

TEMA: PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. ENCARCELAMIENTO DE NIÑOS Y
ADOLESCENTES EN EL PROYECTO DE REFORMA AL RÉGIMEN PENAL JUVENIL.

Autor: María Laura Coronel

Universidad Católica de Santiago del Estero –Sede Jujuy

Teléfono: 0388 155 87 47 12 – 0388 424 4627

Belgrano N° 1335 3 Piso, Departamento “A”, San Salvador de Jujuy.

C.P. 4600

Correo electrónico: coronelaura@hotmail.com

Corrientes, Agosto 2009.

INTRODUCCIÓN.

La individualización judicial de la pena, instancia cúlmine del proceso penal desarrollado dentro de los parámetros vigentes en un estado social y democrático de derecho y al que es sometida una persona que ha incurrido en la comisión de un hecho considerado como delictivo en un determinado momento histórico, es la máxima expresión del poder punitivo estatal, desde que en ella se concentra el poder coercitivo del que es titular el estado, consistente en la aplicación de una restricción a los derechos individuales, como su consecuencia inmediata y necesaria, siendo ésta una de las premisas principales del derecho penal.

Dentro del catálogo de penas previstas por nuestro código penal se encuentran establecidas diversas sanciones que discurren desde la multa hasta la pena privativa de libertad en sus dos modalidades: prisión y reclusión. Sabido es, no obstante la diversidad de consecuencias jurídicas vigentes en nuestro derecho penal positivo, que la pena privativa de libertad como reacción punitiva frente a la comisión de un hecho delictivo es la sanción más utilizada por nuestros legisladores. Generalmente, consiste la única pena prevista para el delito y, muchas veces, las demás concurren con ella de manera accesoria. De allí que, el encarcelamiento sea, prácticamente, la única consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento jurídico vigente como reacción punitiva estatal frente a quien, en un momento histórico-espacial determinado ha cometido alguno de los hechos previstos por la ley penal como delictivo, siendo el eje punitivo central de los sistemas penales¹.

Frente a la privación de libertad como condena aplicada luego de un debido proceso legal, respetuoso de los derechos y garantías, es común entre los países que conforman la vasta Latinoamérica que el encarcelamiento de la persona se concrete aún antes del acaecimiento de una resolución judicial que así la disponga en razón de un juicio de responsabilidad, incluso, mucho antes del juicio que desvirtúe el estado de inocencia del que goza el individuo a través de una condena: la prisión preventiva.

Pues bien, frente a la privación de libertad de un adulto que ha realizado unas de las conductas desvaloradas por el ordenamiento jurídico en razón de la vulneración de bienes jurídicos altamente valiosos para la comunidad -sea aquella como condena o como prisión preventiva-, cuando nos encontramos frente a conductas -previstas por el ordenamiento jurídico penal como delictivas- que han sido realizadas por personas que no aún no han alcanzado su pleno desarrollo bio-psíquico emocional y socio-cultural en razón de su edad, esto es, hechos delictivos realizados por personas menores de 18 años, estamos obligados social y jurídicamente a encontrar respuestas adecuadas desde un ámbito distinto al régimen penal común.

En el mes de julio del corriente año el Congreso de la Nación Argentina aprobó en general y -a la fecha de la presente elaboración-, aún no recibió tratamiento en particular, el nuevo Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal².

Ante la inminente reformulación de los parámetros normativos ofrecida por este proyecto, surge la necesidad de realizar una serie de reflexiones, en tanto este nuevo régimen legal modifica sustancialmente el paradigma tutelar vigente en la Argentina a través de la ley 22.278 en cuanto al procedimiento penal, su aplicación, sus principios, sus fines y, muy especialmente, en cuanto a las sanciones que debe asumir el joven menor de 18 años por resultar responsable de la comisión de un hecho considerado delictivo por la ley penal.

