica se deriva que el tiempo durante el cual un menor permaneció cumpliendo una medida (educativa o correctiva) en un establecimiento cerrado, se computa al momento de abonar la pena.

Al igual que con la pena se plantea respecto de las medidas de seguridad jurídico-penales, la cuestión de cómo pueden ser legitimadas en el marco del Estado de Derecho y frente al mismo afectado.

Una primera justificación podría surgir de la misma finalidad de prevención especial: es necesario que del autor provenga el riesgo de ulteriores delitos, tiene que ser “peligroso” y la medida ha de servir para conjurar ese peligro. La antigua doctrina, no encontraba en esto ninguna dificultad, puesto que en las medidas, sólo estaba en juego la cuestión de su utilidad con arreglo a fines. Sin embargo a partir de los excesos cometidos por el régimen nazi en nombre de su utilidad social, la doctrina jurídico penal de la posguerra debió determinar con precisión los presupuestos legitimadores de una injerencia en la libertad individual que no responda al principio de culpabilidad⁰.

Sobre este punto Frisch insiste en que la discusión sobre la justificación se limita casi exclusivamente a la cuestión de la legitimación de las medidas, cuando en realidad lo que está en tela de juicio es la legitimación del concepto de prevención especial⁰.

En cuanto a la justificación el debate se centra principalmente en relación a las medidas de seguridad, o sea a las que se imponen a los sujetos imputables, en tanto las medidas curativas y de protección pueden ser justificadas por los beneficios que persiguen.

Patricia Ziffer señala: *“A pesar de la intensa injerencia que representan las medidas de seguridad sobre los derechos del individuo, prácticamente no existe un desarrollo teórico sólido acerca de las razones que legitiman su imposición, a diferencia de lo que ocurre con respecto a la justificación de la pena. En general, se las justifica, sin demasiados esfuerzos teóricos, por medio del “argumento terapéutico”, de acuerdo con el cual la justificación moral de las medidas de seguridad no deriva exclusivamente de la defensa social, sino también, y preponderantemente, del respeto al otro como ser humano,*

⁰ Ibídem, p. 55

⁰ FRISH, Op. cit.

a quien se lo limita, pero con el objetivo de curarlo, asistirlo y protegerlo, y no como un mero instrumento de defensa frente a un ataque 'natural'”⁰.

Un primer grupo de fundamentos legitimantes parten desde el mismo afectado por la medida:

a) 'Quien carece de libertad interna, carece de libertad externa' esta idea fue expresada por Welzel como punto de partida entendiendo que sería lícito limitar la libertad externa del autor en la medida en que adoleciera de libertad interna, este argumento podría justificar las medidas impuestas a los inimputables previstas en el art .34 del Código Penal, pero no sirve frente a personas plenamente responsables.

b) 'Vinculación a la comunidad de la libertad' de esto se sigue que el autor, con su delito lesiona la vinculación a la comunidad y ya no se mueve en el ámbito de la libertad que le corresponde. Esta idea supone que el delincuente y los autores potenciales pierden – con sus comportamientos antijurídicos- sus libertades antes de que se concrete la injerencia. Esta se apoya en un punto de partida que es falso, puesto que el ámbito de libertad de las personas no necesariamente se restringe ante la comisión de ilícitos.

Un segundo grupo recurre a los mismos argumentos que se utilizan para justificar los tradicionales derechos a producir injerencias por medio de las nociones de la legítima defensa y del estado de necesidad.

Invocar, como justificación del derecho de medidas, la legítima defensa resulta problemático en tanto no hay semejanza entre una agresión actual o inminente y un delito que se espera que alguna vez se produzca.

En cambio, el principio del interés preponderante constituye un fundamento válido con la salvedad de que sólo cubre un segmento de la justificación. Esto es así, porque cuando el Estado se presenta con el ejercicio del poder soberano, sin ninguna duda, debe estar al servicio de intereses valiosos o preponderantes dentro del ámbito de sus funciones (protección de bienes jurídicos frente a daños). Pero además, y en pie de igualdad, debe respetar los derechos del individuo, entre los que se cuentan los derechos del potencial autor.

⁰ Citada en SANCINETTI, Marcelo A., “Casos de Derecho penal”, Parte general 1, Función del Derecho penal. Garantías. “, Ed. Hammurabi, 3ª Edición, Buenos Aires, 2005, p. 319.

Según Ziffer, “...en un Estado de Derecho, toda injerencia estatal ha de producirse con sujeción a límites; en el caso de las penas, el límite es estricto y deriva del principio de culpabilidad; respecto de las medidas de seguridad, en cambio, rige la regla general de la prohibición de exceso, y su consecuencia: el principio de proporcionalidad. Esto significa que una medida de seguridad de privación de libertad cuya duración previsiblemente superará la de una pena de prisión acorde con la culpabilidad, en principio, es posible, pero sólo estará justificada frente a los requerimientos de un interés público preponderante. Lo decisivo, por lo tanto, será determinar si el peligro que emana del autor para intereses jurídicamente protegidos tiene tanto peso como para que parezca razonable la injerencia en sus derechos personales, es decir, necesaria para repeler ese peligro”⁰.

A la hora de aplicarse una medida, a cualquier persona pero especialmente si es menor de edad, es obligatorio ponderar dos deberes estatales en conflicto: el de proteger de futuros daños a los bienes jurídicos y el de respetar los derechos de los individuos.

En consecuencia solo se podrá privar de la libertad cuando resulte imposible utilizar otra herramienta menos lesiva, y esto solo será así si el costo de la libertad constituye la decisión a favor del interés preponderante, sin perjuicio de que tener en cuenta al autor implica que por el momento es imposible apartarse del concepto de prevención especial.

4. Presupuestos materiales que legitiman la imposición de las medidas frente a personas no imputables e imputables:

Resta analizar ahora bajo que presupuestos materiales el juez habilitado para imponer una medida de seguridad.

El principal presupuesto de la concepción preventiva especial radica en que “son de esperar delitos de aquel a quien se le restringe la libertad”. Contra esta idea se argumenta que nadie puede pronosticar el comportamiento humano futuro, por lo que al menos debe ser posible asegurar un grado de probabilidad, enunciándose conceptos como “cierta”, “determinada” o “alta”, pero sin que hasta el momento se conozcan bajo qué condiciones

⁰ Ibídem, p. 319.

los hechos futuros podrían encuadrarse en esta gradación. Quedando librado el vaticinio a la intuición judicial o a los resultados de las estadísticas.

La opinión de Frisch sobre este punto es tan atinada que merece ser transcrita textualmente: *“No es de sorprender que un instituto respecto del cual los presupuestos centrales para su ordenación están definidos de este modo no cuente con el aprecio del aplicador del derecho consciente de su responsabilidad. Las afirmaciones mencionadas, por su excesiva vaguedad, resultan insoportables ya desde el aspecto formal de la determinación y el aseguramiento de una aplicación uniforme del derecho. Ellas resultan más objetables desde el punto de vista material. Con relación a esto, es irrelevante si se entienden las probabilidades y el grado de probabilidad en el sentido de una definición estadística o si, para afirmar la probabilidad sin ese carácter definitorio, son considerados suficientes datos de los que deriva una cierta probabilidad estadística, pero nada más. Pues en uno y otro caso ello no significa otra cosa que: se considera suficiente como presupuesto para medidas fuertemente invasivas algo que, considerado en la mayor cantidad de los casos correspondientes, conduce en forma programada a una privación de libertad no necesaria; pues, p. ej., si se considera suficiente una probabilidad del 70% (o datos, que no dicen nada diferente ni más que esto), ello, significa, al mismo tiempo, que de 100 autores con esos o correspondientes datos, también se priva de la libertad a 30 que ya no delinquen. No veo cómo se puede legitimar este procedimiento justamente frente al individuo. Concretamente, y llevado a la situación del aplicador del derecho: ¿Qué argumento realmente convincente se habrá de esgrimir frente al delincuente, cuando pregunte por qué a él se lo incluye en el grupo de futuros autores y no, como también sería igualmente posible, en el de los no autores? La referencia a los límites de la visión humana hacia el futuro no constituye una fundamentación suficiente. Esto rige con mayor razón, en la medida en que, en caso de dudas respecto de la comisión de un hecho en el pasado, resolvemos los límites insuperables del conocimiento por medio del principio 'in dubio pro reo'*⁰.

⁰ FRISH, Op. cit.

Después de estas apreciaciones es evidente la necesidad de abandonar el presupuesto “del grado de probabilidad” y recurrir a otro tipo de dato que legitime frente al sujeto particular la aplicación de las medidas. Para un mejor análisis es posible distinguir los presupuestos de legitimación de medidas preventivas frente a personas inimputables y frente a personas responsables o imputables.

5. Medidas preventivas frente a personas inimputables.

En este supuesto la fundamentación no ofrece mayores dificultades, en primer lugar es necesaria la constatación de un hecho antijurídico que configure una expresión de los rasgos de la enfermedad y que se cuente con la posibilidad realista de la reiteración de la situación que lo produjo.

De allí surgen dos presupuestos materiales: el hecho cometido y el peligro de delitos. En cuanto al primero es irrenunciable puesto que sin él nada justifica la competencia del juez penal, además de ser el sustento nuclear de la prevención especial, recuérdese que las medidas pre-delictuales resultan insostenibles en el marco de un Estado de Derecho.

Finalmente, es necesario constatar su “necesidad” y este dato es crucial tanto para legitimar la imposición de la medida como para graduar su duración, considerándose especialmente que el fin perseguido con la medida no pueda ser alcanzado con medios menos lesivos que la medida preventiva.

De aquí se deduce también que las medidas deben estar orientadas a la superación de aquellas circunstancias que dan ocasión a los hechos que se pretende evitar (patologías o adicciones).