Es que, desde la reforma constitucional de 1994 el estado nacional asumió la responsabilidad y el compromiso político y social de realizar todos los esfuerzos tendientes a lograr la adecuación legislativa, institucional y administrativa necesaria para reconocer no sólo formalmente sino materialmente, los derechos consagrados por los tratados sobre derechos humanos

incorporados al plexo constitucional y, en el caso particular, la consagración de las cláusulas de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la República Argentina en el año 1990.

A continuación, se abordará la situación procesal y de encierro que deben enfrentar los niños y adolescentes menores de 18 años como consecuencia de la realización de una conducta prevista y sancionada como delictiva por el ordenamiento jurídico penal argentino, como así también el catálogo de sanciones jurídicas que éste debe soportar en razón de su injusto penal desde la perspectiva de un estado social y democrático de derecho, respetuoso de los derechos y garantías reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, especialmente, de aquéllos textos que receptan de manera expresa los derechos de las personas en desarrollo.

ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Los textos internacionales sobre derechos humanos reconocen -en general- como niño a *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*³. En este sentido, la República Argentina al ratificar Convención sobre los Derechos del Niño declaró que su artículo 1º *“debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”*⁴. No obstante ello y, de conformidad a la amplitud terminológica utilizada por los distintos textos legales, tales como las *Reglas de Beijing* y las de *Riad*, entre otros, en la presente se utilizarán de manera indistinta, los términos *niños, jóvenes o adolescentes menores de 18 años*.

Identificado el ámbito de validez personal al que se circunscribirá el presente, es necesario en segundo lugar, adoptar un concepto de privación de libertad lo suficientemente amplio para abarcar las diversas modalidades de encierro a las que una persona, independientemente de su sexo, edad o capacidad psico-física deba afrontar en un determinado tiempo y lugar; dado que toda prisionización o encierro apareja las mismas consecuencias deteriorantes para quienes la sufren.

En este sentido entendemos adecuada la conceptualización brindada por la Resolución 1/08 que contiene los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 13 de marzo de 2008. La misma entiende a la pena privativa de libertad como *“cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización o custodia de una persona, por razones de... tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley (...), ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria”* e incluye entre esta categoría de personas a *“no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley -sean éstas procesadas o condenadas-, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones”*⁵ entre las cuales se menciona las instituciones para niños, niñas y adultos mayores. Esta definición encuentra consonancia con la conceptualización brindada por las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad como así también, en el ámbito interno, la prevista por el art. 19 de la ley 26.061.

Desde este punto de vista, la privación de libertad será enfocada como todo tipo de encierro que deba afrontar un menor de 18 años de edad en cualquier tipo de institución de la que no pueda externarse por su propia voluntad y en la que se encuentra por orden de autoridad judicial o administrativa, como consecuencia de haber cometido un hecho delictivo en un determinado tiempo y espacio, sea que este encierro sea efectivizado durante la tramitación del proceso judicial o como colorario de éste, declarada su responsabilidad penal.

La actual ley vigente en materia penal juvenil carece de disposiciones específicas que regulen de manera clara y precisa la privación de libertad de los niños y adolescentes menores de 18 años en conflicto con la ley penal. Según la diferenciación del actual régimen, sean estos *menores no punibles* o *punibles* conforme a la naturaleza del delito y sus consecuencias, esta ley se limita a otorgar al juez amplias facultades de disposición sobre estos jóvenes de acuerdo a los resultados del conocimiento que éste hubiera tenido de aquéllos aduciendo su protección integral y, siempre, dentro de las medidas que el magistrado estime convenientes: ya sea que se resolvieran durante la tramitación del proceso penal, o incluso concluido aquél, en las denominadas *medidas tutelares*.

Sea como fuere, lo que caracteriza a este régimen es la discrecionalidad que inviste la función judicial: las decisiones judiciales respecto de la restricción de derechos de niños y adolescentes no se encuentran regladas, limitadas ni supeditadas a control alguno, en clara vulneración a las mandas del principio de legalidad imperante en el marco del estado social y democrático de derecho, especialmente en lo concerniente a los plazos o términos de duración de las medidas de tutela judicial impuesta a dichos jóvenes cuando éstos infringen la ley penal y siempre bajo la premisa de un régimen tuitivo, en el que el magistrado “*actúa como un padre ope legis del menor, que hará -supuestamente- cuanto sea para su beneficio*”⁶, disponiéndose muchas veces restricciones a la libertad ambulatoria, sin límites temporales definidos.

Es por ello que este “régimen penal de la minoridad” ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina y los tribunales a través de sus fallos. En efecto, parte de un concepto del “*menor*” objeto de protección y tutela para su corrección, para su “*enderezamiento*” de acuerdo a las pautas sociales imperantes dentro de una determinada comunidad, de manera tal que, una vez “*corregido*” pueda afrontar la vida de una manera aceptable para el resto de la sociedad y alejado del delito. Por lo que el niño constituye el objeto principal de tratamiento por el tiempo que sea necesario, cuya duración dependerá de la gravedad de su situación sociofamiliar y de parámetros de adaptación y adecuación que surjan de los estudios y peritaciones que se le realicen y que pronostiquen en mayor o menor medida su *peligrosidad para la sociedad*. Finalmente, para el caso en que no llegara a “*corregirse*” y, tratándose de menores punibles, les corresponderá la pena privativa de libertad por el delito cometido en función del art. 4°.

Obsérvese que, en muchos casos, el resultado de la suma de plazos -en los que un joven menor de 18 años se encontraría privado de libertad- entre el tiempo de internación en centros de corrección por la imposición de medidas tutelares (de corrección) y el de la condena (en caso de eventual imposición de pena) desbordaría el franco límite de la proporcionalidad y por ende, el claro límite de la culpabilidad por el hecho. En efecto, las Reglas de Beijing, incorporadas a la Convención sobre los Derechos del Niño en su Preámbulo, establecen que “*cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito*”. Al respecto, se ha sostenido que “*no puede pasarse por alto que todas esas medidas están revestidas de un franco matiz de represión; que son, lisa y llanamente, privaciones de libertad con la agravante de que, en gran parte de los casos, las medidas tuitivas así dispuestas ni siquiera guardan relación con la infracción achacada al menor*”⁷.

Esta concepción tuitiva con relación a los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años imperantes dentro de una determinada concepción de estado, justificó la existencia de los fueros “*correccionales de menores*”. El niño o adolescente visto desde un prisma objetivo: perdió su calidad de sujeto y en razón de ello, se vió despojado de sus derechos en cuanto persona, en el marco de un abordaje *tutelar clásico*⁸ sobre su participación. Es por ello, que debemos emerger hacia una nueva concepción del niño y el adolescente como sujeto de derecho, enmarcada dentro de

un estado social y democrático de derecho, respetuoso de los derechos humanos y como tal, de la dignidad humana.

En un análisis realizado al actual régimen penal juvenil, FELLINI se preguntó si el sistema judicial de menores en la Argentina es constitucional o no, para llegar a la conclusión de que se trata no sólo de un régimen ampliamente vulnerador de los derechos consagrados en la Constitución Argentina sino que infractor también aquéllos consagrados en los textos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la autora afirma que *“la inconstitucionalidad del sistema de menores se basa en someter a los menores de edad en situación penal a un régimen llamado durante casi un siglo “tutelar”, y en función de ello separarlos del privilegio que constitucionalmente le es debido en su condición de sujetos de derecho”*⁹. Posteriormente agrega que *“por tratarse de un ordenamiento concebido bajo las características del sistema llamado tutelar o de protección del menor, se cree que se actúa protegiendo de la misma manera al menor abandonado y al delincuente o al que es víctima de un delito. No le son aplicadas las penas del derecho penal de adultos, pero sí privaciones de libertad más lesivas por ser indeterminadas y no basarse en juicios de responsabilidad”*¹⁰.

En la misma dirección, numerosos fallos dictados en diversas instancias han entendido que *“la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio”*¹¹ y, paulatinamente, los tribunales han ido realizando los esfuerzos por conciliar en cierta medida, el texto de la ley 22.278 con los derechos humanos, particularmente, con los derechos de los niños respetando su propia naturaleza óntica, como seres en desarrollo.