La otra cara del requisito de necesidad es la del aseguramiento del interés preponderante, para ello no basta la constatación de hechos amenazantes de relevancia sino que estos se encuentren vinculados con los hechos cometidos. En este estadio se centra el postulado de la proporcionalidad.

Básicamente las opiniones se dividen entre las que sostienen que en los casos de criminalidad de bagatela queda excluida la posibilidad de aplicar medidas y las que

proponen una diferenciación habilitando la internación en un establecimiento de desintoxicación frente a hechos más leves, en atención a la finalidad de curación y la menor duración.

Sin perjuicio de esta argumentación, la capacidad de rendimiento del principio de proporcionalidad puede aumentarse si se recurre a los mismos criterios que se utilizan en la determinación de la pena, que tienen que ver con la gravedad del hecho y la adecuada injerencia estatal en los derechos del autor. Con este recurso es posible partir de la medida que le corresponde al hecho según su ilícito y consecuentemente si un hecho no es sancionado con una pena privativa de libertad, no sería proporcionada la aplicación de una medida preventiva de ese tipo para evitar hechos similares futuros. De esta manera el autor inimputable debe tolerar una medida preventiva en la misma extensión que le correspondería a un autor imputable. Sirviendo en este caso de parámetro la gravedad objetiva del hecho que necesariamente exige una pena privativa de libertad.

El autor citado recurre a razones de prevención general, en tanto si la gravedad del hecho no es suficiente como para ejecutar una pena de prisión, tampoco sirve para fundar una medida preventiva.

No se debe perder de vista que las leyes que protegen la infancia y la familia establecen medidas de protección para los jóvenes, de modo que deben ser los órganos de protección los que decidan y ejecuten las medidas de protección.

6. Medidas impuestas a autores responsables:

En el caso de los penalmente responsables, para justificar la aplicación de una medida es necesario poder demostrarle al autor que en su caso particular, se considera que no cuenta con la capacidad para actuar correctamente en el futuro.

Descartado el recurso estadístico, parte de la doctrina recurre al dato de la estructura de la personalidad o conducción de la vida, que muestran que, en determinadas situaciones el autor no hace uso de su capacidad y actúa en forma contraria al ordenamiento jurídico.

En estos supuestos, afirma Frisch que es ineludible que el autor haya realizado una cierta cantidad de hechos y que se le brinde un aviso formal de que la medida será aplicada

frente a la constatación de una reiteración. El anuncio previo al hecho que dé lugar a la aplicación de la medida, legitima la injerencia ante el sujeto responsable y desplaza una visión utilitarista que justificaría una intervención temprana⁰.

Por lo expuesto las consecuencias jurídicas derivadas de un delito perpetrado por un sujeto responsable, pueden consistir en una pena y en una medida preventiva. En este punto es preciso recurrir nuevamente al criterio de necesidad, puesto que si los fines de prevención especial que persigue la medida son satisfechos con la ejecución de la pena adecuada a la culpabilidad, nada justifica la aplicación de aquella. Sin perjuicio de esto, el tiempo de privación de libertad debe ser utilizado también para la superación de determinados déficit o perturbaciones que padezca el autor, ya que organizar la pena de forma improductiva y luego ejecutar la medida de corrección o curación orientada a la prevención especial en forma separada es absolutamente insostenible en el marco del Estado de Derecho.

Esto implica que solo sería adecuada la imposición de una medida luego de una serie de delitos relevantes, precedida de tiempos de pena considerables que hayan sido aprovechados a los fines de la prevención especial. Con lo que el círculo de posibles acreedores de tal consecuencia jurídica se reduce notablemente, sobre todo si se piensa en personas menores de edad.

7. Medidas de seguridad preventivas del tipo de la prevista en el artículo 52 del Código Penal.

Frisch, se pregunta si la pena se encuentra en condiciones de asumir la totalidad de la concepción de prevención especial en aquellos supuestos en que esta exija una duración que vaya más allá de la que surge de la medida de la culpabilidad. En otras palabras en aquellos supuestos en que se constate una culpabilidad mínima y perdure la peligrosidad⁰.

En tal caso sostiene el autor que *“quedaría como único camino para realizar la prevención especial en la pena, renunciar a la vinculación de ésta a la culpabilidad”* no obstante: *“En la medida en que se vea en la vinculación a la culpabilidad un principio de*

⁰ Ibídem.

⁰ Ibídem.

rango constitucional, la alternativa, de todos modos, es bastante irreal. Pero aun con independencia de ello, en mi opinión, el abandono de este principio resulta totalmente desaconsejable. El precio del abandono de la vinculación a la culpabilidad, en pos de la inclusión de una clase limitada de casos, sería demasiado alto, porque, de este modo la pena ya no podría cumplir una importante función para la preservación general del derecho, justamente en casos de criminalidad grave, a saber: expresar el valor del hecho según los parámetros del ordenamiento jurídico, cuán significativo es el fracaso personal que él pone de manifiesto según los parámetros del ordenamiento jurídico”.

Añade el autor que agravar las penas en caso de reincidencia no ofrece las mismas garantías que podría brindar un sistema de medidas que “*formule sin tapujos la idea de prevención*”. En igual sentido afirma sin ambages que: “*...si se examina el instituto de las medidas, se advierte que sus criterios decisivos no dejan nada que desear en claridad. La finalidad del instituto es la de evitar los delitos que amenazan ser cometidos por una persona en el futuro. Ese objetivo ha de ser alcanzado quitándole al autor la base de acción para la comisión de delitos, por medio de la privación u otra restricción de la libertad curando la enfermedad que origina la peligrosidad del autor, o superando su déficit. La privación de la libertad, por lo tanto, sólo resulta funcional como eliminación de la base de acción o como base para la realización de la curación, no como un mal intencionado*”⁰.

Zaffaroni, al tratar esta cuestión pone el acento en la “naturaleza jurídica”, es decir, en discutir sobre si se trata de una “pena”, amparada por el principio de culpabilidad, o si se trata de una “medida de seguridad”, con fundamento en la peligrosidad.

Desde este marco conceptual sostiene: “*Aunque bajo el piadoso nombre de medida, el art. 52 establece la aplicación de una pena de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, en particulares supuestos de multirreincidencia, que enumera taxativamente. Esta pena de reclusión accesoria termina por vía de la libertad condicional a los cinco años de cumplida la condena, y definitivamente, a los cinco años siguientes a la libertad concedida. La particularidad de esta pena finca en la*

⁰ Ibídem.

indeterminación, puesto que su duración no es fija, aunque en cualquier caso debe ser considerada superior a los cinco años, puesto que antes de ese término no es admisible la libertad condicional”⁰.

Tal concepción le permite afirmar que esta pena es inconstitucional ya que no guarda ninguna relación con el contenido del injusto ni con la culpabilidad del delito a cuya pena se acompaña como accesoria. Sin perjuicio de ello afirma que su indeterminación es lesiva de la legalidad de las penas; que es una síntesis de las viejas penas de deportación y de relegación, configurando un castigo meramente segregatorio⁰.

La CSJN en la causa “Gramajo, Marcelo Eduardo S/robo en grado de tentativa” por unanimidad, y luego de analizar la accesoria desde el punto de vista de una medida de seguridad, de una pena y de una accesoria, consideró que cualquiera sea la denominación que se utilice, no deja de ser una pena, destacando firmemente, que los orígenes de esta disposición se encuentran en la pena del destierro -capitis diminutio máxima, las galeras, la deportación, confinación, entre otras, estandarte de la doctrina de la eliminación, incompatible con nuestra constitución nacional.

Según Patricia Ziffer, una regulación como la prevista en el artículo 52 del Código Penal, no tiene nada que ver con el concepto de pena, en tanto no hay en ella ninguna relación con la culpabilidad por el hecho cometido. Su finalidad es exclusivamente de prevención especial negativa mediante la neutralización de aquellos a los que la ley presume “incurables” por medio de una medida de seguridad.

Ahora bien, agrega, que si solo se dirige a contrarrestar la peligrosidad del autor es necesario verificar que la norma supere el test de aptitud que toda medida de seguridad debe superar para ser legítima: que sea necesaria (medio menos lesivo), que no sea desproporcionada y que no asuma los delitos de poca monta.

Luego de un pormenorizado análisis de estos tres requisitos afirma: que es inaceptable una medida prevista para delitos de poca o mediana gravedad, tal como los que

⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho penal, Parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p.710

⁰ Ibidem.

entran en consideración en la regla del artículo 52; descarta el requisito de la proporcionalidad por el solo hecho de que uno de los criterios de proporcionalidad de las medidas de seguridad es que estas no pueden colocar a quien la sufre en una posición mucha más gravosa que si hubiera merecido una pena por ese mismo hecho; y finalmente en cuanto a la necesidad el aseguramiento del autor en prisión debería constituir la última ratio, y no una imposición legal obligatoria cuyo límite máximo no está establecido.

En definitiva, la autora sostiene que la medida de seguridad referida, no puede ser aplicada por no ser compatible con el programa constitucional (principio de legalidad, de proporcionalidad, de humanidad, resocialización, etc.) en tanto no cumple con los requisitos que debe satisfacer una medida para ser legítima, descartando el examen de los problemas jurídicos que se pueden plantear desde la posible violación al principio de culpabilidad, porque este solo se aplica a la pena y la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado no lo es⁰.

Esta conclusión válida para el sistema de adultos, resulta plenamente aplicable al sistema penal juvenil, de allí que es posible afirmar que la disposición prevista en el art. 52 no puede imponerse a las personas menores de edad.

8. Medidas educativas y curativas.

Cómo ya se adelantó, la medida curativa tiende a eliminar la peligrosidad actuando terapéuticamente sobre el factor morbo que la determina y la intención es preservar a la persona y a la seguridad de terceros. En definitiva, la legitimación de las medidas curativas no deriva exclusivamente de la defensa social, sino también, y preponderantemente del respeto al otro como ser humano, a quien se lo limita, pero con el objetivo de procurarle la posibilidad de una curación o al menos de una mejora.

Patricia Ziffer destaca que cuando el Estado se presenta con el ejercicio del poder soberano debe hacerlo al servicio de intereses valiosos o preponderantes dentro del ámbito

⁰ SANCINETTI, Op.cit. p. 323.

de sus funciones (protección de bienes jurídicos frente a daños). Pero además y en pie de igualdad, debe respetar los derechos del individuo⁰.

Según la misma autora, *"...en un Estado de Derecho, toda injerencia estatal ha de producirse con sujeción a límites, en el caso de las penas, el límite es estricto y deriva del principio de culpabilidad, respecto de las medidas de seguridad, en cambio, rige la regla general de la prohibición de excesos, y su consecuencia: el principio de proporcionalidad. Lo decisivo por lo tanto, será determinar si el peligro que emana del autor para intereses jurídicamente protegidos tiene tanto peso como para que parezca razonable la injerencia en sus derechos personales, es decir necesaria para repeler ese peligro"*⁰.

Sobre la base de estos argumentos, a la hora de aplicarse una medida es necesario ponderar entonces dos deberes estatales en conflicto: el de proteger de futuros daños a los bienes jurídicos y el de respetar los derechos de los individuos.

En estos supuestos, las medidas curativas de ley 23.737, pueden suplir la ausencia de regulación especial para los menores de edad. En su art. 16 una medida de seguridad curativa para condenados por cualquier delito, que consiste en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, y que -conforme lo dispone el art. 19- puede aplicarse preventivamente al procesado cuando prestare su consentimiento para ello o cuando existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

Tratándose de una medida curativa pos-delictual la peligrosidad es concebida como un juicio de probabilidad en base a argumentos que descansan en hechos y no solamente en condiciones subjetivas abstractas. No se trata de la "peligrosidad" de las teorías positivistas, ya que aquellas se nutrían de un saber pseudo-científico que equiparaba factores de índole psicobiológico y sociales a las conductas criminales, sino en un juicio que se sustenta en las circunstancias fácticas acreditadas; de allí que haya un abismo entre afirmar que una persona es peligrosa por su forma de ser, a sostener que lo es -para sí misma y para los

⁰ ZIFFER, Patricia S., "Medidas de Seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal", Prólogo de Marcelo A. Sancinetti, ed. Hammurabi, 1era. Edición, Buenos Aires, 2008.

⁰ En SANCINETTI, Marcelo A., "Casos de Derecho Penal" Parte General Tomo 1, 3º ed. Hammurabi, 2005, p.319.

demás- porque ha cometido un delito en un contexto vinculado al consumo de estupefacientes.

Ha sido el mismo legislador quien, en el ámbito de su competencia, ha estandarizado y regulado las situaciones de peligro y con el mismo criterio -preventivo- que tipifica los delitos de peligro, tipifica también las medidas de seguridad.-

El art. 16 de la Ley de Estupefacientes es una muestra de ello, se trata de una medida que requiere, en primer lugar, una condena (condicional o no) por cualquier delito, ya sea incluido en esa ley u otro cualquiera. El art. 19 prevé expresamente, que en el caso de que el imputado preste su consentimiento o pueda dañarse a sí mismo o a los demás, el juez preventivamente puede ordenar el tratamiento.

Para aplicar este tipo de medidas es necesario constatar los presupuestos materiales, que el hecho se encuentre acreditado con grado de probabilidad si se aplica preventivamente o certeza si se impone junto con la pena. Además, debe acreditarse científicamente que la persona requiere ese tipo de intervención.

9. Medidas del régimen penal juvenil.

El art. 4 de la ley 22.278 establece como uno de los requisitos para la imposición de pena que el menor haya sido sometido por lo menos durante un año a un tratamiento tutelar.

El concepto de “tratamiento tutelar” debe revisarse, y sustituirse por un equivalente funcional que responda al paradigma de la CDN. La principal diferencia es que ya no sólo debe considerarse las características de quien realizó la acción sino también la gravedad del hecho (art. 40.1 y art. 40.4 CDN), porque su principal finalidad es el proceso de responsabilización subjetiva y no la restitución de los derechos vulnerados (DNI, escolarización, salud etc.).

La "disposición tutelar" del art. 4º configura un vínculo de sujeción que somete al imputado menor de edad. El fallo “Maldonado” reconoce que frente a la CDN tanto la privación de libertad tutelar como el tratamiento tutelar están en crisis. En ese sentido entonces, sólo puede mantenerse el tratamiento (o su concepto sucedáneo) en tanto y en cuanto se despoje de todo aquello que resulte propio de los dispositivos de protección de

derechos y por ello, ajeno a la competencia del sistema penal, y mantener aquello que conserve la lógica de la prevención especial no meramente punitiva.

Las medidas socioeducativas, propias del sistema penal juvenil, solo son aquellas que se adopten una vez celebrada la audiencia y establecido que el hecho existió, que el imputado fue su autor, que no hubo causas de justificación ni de exculpación.

Ello así por cuanto, como lo señala Riggi, las medidas que se imponen, más allá de su orientación educativa y socializadora, son restricciones de derechos que se imponen de modo coactivo y encuentran su razón de ser en un conflicto con la ley penal ya declarado.

Esta comprensión define al mismo tiempo la finalidad y contenido de las pautas que se impongan como consecuencia jurídica por el hecho cometido. En tanto primordialmente, y como primera respuesta a su hecho, debe procurar que el joven comprenda el daño que causó con su conducta, que forma parte de una comunidad que tiene determinados valores a los que debe adecuar su comportamiento; y a fomentar su sentido de responsabilidad, en primer lugar haciéndose cargo de su persona y de sus actos; y de no dañar a los demás como exige (a todos los ciudadanos) el Código Penal.

Las medidas o pautas de conductas, son un dispositivo de intervención estatal. Si bien se trata de un catálogo abierto, deben diferenciarse claramente de las medidas de protección del régimen asistencial.

Tienen origen en un conflicto ya declarado, y deben estar precedidas de una sentencia que declare la responsabilidad. De lo contrario se vulneraría el principio de inocencia. En definitiva, sólo puede hablarse de medidas con sentido preventivo si se imponen a quien cometió el hecho y por el hecho que realmente ocurrió. Este es el principal objetivo de la intervención penal juvenil: que el joven conozca sus actos y sus consecuencias.

El momento propicio para la imposición de las medidas es entonces después de la primera audiencia del juicio bifásico, esto es una vez que el adolescente haya sido declarado autor penalmente responsable. El resto de las injerencias deben reservarse a la cautela de los fines del proceso penal, o a las medidas previstas en la ley 9.861, de protección integral de los derechos del niño, el adolescente y la familia.

Prioritariamente deben tener en consideración a la víctima y a la comunidad que han dañado con la comisión del injusto, en tanto lineamiento que incluya pautas de reparación de daños que favorezcan la convivencia en comunidad. Las medidas pueden ser propuestas por las partes, y a mayor consenso y compromiso, por parte del joven que ha sido declarado responsable, se podrá predecir un mayor éxito. Sin perjuicio de ello, la 10.450 faculta al Juez de Sentencia a establecerlas de oficio.

La ley 10.450, reglamenta el art. 4 de la 22.278 en los arts. 104, 105, 106 y 107. De este modo, la legislación provincial, orientada por los principios de la CDN y del resto del corpus iuris del derecho penal juvenil, establece los mecanismos para que el juez y las partes conozcan la singularidad del adolescente que va a ser juzgado y sobre el cual (de haberse comprobado su autoría) se aplicaran las medidas judiciales en el marco del mal llamado tratamiento tutelar.

Durante el tiempo de probación habrá un seguimiento de las medidas impuestas ya sea por los Equipos Técnicos o por el Organismo Administrativo de Protección. Quienes al momento de la segunda audiencia del juicio bifásico, en la audiencia de integración, deberán dar cuenta del seguimiento y acompañamiento del adolescente en el marco de las medidas judiciales con el objetivo de la prevención especial, de los avances o retrocesos en el marco de los objetivos planteados como del posicionamiento e implicancia subjetiva en relación al delito cometido o todo dato que se considere de interés a los fines socioeducativos, del tránsito del adolescente por el proceso penal, comparándose cierto estado inicial (art. 104) con el estado en el cual se habrá de discernir el sí o el no de la pena, y en su caso, su modalidad de cumplimiento y duración. Lo cual muestra la relevancia de la intervención de la interdisciplina, como nota totalmente diferenciada del sistema penal de adultos. En el sistema penal juvenil, la actuación de los adultos, la seriedad de las propuestas, el seguimiento, son decisivos en la vida futura del joven.

10. El tratamiento legal de los no punibles.

La ley 22.278 dispone en su artículo 1 que: *“No es punible el menor que no haya cumplido catorce (14) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho*

(18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en un lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador."

En la provincia de Entre Ríos, esta disposición (réplica del derogado Patronato) se adecuó al mandato de la CDN mediante la regulación del instituto de la Procesabilidad de las personas mayores de 14 y menores de 16⁰.

Partiendo de la base de que el Derecho Penal, responde con penas y medidas, y que las medidas sólo se pueden imponer cuando se ha demostrado la existencia de un hecho típico y antijurídico, este instituto instaura el proceso para la imposición de una medida a los menores de 16 y pone un límite a la facultad que el art. 1 confiere a los jueces respecto a las personas menores de 16 imputadas de haber cometido un delito.

Así, el sistema penal juvenil de Entre Ríos supera el déficit procesal del sistema de adultos, que no cuenta con ninguna disposición que regule el proceso de imposición de las medidas previstas en el art. 34 del CP, lo que conduce a que se impongan medidas prematuramente, sin que exista certeza acerca de la ocurrencia del injusto. Se establece un método seguro de averiguación de la verdad, y aunque el fin que se persigue no es una sanción penal, el encuadre correcto de la conducta, implica una sanción simbólica que le señala a su autor que lo que hizo en esta sociedad importa y que dañó gravemente a sus semejantes.