En tal sentido, la C.N.C.P.¹² ha entendido que *“no puede hablarse de premios y castigos sino, a todo evento, de derechos cuya interpretación no debe prescindir de la consulta de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en especial del art. 37, inc. b), que impone a los Estados Partes la obligación de velar porque la detención, encarcelamiento o la prisión de un niño –he aquí una segunda equiparación- se lleve a cabo de conformidad con la ley y se utilice tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*, al tiempo que la C.S.J.N. sostuvo que *“la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos”*¹³.

Si bien la problemática del fuero juvenil abarca a todas las personas menores de 18 años al tiempo de la comisión del delito (a todos se les aplica medidas tutelares), presenta especial problemática la franja etárea que comprende los denominados *menores no punibles*, en cuanto son sometidos a proceso penal para la investigación del injusto penal cometido. En esta dirección, la C.S.J.N., en un pormenorizado y rico análisis de la ley 22.278 en un fallo provocado por un recurso de queja, declaró inconstitucional su art. 1º; exhortó al Legislativo para que adecue la legislación a los estándares mínimos establecidos por los tratados sobre derechos humanos vigentes para la República, en especial, a los parámetros fijados por la Convención sobre los Derechos del Niño incorporada al texto constitucional; al Ejecutivo para que, a través de sus instituciones adopten las medidas competentes para la real eficacia y alcance de la ley 26.061 y, a los jueces con competencias en causas relativas a menores no punibles en conflicto con la ley penal, para que adopten decisiones requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades y protección adecuada a las mandas de la Constitución Nacional y los tratados internacionales que rigen la materia, entre otras decisiones vinculadas a la problemática planteada.

Lo cierto es que recibieron tratamiento legislativo sendos proyectos de reforma al régimen penal juvenil que receptan la asunción de la responsabilidad estatal de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en el marco del proceso legislativo adecuado a estándares normativos internacionales¹⁴.

El nuevo régimen abarcaría a los niños desde los 14 hasta los 18 años de edad y, más importante aún, en relación con el tema abordado en el presente, introduce límites claros y precisos al poder punitivo estatal en cuanto respuesta legitimada frente al delito y en razón de ello, a la discrecionalidad con la que cuentan los magistrados en relación con la disposición de los menores de 18 años.

En cuanto a la participación de los niños, niñas o adolescentes, presenta cambios radicales en su posicionamiento frente al proceso instaurado en su contra como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo: el adolescente pasa de ser objeto de protección a ser sujeto esencial del proceso y como tal, goza de derechos y garantías. Por lo que, de una postura absolutamente pasiva salta hacia una participación activa buscando su compromiso y su protagonismo en la asunción de responsabilidades, desde un paradigma socioeducativo que le permita construir un proyecto de vida sustentable¹⁵ hacia un “modelo jurídico de la responsabilidad”¹⁶.

NUEVO PARADIGMA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS: HACIA UNA INTERVENCIÓN SOCIO-EDUCATIVA. PROYECTOS DE REFORMA INTEGRAL.

Han sido presentados diversos proyectos de reforma integral al sistema penal juvenil que permiten vislumbrar los esfuerzos doctrinarios de los diversos ámbitos comprometidos en pos de lograr la tan esperada armonía entre la legislación interna y los textos sobre derechos humanos. Si bien, algunos tratan mucho más que la problemática penal¹⁷ (una vez acaecido el hecho delictivo) y de encierro de los jóvenes menores de 18 años, el presente se ceñirá estrictamente a las consecuencias jurídicas que debe afrontar el niño o adolescente una vez cometido el delito. Para ello se analizarán los diversos proyectos existentes.

Para el abordaje de la problemática devenida con posterioridad a la comisión de un hecho considerado como delictivo por la legislación común por un joven menor de 18 años, se parte de una premisa absolutamente indisponible de limitación al poder punitivo estatal: *“en ningún caso una persona menor de dieciocho años a la que se le atribuya la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o en las leyes especiales podrá ser juzgada en el sistema penal general ni podrán atribuírsele las consecuencias previstas por el sistema penal para las personas mayores de 18 años”*¹⁸.