⁰ Art. 77 y 109 de la ley 10.450.

Para comprender cabalmente este instituto es necesario volver sobre los conceptos de imputabilidad y punibilidad. El primero, como capacidad para ser objeto de un juicio de reproche jurídico penal (responsabilidad), cualidad que los menores entre 14 y 16 poseen, salvo que tengan algún problema de salud mental o falta de consciencia en el momento del hecho. En cambio, punibilidad es la potestad del Estado de aplicar penas a los autores penalmente responsables de un delito.

Ahora bien, no toda consecuencia jurídica de un delito conduce necesariamente a la pena, existen otras respuestas que atienden a distintos fines (condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, reparación a la víctima, etc.) que resultan aptas para contrarrestar la ilicitud penal.

En esa lógica, entendiendo que las personas entre 14 y 16 no son seres irracionales incapaces de entender la criminalidad de sus acciones y medir sus consecuencias, es decir no son parias fuera del ordenamiento jurídico, la procesabilidad de los adolescentes en esta franja etaria, implica su reconocimiento como sujeto de derecho. Un juicio de responsabilidad con plenas garantías e intervención de sus representantes legales, defensores y ministerio público pupilar, siendo escuchado con los mismos derechos que un adulto, un “debido proceso” al cabo del cual si se declara su responsabilidad, puede ser derivado a los organismos de protección a fin de que decidan las medidas que correspondan según los caracteres y gravedad del hecho cometido, la escucha de las víctimas y la determinación de la extensión del daño ocasionado.

De este modo, la intervención de los organismos administrativos que no es penal sino proteccional y educativa, tendrá sentido porque podrá orientarse a la prevención de comportamientos futuros, en función de lo dispuesto en el 40.1. de la C.D.N., esto es el respeto a los derechos humanos y las libertades de terceros, sobre la base segura de un pronunciamiento judicial que ya lo declaró responsable.

Como puede advertirse, esto no significa “criminalizar” a los menores que la ley 22.278 considera no punibles, sino “responsabilizarlos de sus actos”, hacerles conocer y entender el alcance y consecuencia de su acción disvaliosa. Se trata de una respuesta estatal diferenciada, no punitiva, pero seria y eficaz para el fin de la integración social de ese sujeto, que ha cometido un delito grave en extremo.

En síntesis, estas disposiciones novedosas, responden a la garantía del debido proceso y defensa en juicio, al principio de inocencia y al derecho de las víctimas de participar en el proceso penal y obtener una respuesta adecuada, ya que permite conocer de un modo seguro si el hecho ha sido cometido o no por el niño sindicado, destierra el anterior modelo tutelar -utilizado durante años como instrumento de control social sobre la infancia en manos del Estado-, y consolida un sistema donde la responsabilidad (en el sentido de implicancia subjetiva) es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como un sujeto de derecho.

11. Gradualidad de las medidas.

Conforme lo dicho, las respuestas estatales a los delitos cometidos por las personas menores de 18 años, pueden ser judiciales o a cargo de los organismos de protección. Las medidas, abarcan un amplio abanico que va desde las propuestas de la justicia restaurativa, a medidas tratamentales, educativas, y finalmente resocializadoras. Acordes al hecho cometido, pensadas, diseñadas y revisables; adaptadas a la edad, la personalidad, la condición socioeconómica, educativa, familiar, y posibilidades reales de contención y de éxito de acuerdo al fin buscado,

Capítulo 3: Respuestas preponderantemente sancionadoras.

El sentido y fin de la pena, la necesidad del castigo penal en el ámbito del sistema penal juvenil también presenta matices especiales.

Al igual que en el sistema penal de adultos en el derecho penal juvenil las penas y las medidas configuran la consecuencia jurídica del delito. Sobre este punto hay consenso. También existe consenso en cuanto a que para los delitos gravísimos se admiten penas privativas de libertad como castigo, y no se aceptan en los de escasa importancia. El problema se presenta en el sector central, ya que es en esa franja donde se registra la mayor cantidad de delitos cometidos por los adolescentes.

1. Breve repaso de las teorías de la pena.

Partiendo de la clásica distinción de teorías absolutas o relativas, puede decirse que las teorías absolutas, basadas en la retribución o en la reparación a raíz del obrar culpable del autor, miran hacia el pasado y la pena es un fin en sí misma, y que por el contrario, las teorías relativas con el fin de prevenir delitos futuros, miran hacia adelante.

Estas últimas a su vez se dividen en generales y especiales, según que el destinatario del mensaje punitivo sea la sociedad en general o el sujeto que infringió la ley en particular, y en positivas y negativas. En ese simplificado esquema, mientras la prevención general positiva busca mantener la estructura de la sociedad por medio de la estabilidad normativa, con la reafirmación de la consciencia social en la vigencia de la norma, la negativa se orienta a desalentar las conductas ilícitas, a través del efecto intimidante que produce en la sociedad conocer que la pena amenazada en la ley, realmente, se impone a quien la infringe.

Además, mientras que la prevención especial positiva persigue alejar al sujeto del delito, con estrategias denominadas “re” –resocializadoras, reeducativas, readaptación, reinserción, etc.- la prevención negativa procura neutralizarlo o incidir en su conducta futura a través del sufrimiento.

Estas teorías, denominadas comúnmente “re”, nacen a finales del siglo XIX y encuentran su auge en la primera mitad del siglo XX, con el impulso del cientificismo

positivista, especialmente de la escuela italiana (Lombroso, Ferri, Garófalo, etc.) al punto que reemplazó las clásicas nociones de libre albedrío y culpabilidad, por las de peligrosidad y determinismo, y convirtió la pena en medida de seguridad para la defensa social, de duración indefinida mientras durara la peligrosidad del sujeto.

En este contexto el delito no es más que un síntoma de una patología que debe tratarse terapéuticamente. Los excesos de estas formulaciones fueron atenuados por los postulados de la escuela político-criminal alemana (Liszt) y del correccionalismo español (Dorado Montero y Jiménez de Asúa).

En la actualidad prevalecen las teorías mixtas o integradoras que buscan una síntesis o unión entre las anteriores, en este modelo conceptual la pena será legítima en la medida que sea a la vez justa y útil, valores que en las absolutas y relativas son excluyentes.

Desde un enfoque crítico Ferrajoli derriba los fundamentos legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en todas sus versiones, y en consecuencia también los de las teorías mixtas. Sintetiza su propuesta de derecho penal mínimo del siguiente modo: *“un sistema penal está justificado sólo si la suma de las violencias –delitos, venganzas castigos arbitrarios- que está en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos. Naturalmente, un cálculo de este tipo es imposible. Puede decirse sin embargo que la pena está justificada como mal menor –lo que es tanto como decir solo si es menor, o sea, menos aflictivo y menos arbitrario. Respecto a otras reacciones no jurídicas que es lícito suponer que se producirían en su ausencia; y que, más en general, el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos sean los costes del derecho penal respecto a los costes de la anarquía punitiva”*⁰.

En el derecho penal juvenil, hasta tanto se adecue la legislación de modo completo, rige la lógica de los Derechos Humanos. Al igual que en el sistema de adultos se trata de un

⁰Cita de FERRAJOLI en: FAVAROTTO, Alejandro M., “Sentido y fines de la pena”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año VII, Número 6, ed. La Ley, Buenos Aires, Julio 2012, ps. 3/11. (FERRAJOLI, Luigi “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” 3º edic., edit. Trotta, Madrid, 1998, p. 717).

Derecho Penal reductor, en el sentido que lo explica Silva Sánchez, esto es su intervención limitada, medible y controlada. Reductor de la propia violencia estatal, solo interviene cuando es necesario. En esa misma línea, el sistema establece una serie de filtros antes de llegar la pena como respuesta a los injustos culpables⁰.

El marco legal para la decisión acerca de la pena está dado por las disposiciones de la ley 22.278, la ley CDN, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad y las Directrices de la Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y la Opinión Consultiva N° 17 de la CADH.

La CSJN en el caso “Maldonado”, expuso con extrema claridad que los criterios de aplicación de pena para los menores de edad deben estar ligados a los principios de privación de la libertad como última ratio y por el tiempo más breve posible, que todas las normas deben ser interpretadas a la luz de la CDN, que concibe al joven como un sujeto capaz de responder por los actos que comete, debiendo asumir, en determinadas situaciones, las consecuencias que de ellas se deriven, por lo cual, ante casos de extrema gravedad, si se determina la necesidad, pueden imponerse penas privativas de la libertad con las reducciones que la ley prevé.

De acuerdo a estas normas, en el sistema penal juvenil, el fin declarado de toda intervención penal es la prevención especial positiva, sin embargo en casos extremos subsisten también razones de prevención general. Por ello las teorías integradoras son las que brindan el mejor marco teórico para la imposición de pena y especialmente de pena privativa de libertad a las personas menores de edad. En palabras de Roxin, su principal exponente, la pena no deja de ser retribución por el injusto cometido, más allá de sus contenidos preventivos (intimidar al resto y resocializar al autor), en sus palabras: *“la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida*

⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, ed. B de F, Segunda edición ampliada y actualizada, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 386.

de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de ese límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo-generales”⁰.

2. Análisis del art. 4º de la ley 22.278. Integración de la Sentencia.

La determinación de la pena para las personas menores de edad es un acto sumamente complejo, por cuanto además de los requisitos generales del Código Penal, la ley 22.278 en su artículo 4º establece tres momentos o estadios de ponderación diferentes: En el primero, se deben verificar los requisitos formales (que el menor haya sido declarado responsable, que haya cumplido los 18 años, que haya transcurrido un año de tratamiento tutelar prorrogable hasta la mayoría de edad). En el segundo, se debe realizar una ponderación acerca de la “necesidad o no de la pena”. Y por último se debe establecer el monto de la pena a aplicar, pudiéndose utilizar para su cálculo la escala de la tentativa.

3. Criterios para determinar la necesidad de pena:

Para determinar la necesidad de pena, el Juez debe ponderar los requisitos formales mencionados anteriormente.

En primer lugar, que el joven haya sido previamente declarado responsable de un hecho ilícito. Este requisito se vincula con el principio de culpabilidad que aparece como el único medio apto para limitar la pena: solo mediante la vinculación de la pena con la existencia de un reproche es posible evitar la instrumentalización de la persona que habrá de sufrirla. Esto presupone que la pena sólo pueda aplicarse si el autor pudo conocer la antijuridicidad de su hecho, si pudo comprenderla y comportarse de acuerdo a esa comprensión. Este supuesto, debe haber sido afirmado en la sentencia de responsabilidad, se corresponde con la primera parte del juicio bifásico. El segundo requisito, es un dato meramente objetivo: que el joven haya cumplido los dieciocho años de edad. El tercer requisito es que haya transcurrido un año de tratamiento tutelar.

Verificados estos extremos la ley habilita tres respuestas posibles: prorrogar las medidas impuestas –tratamiento tutelar- en la sentencia de responsabilidad hasta la mayoría de edad; aplicar una pena por ser necesaria; o bien absolver.

⁰ ROXIN, Op. cit, p.103.

4. La prórroga del tratamiento tutelar hasta la mayoría de edad.

El tiempo de probación –o tratamiento tutelar- no puede ser inferior a un año, y la posibilidad de extender las medidas después de ese año surge expresamente del texto del art. 4 de la ley 22.278. En la actualidad la mayoría de edad se encuentra situada en los 18 años de edad conforme la modificación operada en el art. 126 del CC., sin embargo el estricto cumplimiento del principio de no regresividad de la ley penal, impide aplicar ese extremo al momento de la integración de la sentencia, con lo que el marco posible debe seguir siendo el de los 21 años de edad.

De lo contrario quedarían inoperantes las especiales pautas que la ley prevé en relación a una cuestión de evidente relevancia como es la decisión acerca de la imposición o no de una pena. No es lo mismo tutelar, en el sentido del viejo paradigma, que imponer medidas y luego tomarse un tiempo para determinar la necesidad o no de la pena.

Entender que en esta materia la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, impediría la posibilidad de prorrogar las medidas hasta la mayoría de edad, es decir tacharía del catálogo de posibilidades la extensión de medidas que vienen siendo exitosas y que eventualmente podrían conducir a una absolución o una disminución importante del monto de pena, o a una modalidad de cumplimiento más beneficiosa para el joven. Paradójicamente, en otros dispositivos, como la suspensión del juicio a prueba o con la imposición de una condena condicional, sí sería posible continuar con pautas de conductas, que en definitiva tienen la misma finalidad de prevención especial.

También se tornaría inoperante lo dispuesto en el art. 8 de la 22.278, que establece que, si el proceso por delito cometido por un menor de 18 años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esa edad, el requisito del inciso 3 del art. 4 (tratamiento tutelar o seguimiento del periodo de probación) se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndoselo complementar con una amplia información sobre su conducta. Y que, si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido.

Por ello, de acuerdo a los principios que informan la materia, en el sistema penal juvenil, la mayoría de edad debe entenderse como un concepto gradual en el mismo sentido que está regulado en el CC (arts. 25, 658 y ss.), que extiende la protección de los jóvenes

hasta los 21 años de edad en cuestiones alimentarias, e incluso la prórroga hasta los 25 si la capacitación les impide solventar sus necesidades, y en consecuencia no existe ningún motivo para cesar el seguimiento de las medidas cuando el joven cumple los 18 años y tampoco existe impedimento para optar por prorrogarlo hasta los 21 años si tal decisión aparece como la más acertada a los fines de la prevención especial positiva.

5. La posibilidad de aplicar pena o absolver.

En el precedente “Maldonado” la CSJN sostuvo que *“...existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el deber de ponderar la “necesidad de la pena”. Que la necesidad de la pena a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a “gravedad del hecho” o “peligrosidad”... la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho siendo menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la CDN a la “importancia de promover la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”.*

Por ello, la consecuencia sancionadora a aplicar, debe cumplimentar el ideal educativo, ello así por cuanto, en esa especial etapa evolutiva, recién se está empezando a adquirir la consciencia de individualidad, identidad y cierta independencia, y por eso mismo, debe demostrarse que, la aplicación de una pena como respuesta estatal al comportamiento infractor, será conveniente para su aprendizaje ante la vida a fin de que sepa, la trascendencia de sus actos en su propia persona, en la persona de la víctima y en la comunidad social en la va a tener que convivir, conociendo cuales son las normas de convivencia en sociedad y las normas penales que debe respetar.

En este mismo sentido se expresa Mary Beloff, al señalar que la dimensión pedagógica del sistema penal de menores es precisamente el reto que se propone el sistema de responsabilidad penal juvenil. Especificando que el reto está incluso en el mismo el proceso penal, *“que configura una instancia simbólica de conflicto para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también pueda*

*desprenderse de esto*⁰. En definitiva la pena, de ser necesaria, le fijara el marco del agravio a la convivencia, de manera que al reintegrarse a la sociedad pueda continuar con su proyecto vital.

Según el art. 4 de la 22.278, para decidir acerca de la necesidad o no de la pena, el juez deberá tener en cuenta: la modalidad del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar, y la impresión directa recogida por el juez.

La modalidad del hecho, puede desagregarse en los distintos criterios que establece el código penal en sus artículos 40 y 41, para graduar el injusto culpable y valorarse en forma análoga a las circunstancias que el ordenamiento jurídico penal agrava o atenúa, en la línea desarrollada por Patricia Ziffer en su libro “La Determinación Judicial de la Pena”.

El resto de los requisitos se refieren al sujeto del Derecho Penal juvenil, un sujeto distinto del Derecho Penal de adultos que se encuentra en una etapa especial de desarrollo. Este sujeto especial, es el fundamento de especialización de todos los actores del sistema penal juvenil.

La especialidad exige el análisis profundo de las necesidades preventivas de la pena. Sin la especialidad se corre el riesgo de hacer sólo Derecho Penal, pero al mismo tiempo, si se descuidan las categorías analíticas del delito, también se corre el riesgo de hacer sólo Derecho Asistencial, e intervenir siempre, más allá de que se haya acreditado o no, el injusto y la culpabilidad. En uno u otro caso se avasallan los derechos de los niños.

Por ello, con buen criterio, pese a la antigüedad de la norma, la ley 22.278, para decidir acerca de la necesidad de pena requiere que el juez alcance una mirada integral del joven, que tenga en cuenta sus antecedentes, la situación anterior al injusto culpable, su mayor o menor inserción familiar, social, educativa, etc., es decir la concreta situación en la que se encontraba al momento de cometer el delito. Esta necesidad de mirar al pasado y considerar la edad y situación de la persona al momento del hecho cometido se funda en la exigencia de considerar su menor culpabilidad al momento del hecho.

⁰ BELOFF, Mary, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina Actual”. Presentación leída en el seminario para auxiliares docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En el primer semestre del año 2002.

Al ponderar el resultado del tratamiento tutelar (o su equivalente funcional en el marco de la CDN) se tendrá en cuenta la actitud pos delictual, para ello las apreciaciones de quienes realizaron el seguimiento serán determinantes, a fin de dar cuenta del cumplimiento, las dificultades, la actitud colaborativa, y todo lo que indique la implicancia subjetiva del joven en el hecho. Obviamente, en esta evaluación, lo relevante no es el cumplimiento formal de las medidas impuestas, sino la aproximación a la asunción por parte del joven de una función constructiva en la sociedad en los términos del art. 40 de la CDN.

Todo esto además de constar en los respectivos informes de los Equipos técnicos, deberá ser personalmente relevado por el juez (impresión directa recogida por el juez) en la audiencia de integración, a fin de obtener la información más completa posible en pos de evaluar el recorrido del joven desde que cometió el delito hasta el momento de la decisión sobre la pena.

6. Criterios para la determinación de la pena.

La CDN establece que los niños menores de 18 años no son susceptibles de ingresar al sistema penal de adultos o de ser objeto de un reproche en términos del sistema penal de adultos, por ello la decisión sobre la pena y su monto puede adoptarse después de que haya cumplido los 18 o los 21 años si se optó por prorrogar las medidas hasta ese momento.

En esa misma línea la Corte en el fallo “Maldonado” dijo: “...*Si bien los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no es posible inferir de dicho principio que frente a la infracción de la ley penal, aquellos deban ser tratados de igual modo que los adultos. ... En el derecho penal de menores, no es posible eludir la limitación de la pena que se deriva de la consideración de la inmadurez emocional característica de los niños, es decir que, la reacción punitiva estatal debe ser inferior a la que correspondería en iguales circunstancias, respecto de un adulto*”.

Como ya se señaló, la cesura del juicio es la salida procesal que mejor conjuga la lógica de la teoría del delito (concepto analítico) con la necesidad preventiva de la pena. Después de la primera sentencia el joven se encuentra en un estadio procesal más gravoso.

Su responsabilidad ya ha sido declarada. Solo resta discernir la necesidad de pena y en su caso su intensidad.

La primera decisión tendrá que ver con la clase de una pena a imponer –condicional o efectiva- porque el criterio orientador de la decisión siempre es el mismo: la menor injerencia y por el menor tiempo posible.

A fin de determinar el monto de la pena se debe tener en cuenta además del marco legal; el contenido del ilícito culpable y la personalidad del autor, valorarlos de acuerdo a las pautas del art. 41 del CP, verificar el cumplimiento de los fines de la pena y convertir todas esas valoraciones en una pena concreta.