A partir de allí, juega radical importancia el principio de interpretación más favorable al niño, de manera tal que la aplicación de las leyes se logre *“en armonía con sus principios rectores, con la doctrina y normativa internacional aplicable en la materia... en la forma en que mejor garantice los derechos de las personas menores de 18 años...”*¹⁹, en el sentido del respeto de sus derechos, la protección a su formación integral y reintegración a su ámbito familiar y social²⁰, *“debiendo siempre aplicarse la norma que reconozca más ampliamente los derechos y garantías de los adolescentes, sin discriminación alguna por razones de sexo, origen étnico, condición social o económica, religión o cualquier motivo semejante”*²¹.

En refuerzo de ello, se explicitan los principios derechos y garantías vigentes y fundamentales en el nuevo régimen legal, sin perjuicio de los principios vigentes en materia penal, procesal penal, constitucional y de los tratados internacionales²², de manera tal que *“se elimine cualquier forma de discrecionalidad en desmedro de los sujetos de esta ley”*²³, produciéndose un

quiebre sustancial en cuanto “*permite única y exclusivamente la intervención judicial punitiva para casos de comisión de delitos*”²⁴.

Estos proyectos constriñen el poder punitivo estatal en cuanto establecen un límite temporal máximo de duración del proceso de acuerdo al principio de plazo razonable²⁵, en aras de la brevedad y mínima intervención, estableciendo que “*el adolescente tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas e indebidas*”²⁶, debiendo respetarse el principio de *máxima celeridad*²⁷. Estos plazos tienden a hacer efectivos los principios de formación integral y reintegración social con participación activa y constructiva por parte del niño y adolescente, su familia y la comunidad en la que esté inserto, creando redes que le permitan de manera efectiva realizar un proyecto de vida sustentable, “*facilitándoles las mayores oportunidades posibles para alcanzar su desarrollo físico, mental, espiritual y social en condiciones de libertad y dignidad*”²⁸.

En cuanto a la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes, los textos bajo análisis poseen como denominador común, una conceptualización amplia del encierro o privación de libertad y la ciernen a la imposibilidad de aquéllos de externarse por su propia voluntad del ámbito en el que se encuentran alojados por orden de autoridad, independientemente del nombre que éste reciba, adecuándose en este aspecto a los parámetros de los tratados sobre derechos humanos vigentes en la República.

Durante el proceso, el menor de 18 años goza de los derechos y garantías del debido proceso, cuya regla principal es la libertad del aquél durante el mismo, en el sentido que su privación es “*siempre el último recurso excepcional de la justicia penal para adolescentes*”²⁹; siendo que desde el inicio de la persecución penal y “*durante todo el proceso las personas menores de 18 años tienen derecho a gozar de su libertad ambulatoria*”³⁰, manteniéndolo junto a su núcleo familiar -o a cargo de un tercero- a quienes se brindará la asistencia interdisciplinaria necesaria para la consecución de sus fines y para superar la situación de vulnerabilidad en la que se encontraran.

Si bien el procedimiento preve medidas restrictivas a los derechos y libertades del joven incurso en un hecho delictivo, conforme al principio de subsidiariedad -*última ratio del sistema punitivo estatal*- para el caso que sea imprescindible imponer medidas coercitivas, se establece un orden de prelación que van desde la imposibilidad de concurrencia de lugares o tomar contacto con determinadas personas hasta la privación de libertad como la más gravosa, y cuya interpretación debe ser lo más restrictiva posible.

Cuando la privación de libertad sea indispensable para el aseguramiento de los fines de la ley y durante la tramitación del proceso, en cuanto privación provisional de la libertad, deberá ser por tiempo determinado y lo más breve posible, en todo caso, la decisión judicial que así lo disponga deberá fundamentar la imposibilidad de aplicar una medida de coerción menos lesiva.