En la ponderación acerca de la necesidad y monto de la pena, la referencia a la gravedad del ilícito no desaparece, justamente porque la orientación hacia las consecuencias recorre toda la intervención penal, y en entonces el objetivo de lograr la consolidación de la personalidad de acuerdo al 40. 1. de la CDN respeto por los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de terceros, para que pueda llevar una vida en sociedad, conlleva la necesidad de una respuesta racional a su quebrantamiento. La pena en ese sentido, persigue que se internalice un límite normativo legítimo, que va más allá del fin retributivo o de la prevención en sentido negativo.

Pero la ley también obliga a valorar, los antecedentes, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión del juez. Esto es obliga al juzgador a considerar toda la evolución del joven, desde que cometió el hecho hasta el momento mismo de la decisión de la pena, ya no para decidir sobre su necesidad, sino para graduar el monto.

En el fallo “Maldonado” también se dijo: *“El art. 5º inc. 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto ordena que toda pena privativa de libertad debe estar dirigida a la readaptación social de los condenados, exige que el juez no se desentienda de sus posibles efectos, lo cual, en el caso del régimen penal de menores se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de privación de la libertad impuesta desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización , lo cual supone ponderar los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”*.

Es decir, la pena no debe desentenderse de las consecuencias futuras para la vida del joven, al establecer su modalidad -de ejecución condicional o efectiva- debe atenderse al perjuicio –que más allá del mismo mal que implica la pena- implicará para su vida futura. Por ejemplo, una condena de ejecución condicional puede seguir funcionando como una etapa más del tratamiento, como una instancia de reflexión, para seguir internalizando pautas personales y sociales en miras de la inserción social

Llegados a este punto, cabe recordar que en los instrumentos internacionales mencionados, la justificación de la sanción es la prevención especial positiva en su sentido clásico, solo en casos excepcionalmente graves pueden entrar en consideración motivos que se relacionan con la prevención general. Así lo establece el art. 37 inc b) de la CDN, cuando dispone que la privación de libertad de los menores de edad deba ser excepcional, sólo para los delitos graves, de último recurso y por un tiempo determinado. Es decir, la aplicación de una pena efectiva deberá justificarse por el menor tiempo posible, y en su ejecución deberán tenerse en cuenta las posibilidades de acceder a las modalidades morigeradas (prisión domiciliaria, diurna, nocturna, de fin de semana) y de adherir a la oferta del régimen progresivo completando estudios formales o realizando otro tipo de actividades educativas.

En síntesis, si bien las consecuencias jurídicas que se derivan de un delito son las mismas que las del régimen penal de adultos, para que se aplique una pena es preciso que se presente como necesaria (en el sentido de la categoría de la responsabilidad de Roxin) y para que se aplique una pena de prisión efectiva, es necesario además, de que trate de hechos graves cometidos con violencia contra las personas (art. 37 del C.DN y Fallo Maldonado).

7. La facultad de reducir la pena en la forma prevista para la tentativa.

El Derecho penal juvenil se asienta en una especial visión de política criminal también en el momento de la determinación de la pena. Así desde la cesura de juicio y la imposición de medidas, su seguimiento y posterior evaluación de la necesidad o no de pena, intervienen criterios que tienen en cuenta la inmadurez de la personalidad de las personas que comenten un delito antes de cumplir los 18 años. Por esa especial condición, el art. 4

prevé también la posibilidad de atenuar conforme a la escala de la tentativa o eximir de pena, desgravando de la culpabilidad del autor los esfuerzos realizados por el reconocimiento de la vigencia de la regla infringida.

En el marco del Derecho Penal Juvenil, esta reducción de la culpabilidad la configura el régimen de medidas que funciona como un vehículo para relevar la evolución de la personalidad del joven hasta el momento de la audiencia de integración. De allí la trascendencia de la intervención de los Equipos Técnicos, en el diseño, seguimiento y evaluación de las medidas.

Ahora bien, en la individualización concreta de la respuesta, la gravedad del hecho debe igualmente conjugarse con el principio de mínima intervención y última ratio, y es el mismo legislador el que prevé la herramienta de reducción remitiendo a la escala de la tentativa, debiéndose entender por tal, toda tentativa, es decir la tentativa inidónea también.

Así lo dictaminó el Procurador General de la Provincia de Entre Ríos en la causa “R.D.E. s/ homicidio en ocasión de robo s/ recurso de casación” (24/09/2013), cuando sostuvo que: *“...como el ordenamiento jurídico no es un caos ni un agregativo de cajones estancos sino un programa de coexistencia con necesidad normativa de coherencia, para aplicar el conocido texto de Klaus Günter, cuando en la completud (neologismo creado ante la dificultad de traducción del italiano "completezza"), de la Norma individual, el legislador prevé la reducción de pena con la escala de la tentativa, se refiere a toda tentativa, es decir a todo quebrantamiento de la Norma de flaqueo cercana a la realización del tipo, lo que no excluye a los proyectos de manifiesta burdidad conocidos como "tentativa inidónea", -que son tentativa pues son comunicación o aún exención punitiva, (confr. por todos, la tesis ecléctica "de la unificación" de Roxin en "Acerca del fundamento de la tentativa", la colactánea "La Teoría del delito en la discusión actual, grijley, pág. 371 y sig.).... Y ello no significa que adhiramos a la doctrina de la "perforación de los mínimos, -que rechazamos expresamente-, sino de aplicación de lege lata de la potestad jurisdiccional demeritoria, (confr. sobre estos aspectos, nuestra contribución al encuentro de AAPDP, año 2013, "La determinación judicial de la pena.*

Redefinición de la teoría del ámbito de juego" en el Dial Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, DC1B83)."

La necesidad de morigerar la intensidad de la respuesta penal también ha sido expresada por la Corte IDH cuando declaró la responsabilidad penal de nuestro país en el caso “Mendoza y otros v. Argentina” por haber aplicado las sanciones de prisión y reclusión perpetuas, por la comisión de delitos siendo niños, en razón de que por su propia naturaleza, tales penas no cumplen con la finalidad de reintegración social de los niños y no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a su respecto.

8. Revisión periódica de la condena.

La revisión periódica de la pena impuesta por un delito cometido por una persona que al momento del hecho es menor de edad, en la actualidad no se encuentra regulada de modo tal que se le aplican los mismos estándares que para los adultos⁰.

Sin embargo, se trata de una garantía prevista en el corpus juris del derecho internacional de los derechos del niño que se justifican en la finalidad de reintegración social. Es una exigencia de principio de especialidad que se extiende también a la instancia de ejecución y que demanda un régimen diferenciado del de los adultos que entre otros aspectos prevea la posibilidad de ejecución más beneficiosa para el ideal educador. Esta exigencia deriva del artículo 25 de la C.D.N. y ha sido explicitado en la observación general N 10 del Comité de los derechos del niño⁰.

Sin perjuicio de ello, ésta exigencia deriva de la específica finalidad del derecho penal juvenil, esto es la prevención especial positiva, como educación, que prepondera sobre otras posibles finalidades de retribución, prevención general negativa y positiva.

La Corte IDH en el caso “Mendoza” dijo, refiriéndose a este tema que: *“Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesario su reclusión es deber de los*

⁰ BELOFF Mary, KIERSZENBAUM Mariano y TERRAGNI Mariano, “La revisión periódica de la pena en la justicia juvenil. Una vez más, acerca del carácter programático u operativo de los tratados de derechos humanos”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año VIII, Número 07, ed. La Ley, Buenos Aires, Agosto 2018, ps. 197/201.

⁰ En el mismo sentido el Art. 40 Inc. 1ro de la Convención de los Derechos del Niño y La regla 26.1 de las Reglas de Beijing. Maldonado Considerando 23.

estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A éstos efectos, los estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada” (párrafo 162).

En la jurisprudencia nacional la exigencia de la revisión periódica de la pena ha sido reconocida por la CSJN en el precedente “A., C.J.S / homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de armas de fuego de uso civil” de fecha 31 de octubre de 2017. Allí se señaló que el principio que establece que la privación de libertad debe operar por el período más breve posible (CDN art. 37.b) se encuentra íntimamente vinculado con el deber de revisar periódicamente las medidas de privación de libertad de los menores infractores conforme el art. 25 de la CDN. Al respecto sostuvo que el principio de revisión periódica constituye el mecanismo para asegurar efectivamente, ya durante la ejecución de esta pena, el principio rector que emana del primero (Art. 37 Inc. b de la CDN) por el que las restricciones a la libertad personal del menor se reducirán a lo estrictamente necesario para promover su reintegración social y que este asuma una función constructiva en la sociedad.

En dicho fallo la Corte afirmó que el régimen penal de la minoridad al no prever la revisión periódica por parte del poder judicial durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, no se adecuaba a los estándares internacionales de derechos humanos en éste aspecto y consideró que debía establecerse la posibilidad de que el magistrado al supervisar la ejecución de la pena privativa de la libertad aplicado a un adolescente, pudiera disponer su libertad anticipada cuando considerare que la sanción penal ya no resulta necesaria. Sin embargo, concluyó en la imposibilidad de realizar la revisión periódica de la condena por ausencia de previsión legal interna.

De todos modos, en el ámbito internacional existe consenso respecto de que las penas impuestas a las personas que al momento de la comisión del hecho tenían menos de 18 años deben ser revisadas periódicamente a los efectos de poder modificar la duración o las condiciones de su ejecución, de acuerdo a la evolución que demuestre la persona y a los fines de no frustrar la idea educativa que es la justificación de la sanción en el derecho penal juvenil.

Por ello, si bien lo ideal sería que ésta exigencia se encuentre regulada, los tribunales pueden tornarla operativa a través de sus sentencias aplicando directamente las normas que integran el corpus juris del derecho internacional de los derechos del niño.

9. La ejecución de la pena. Establecimientos especiales. Los jóvenes adultos.

La ley 22.278, en su art. 6, establece que las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos. En el art. 10 dispone que: la privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los 18 y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el art. 6°.

En materia de ejecución penal juvenil existe la necesidad de adecuar la legislación vigente a los convenios internacionales. La ley 24.660 tiene un formato para ser aplicado a las personas mayores de edad que no es adecuado para los menores. Por su parte la ley 22.278 no estipula nada en lo relativo a la ejecución de la sentencia penal.

La Observación General N° 10 del Comité General de los Derechos del niño, recuerda que la diferencia de tratamiento entre los niños y los adultos, justifican la existencia de sistemas separados y diferenciados en razón de la protección del interés superior del niño cuando se trata de menores delincuentes los objetivos tradicionales de la justicia penal (represión y castigo) deben sustituirse por los de rehabilitación y justicia restitutiva.

A partir de la reforma de la mayoría de edad y su interpretación estricta, todo el tratamiento diferenciado que se les debe dispensar a los jóvenes se deja abruptamente de lado cuando cumplen los 18 años y son condenados. Esto implica dejar de lado lo dispuesto en los arts. 6 y 10 de la 22.278, que no fueron derogados, y retroceder, de modo prohibido, en la protección de los derechos de las personas que delinquieron siendo menores de edad, equiparándolos a los adultos al hacerles cumplir la pena en los mismos lugares y bajo el mismo tratamiento.

El art. 10 de la ley 22.278, sigue vigente, por ello al igual que quienes cometieron un delito siendo menores de 18 años, quienes incurrieron en delito entre los 18 y los 21, deben cumplir la pena en los establecimientos especializados.

Frieder Dünkel y Álvaro Castro Morales⁰, destacan que la discusión sobre los límites de aplicación del derecho penal juvenil no se agota con la discusión de desde cuándo debe aplicarse, sino que también debe considerar la discusión del hasta cuándo deben ser aplicadas sus normas, es decir, debe hacerse cargo de la problemática de los menores adultos.

Tras un detallado relevamiento de los modelos europeos, señalan que: *“la tendencia actual, basada en la nueva evidencia levantada por la psicología del desarrollo y de la neurobiología, propone ampliar aún más los ámbitos de aplicación del derecho penal juvenil para los jóvenes adultos. En los hechos, como en la discusión alemana de la década del 50 y actualmente en Holanda, se discute la ampliación del derecho penal juvenil para los jóvenes infractores hasta los 24 años....Las Reglas europeas de 2008 (ERJOSSM), en consideración a estos nuevos estudios, han establecido en el principio 17: “los infractores jóvenes adultos –entre 18 y 21- podrán ser considerados, cuando proceda, como infractores menores de edad y se los tratará en consecuencia” ...El comentario de las Reglas Europeas considera que los jóvenes adultos se encuentran en una etapa de transición producto de un alargamiento del proceso de formación y tardía madurez social, lo cual haría necesario entregarles el estatus de adolescente e introducir en los sistemas de justicia alguno de los modelos, ya sea el de las atenuantes o bien el que derechamente los considera como adolescentes.”*⁰.

Esta discusión que se viene dando debe hacer reflexionar sobre la gravedad que significa la interpretación de la mayoría de edad en términos estrictos, el deber impuesto en

⁰ DÜNKEL Frieder y CASTRO MORALES Álvaro, “Responsabilidad penal de adolescentes y jóvenes adultos en Europa y jurisdicción de los tribunales juveniles”, en Revista de “Derecho Penal y Procesal Penal”, Número 2, dirigida por Patricia Ziffer y Mauro Divitto, ed. Abeledo Perrot, Febrero 2019, ps. 249/261.

⁰ Ibídem.

el art. 6 de la ley 22.278, en total sintonía con la normativa internacional⁰ no se cumple ni siquiera con quienes cometieron el delito antes de los 18 años de edad.

10. La restricción de la libertad de las personas menores de edad.

En un esquema ordenado, en lo que tiene que ver con la restricción de libertad de las personas menores de edad puede decirse que durante la investigación preliminar sólo podrían imponerse medidas cautelares, para asegurar los fines del proceso.

Estas medidas pueden ser privativas o no privativas de la libertad. La prisión preventiva en el sistema penal juvenil es de carácter excepcional, y se debe justificar sólo cuando no sea posible aplicar otro tipo de coerción menos invasiva. En el ámbito del derecho internacional juvenil se entiende como medida privativa de libertad cautelar a cualquier forma de detención, institucionalización o custodia mediante las cuales se encierra en instituciones públicas o privadas a los niños acusados de infringir leyes penales, disponiendo de su libertad ambulatoria mientras dure el proceso. Rigen para su aplicación los principios generales del sistema penal juvenil, especialmente el de excepcionalidad; duración breve, determinada de antemano, revisable y sustituible. Y solo pueden ser aplicadas por el juez penal juvenil cuando sea necesario asegurar los fines del proceso penal (peligro de obstaculización de la averiguación de la verdad, o de fuga), y no por motivos asistenciales, sin perjuicio de que subsista la obligación legal de dar intervención a los

⁰ REGLAS DE BEIJING: Art. 19.-Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios.- 19.1.El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.- 28. Frecuente y pronta concesión de la libertad condicional. 28.1.-La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.- 28.2.Los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad.-

REGLAS PARA MENORES PRIVADOS DE LA LIBERTAD. 1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.- 2.Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes reglas, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) (6) . La privación de la libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.- II.-Alcance y aplicación de las Reglas: 11.A los efectos de las presentes reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: a.-Se entiende por menor a toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley; b.-Por privación de la 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.-

órganos competentes, si en cualquier momento del proceso se conociera una situación de vulnerabilidad.

De lo contrario, la privación de la libertad de quien cometió un delito siendo menor de 18 años, podrá hacerse efectiva después de que adquiera firmeza la sentencia de integración que lo condene a una pena de prisión efectiva.

Conclusión:

El recorrido por los principales ejes del sistema penal juvenil permite apreciar los importantes avances en la vigencia de los estándares de derechos humanos delineado por la CDN y el resto de la normativa internacional en materia penal juvenil.

Las deficiencias de la legislación nacional, que preserva el derogado Patronato del estado y redujo la mayoría de edad a los 18 años, se supera aplicando los principios convencionales que obligan a distinguir las cuestiones asistenciales de las penales, y que impiden desconocer o bajar el mínimo de estándares internacionalmente aceptados.

En la provincia de Entre Ríos, el Régimen Procesal Penal Juvenil, recoge los mandatos de la CDN y del sistema interamericano, presentándose como un instrumento idóneo para el reconocimiento del adolescente como sujeto de derechos. En este sentido, incorporó los estándares del modelo de protección integral y su versión penal “el modelo de la responsabilidad”, con los postulados de la justicia restaurativa y del derecho penal de “ultima ratio”.

Acorde a las exigencias de una justicia especializada, la principal responsabilidad de los adultos que actúan en el sistema penal juvenil es la de sostener una capacitación continua en relación a los derechos humanos de los adolescentes, para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad; y en dogmática penal, para asegurar que las respuestas – restaurativas o sancionatorias- serán idóneas, necesarias y proporcionales.

Según los estudios empíricos la incidencia de los delitos graves cometidos por los adolescentes es mínima en todos los países, todo esto permite concluir que en la actualidad no es necesario ampliar la franja de punibilidad en la Argentina sea por razones de seguridad o para otorgar mayores garantías a los adolescentes, sino que en la búsqueda de reducir la utilización del sistema penal para los conflictos penales que los tienen por protagonistas, los esfuerzos deben dirigirse a la prevención del delito juvenil.

Para finalizar, recurro una vez más a Mary Beloff que en su libro “¿Qué hacer con la justicia juvenil?” esboza la siguiente respuesta: *“De acuerdo con estas reglas y criterios jurisprudenciales, la principal obligación estatal en el ámbito de la justicia juvenil no es determinar la responsabilidad penal del joven, sino generar condiciones que eviten que la persona menor de edad ingrese al sistema penal; en otras palabras, el deber estatal prioritario en este tema es prevenir el delito juvenil, actividad entendida como el cumplimiento de las responsabilidades que la familia y la sociedad pero sobre todo el Estado tienen hacia la infancia.”* Ello así por cuanto: *“Plantear la responsabilidad penal de los adolescentes sin concretar políticas preventivas y de reintegración social seguramente tendrá efectos sobre la inseguridad: aumentarla al reproducir la exclusión, la marginalidad y la violencia que desde siempre han definido a la justicia penal de adultos.”*

Bibliografía

ADLER, Federico, “Especificidades en la valoración del riesgo procesal en el proceso penal juvenil. La necesidad de su incorporación a la ley 13.634”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año VII, Número 10, ed. La Ley, Buenos Aires, Noviembre 2017, ps. 130/139.

ALBRECHT, Peter A., “El derecho penal de menores”, traducción al castellano por Juan Bustos Ramírez, ed. PPU, 1ra. Edición, Barcelona, 1990.

BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles, “Experiencias regionales. El Ministerio Público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la protección de los derechos de los niños víctimas y jóvenes en conflicto con la ley penal”, en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, dirigido por Silvia Eugenia Fernández, Tomo III, ed. Abeledo Perrot, 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión, CABA, 2015, ps. 3451/3463.

BARATTA, Alessandro, “La niñez como arqueología del futuro”, Justicia y Derechos del Niño, Número 9, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Santiago de Chile, 2007, p.13.

BARATTA, Alessandro, “Democracia y Derechos del Niño”, en “Justicia y Derechos del Niño” Número 9 UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Santiago de Chile, 2007, p.17/27.

BARBIROTTO, Pablo, “Ley N° 9861. Protección integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia”, Delta Editora S.R.L., Paraná (Entre Ríos), 2016.

BELOFF, Mary, “Justicia restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, en Revista de “Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Patricia Ziffer y Mauro Divito, Número 4, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Abril 2018, ps. 707/719.

BELOFF, Mary, “Un modelo para armar y otro para desarmar”, en "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO", publicación de UNICEF, Santiago de Chile, noviembre 1999.