Está claro entonces (y así lo dejan establecido expresamente) que la privación de libertad es el último recurso al que debe echar mano el magistrado y es la excepción a toda regla limitadora de derechos y garantías. En caso de proceder, está limitada en el tiempo, a un plazo máximo -en general- de dos meses³¹ y deberá cumplirse en un centro especializado separado de personas menores de 18 años condenadas³² bajo un plan de ejecución individual con intervención de un equipo interdisciplinario que ayude al joven a cumplir los fines del proceso, pudiendo ser sustituida en cualquier momento por otra medida menos restrictiva.

Formación integral y reintegración de la persona menor de 18 años a su familia y comunidad son dos de los principios rectores que guían los fines del régimen penal juvenil. Dotando al joven de recursos que le permitan desarrollarse en plenitud, en el respeto de los derechos y

libertades, logrando sostener un proyecto de vida en el que se reconozca como ser humano dotado de dignidad en el pleno ejercicio de sus derechos sociales, culturales, económicos y políticos.

En cuanto a las medidas que se adopten durante el desarrollo del proceso y con posterioridad a él tenderán a lograr su desarrollo físico y espiritual, toda vez que estas personas en razón de su edad, se encuentran transitando una etapa de la vida hacia el desarrollo de la plenitud: *“el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la "evolución" de las facultades del niño (arts. 5 y 14.2), a la evolución de su "madurez" (art. 12), y al impulso que debe darse a su "desarrollo" (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el "desarrollo" del niño (art. 6.2)”*³³.

Dado este fin primordial, los proyectos presentan un abanico de medios alternativos de solución de conflictos, cuyo cumplimiento trae aparejada la extinción de la pretensión punitiva: mediación penal, conciliación y suspensión del proceso³⁴. A través de éstos, el niño o adolescente asume obligaciones y responsabilidades, con una participación activa y la de su grupo familiar, buscando la reintegración social del mismo, creando redes que le permitan realizarse como persona en el afuera y en el goce de sus derechos.

Finalmente, para el caso de que se declare la responsabilidad penal de una persona menor de 18 años por la comisión de un hecho delictivo se encuentran previstas una serie de sanciones penales que difieren sustancialmente de las penas legisladas y vigentes para el derecho penal común. Aquéllas serán de carácter excepcional y subsidiario³⁵ y su finalidad es la de fomentar el sentido de responsabilidad personal por los actos propios, de respeto por los derechos y libertades fundamentales y de integración social, garantizando el pleno desarrollo personal de sus capacidades y el ejercicio irrestricto de todos sus derechos. Valga resaltar, entonces, que las sanciones que se impongan en su consecuencia, presentan el mismo objetivo socioeducativo que impregna el contenido de estos proyectos, desde el paradigma del respeto por los derechos humanos y el postulado de la mínima intervención.

La instancia de individualización judicial de sanciones o penalidades habilitadas a imponer discurre entre un abanico que abarca desde las disculpas personales ante la víctima, la reparación del daño causado; prestación de servicios a la comunidad; órdenes de supervisión y orientación; inhabilitación o prohibición de conducción; limitación o prohibición de residencia o tránsito, libertad asistida, privación de libertad durante el fin de semana o tiempo libre; privación de libertad en el domicilio; privación de libertad en centro especializado, entre otras³⁶, las que deberán ser aplicadas *“analizando la racionalidad y proporcionalidad de la sanción elegida respecto del hecho cometido, la edad del imputado, la comprensión del hecho dañoso”*, los esfuerzos para reparar el daño y la capacidad para cumplirla y, siempre en cuanto sea la *“más beneficiosas para la persona”*³⁷ y que ayude a *“mitigar las carencias económicas, sociales, culturales, educativas y afectivas”*³⁸ del adolescente.