BELOFF Mary, KIERSZENBAUM Mariano y TERRAGNI Mariano, “*La revisión periódica de la pena en la justicia juvenil. Una vez más, acerca del carácter programático u operativo de los tratados de derechos humanos*”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año VIII, Número 07, ed. La Ley, Buenos Aires, Agosto 2018, ps. 197/201.

BELOFF, Mary, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina Actual”. Presentación leída en el seminario para auxiliares docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En el primer semestre del año 2002.

BELOFF, Mary, “¿Qué hacer con la justicia juvenil?”, ed. Ad-Hoc, 1era. Edición, Buenos Aires, 2016.

BONZANO, María de los Ángeles, “Los Derechos Humanos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en “Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, dirigida por Nora Lloveras, ed. Alveroni, 1ra. Edición, Córdoba, 2010, ps. 40/66.

CRIVELLI, Anibal E., “Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil”, ed. B de F Ltda., Buenos Aires, 2014.

CUSTET LLAMBI, María R, “Medidas privativas de libertad en el sistema penal juvenil. Estándares internacionales de derechos humanos”, en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, dirigido por Silvia Eugenia Fernández, Tomo III, ed. Abeledo Perrot, 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión, CABA, 2015, ps. 3525/3570.

DEANE, Matías M., “*La internación como pena anticipada*”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año II, Número 6, ed. La Ley, Buenos Aires, Julio 2012, ps. 257/261.

DEVOTO Eleonora, y CARAFFA Ivana, “Perspectivas, miradas y contrapuntos”, en “Jurisprudencia de Casación Penal”, Selección y análisis de fallos, Justicia Nacional, Número 5, dirigido por Adrián N. Martín, ed. Hammurabi, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2018, ps. 113/149.

DIVITO, Mauro A., “El Fallo “M. D. E.”, ¿Cómo se aplica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño?, en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Sumario y análisis de fallos, dirigida por Leonardo G. Pitlevnik, Tomo 2, ed. Hammurabi, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2007, ps. 36/81.

DÜNKEL Frieder y CASTRO MORALES Álvaro, “*Responsabilidad penal de adolescentes y jóvenes adultos en Europa y jurisdicción de los tribunales juveniles*”, en Revista de “Derecho Penal y Procesal Penal”, Número 2, dirigida por Patricia Ziffer y Mauro Divitto, ed. Abeledo Perrot, Febrero 2019, ps. 249/261.

ELBERT, Carlos A., “*La búsqueda de alternativas al poder penal del Estado*”, en Revista de “Derecho Penal”, Año 1, Número 1, “Alternativas a la prisión”, dirigido por Alejandro Alagia, Javier De Luca, Alejandro Slokar, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Infojus, CABA, 2012.

ESCALANTE, Daniel Alejandro, “Necesidad de una ley de ejecución penal juvenil en Argentina. Aspectos generales”, en Suplemento La Ley, Penal y Procesal Penal, dirigida por Miguel A. Almeyra, Número 8, ed. La Ley, Buenos Aires, Septiembre 2014, ps. 11/19

FAVAROTTO, Alejandro M., “*Sentido y fines de la pena*”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año VII, Número 6, ed. La Ley, Buenos Aires, Julio 2012, ps. 3/11.

FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

FERRAJOLI, Luigi “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” 3º edic., edit. Trotta, Madrid, 1998.

FRISH, Wolfgang, “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, publicado en el sitio web Indret, revista para el análisis del derecho, Barcelona, julio 2007.

GONZÁLES DEL SOLAR, José H., “Derecho de la minoridad”, ed. Jurídica Mediterránea, 4ta. Edición actualizada y ampliada según el nuevo Código Civil, Córdoba, 2015.

GUTIÉRREZ, Patricia, “*El niño no punible en el proceso penal juvenil*”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año I, Número 4, ed. La Ley, Buenos Aires, Diciembre 2011, ps. 237/250

HERNANZ, Tomás Montero, “*Apuntes sobre la mediación en la jurisdicción penal de menores. El caso Español*”, en Revista de “Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Patricia Ziffer y Mauro Divito, Número 7, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Julio 2018, ps. 1348/1370.

HIERRO, Liborio L., “*Los derechos humanos del niño*”, en Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto, ESADE, Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull, Barcelona, 1999.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Justicia restaurativa. Posibles respuestas para el delito cometido por personas menores de edad”, ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009.

KROTTER, Laura, “El proceso penal juvenil y su regulación en los ordenamientos provinciales argentinos”, en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, dirigido por Silvia Eugenia Fernández, Tomo III, ed. Abeledo Perrot, 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión, CABA, 2015, ps. 3493/3522.

MAIER, Julio, “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, en AA.VV. Justicia y Derechos del Niño, N°2, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2000, p.15

MARCÓN, Osvaldo, “La responsabilización penal juvenil como nuevo relato cultural. ¿Del “amor por los niños” al “odio hacia los menores”?”, Espacio Editorial, 1ra. Edición, CABA, 2013.

MORABITO, Rodrigo, “La excepcionalidad de la privación de libertad en el régimen penal juvenil y el razonamiento judicial restaurador”, en “Jurisprudencia de Casación Penal”, Selección y análisis de fallos, Justicia Nacional, dirigida por Adrián N. Martín y Ángel G. Nardiello, Tomo 3, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 89/114.

MUÑOZ, Damian R., “El derecho al recurso y otras cuestiones del proceso penal juvenil. Otro fallo en clave de armonización”, en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de

Justicia de la Nación”, Sumarios y análisis de fallos, dirigida por Leonardo G. Pitlevnik, Tomo 10, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 107/134.

RAMOS, Elbio R., “*El principio acusatorio y el derecho penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires*”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año I, Número 4, ed. La Ley, Buenos Aires, Diciembre 2011, ps. 225/236

RODRÍGUEZ, Virginia, “*Derecho penal juvenil ¿solo una cuestión de culpabilidad?*”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año VIII, Número 11, ed. La Ley, Buenos Aires, Diciembre 2018, ps. 173/178.

ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Traducción de la 2da. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ed. Civitas, Madrid, 1997.

SALIDO, María Belén, “*El juicio bifásico: herramienta epistemológica y garantía constitucional*”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año VIII, Número 05, ed. La Ley, Buenos Aires, Junio 2018, ps. 172/182.

SANCINETTI, Marcelo A., “Casos de Derecho penal”, Parte general 1, Función del Derecho penal. Garantías. “, Ed. Hammurabi, 3ª Edición, Buenos Aires, 2005.

SARMIENTO, Luciana, “El procedimiento abreviado y el valor “justicia” en el proceso penal juvenil”, publicado en Pensamiento Penal, 2015, sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42011-procedimiento-abreviado-y-valor-justicia-proceso-penal-juvenil>.

SARMIENTO, Luciana, Ponencia “*LAS RESPONSABILIDADES EN JUEGO EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL*” UN ABORDAJE POSIBLE” en el marco de capacitación del Instituto Alberdi a los Equipos Técnicos del Poder Judicial de Entre Ríos, 13 de junio de 2019.

SEITÚN, Diego, “*El proceso penal seguido a inimputables y la imposición de medidas de seguridad durante la instrucción*”, en *Suplemento La Ley, Penal y Procesal Penal*, dirigida por Miguel A. Almeyra, Número 2, ed. La Ley, Buenos Aires, Marzo 2013, ps. 22/29.

SEITÚN, Diego, “Imputabilidad disminuida en el análisis de la jurisprudencia y doctrina nacional. Análisis del Fallo “Gómez, Héctor Daniel s/ Recurso de Casación”, en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Sumarios y análisis de fallos, dirigida por Leonardo G. Pitlevnik, Tomo 16, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, ps. 72/90.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “En busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena”, ed. B de f, Buenos Aires, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, ed. B de F, Segunda edición ampliada y actualizada, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

STRATENWERTH, Günter, “Derecho penal, Parte general I, El hecho punible”, ed. Hammurabi, 4ª edición, Buenos Aires, 2005.

TAVIP, Gabriel Eugenio, “¿De qué hablamos cuando hablamos de “Interés Superior del Niño”?”, en “Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, dirigida por Nora Lloveras, ed. Alveroni, 1ra. Edición, Córdoba, 2010, ps. 107/127.

TERRAGNI, Martiniano, “*Actualidad en la Jurisprudencia de la Justicia de Menores I/2012*”, en *Revista de “Derecho Penal y Procesal Penal”*, dirigida por Pedro J. Bertolino y Patricia Ziffer, Tomo 8, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Agosto 2012, ps. 1376/1387.

TERRAGNI, Martiniano, “Proceso Penal Juvenil”, *Práctica y Jurisprudencia*, ed. La Ley, 1ra. Edición, CABA, 2015.

VEGH WEISS, Valeria, “*La suspensión del juicio a prueba en niños y adolescentes*”, en *Revista de “Derecho Penal y Criminología”*, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año II, Número 08, ed. La Ley, Buenos Aires, Septiembre 2012, ps. 227/242.

VILLA, Mario Luis, “*Justicia juvenil penal en Argentina. Una necesaria discusión*”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año VII, Número 08, ed. La Ley, Buenos Aires, Septiembre 2017, ps. 159/162.

VOLNOVICH, Jorge R., y FARÍÑA, Nicolás, “Infancia, subjetividad y violencia. 200 años de historia”, ed. Lumen, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2010.

YUBA, Gabriela, “*Estándares de derechos humanos en el Sistema de Justicia Penal Juvenil. Su aplicación a partir de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe*”, en Revista de “Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año III, Número 5, ed. La Ley, Buenos Aires, Junio 2013, ps. 209/247

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho penal, Parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

ZIFFER, Patricia S., “Medidas de Seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal”, Prólogo de Marcelo A. Sancinetti, ed. Hammurabi, 1era. Edición, Buenos Aires, 2008.