Obsérvese que la privación de libertad, como sanción, es el último recurso del legislador, para la consecución de los fines previstos por la ley. Y, para el caso en que ésta sea necesaria, dentro de las formas de restricción de la libertad, se presentan diferentes alternativas que limitan en la menor medida posible los derechos de las personas menores de 18 años, tales como la privación de libertad de fin de semana o tiempo libre de manera que no se obstruya el ejercicio de otros derechos, como el de estudiar o trabajar; o para que sea cumplimentada en todo caso en el domicilio propio o de familiares que puedan contener y brindar la ayuda necesaria para el desarrollo adecuado

del joven o adolescente, que comprenda tanto el desarrollo psíquico, físico y pleno de sus capacidades y derechos.

Finalmente, la privación de libertad de niños o adolescentes, como última necesidad y, cuando no exista otra posibilidad reparadora, deberá cumplirse en centros especializados, creados a tales fines. Nunca podrá exceder de los cinco años para jóvenes que al momento de la comisión del hecho tuvieran 16 o 17 años, ni de tres años para jóvenes que al momento de la comisión del hecho tuvieran 14 o 15 años³⁹. En ambos casos, deben tratarse de delitos dolosos con resultado de muerte y delitos contra la integridad sexual de tres y cinco años respectivamente.

En particular, el anteproyecto elaborado el Dr. Zaffaroni y la Prof. Larrandal⁴⁰ establece un capítulo específico vinculado con las penalidades y la individualización judicial de las mismas. Establece un límite temporal máximo de la pena correspondiente para el delito (prevista por la legislación común) diferenciándose este máximo de acuerdo a la franja etárea en que se encuentre comprendido el adolescente: si tiene entre 14 y 15 años la pena no podrá exceder del tercio del mínimo ni de la mitad del máximo ni podrá prolongarse después de cumplidos los 21 años⁴¹ y, para jóvenes de entre 16 y 17 años la pena se fijará entre un tercio del mínimo y la mitad de su máximo, en caso de prever pena perpetua la misma estará fijada entre 8 y 15 años⁴².

Siempre, se tendrá en cuenta el tiempo en que el joven menor de 18 años estuvo privado de su libertad de manera provisional.

Sin embargo, la medida privativa de libertad podrá suspenderse (condenación condicional⁴³) en razón de los esfuerzos del menor de 18 años para reparar el daño, por las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho y por la conveniencia del desarrollo socioeducativo de aquél y, nunca podrá extenderse alegándose que “*no existe otra forma de garantizar sus derechos fundamentales, en particular los derechos económicos, sociales y culturales*”⁴⁴.

En definitiva, estos proyectos incorporan desde diferentes propuestas y modalidades, alternativas a la privación de libertad como respuestas adecuadas del estado a una realidad que debe respetar y resguardar: el niño en desarrollo, bajo la premisa indeleble de que la mejor respuesta es el mantenimiento del niño en el seno familiar con el compromiso de brindarle las mayores posibilidades para el efectivo goce de sus derechos.

REFLEXIONES:

El compromiso asumido por el Estado Argentino frente a los textos internacionales ha iniciado con el dictado de la ley 26.061 el camino hacia la humanización de las leyes vigentes para la República en relación con los niños como sujetos de derecho.

Han quedado plasmados, a través de los trabajos legislativos analizados los esfuerzos realizados desde los diferentes ámbitos de actuación comprometidos por la adecuación de la ley a los parámetros internacionales en cuanto respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas menores de 18 años y en cuanto estos, son personas en desarrollo.

No obstante ello, debemos recordar que un verdadero estado democrático y social de derecho no termina allí en el texto formal de la ley. Como actores fundamentales en la vida de relación, debemos velar para que el contenido de las normas se realice, tengan eficacia, a través de los diferentes ámbitos de la vida de relación.

Concientes de que éste es un paso fuerte, pero el primero de todos en el camino que debemos transitar hacia el reconocimiento de la niñez, estadio fundamental y pilar básico de toda sociedad, asegurando en lo posible desarrollo integral de los niños hacia una adultez plena.

De allí que la respuesta punitiva estatal frente a un niño infractor, debe ser la última herramienta a la que se acude dentro de un sistema penal que pretende legitimación en el marco de un estado social y democrático de derecho, en cuanto forma parte de un sistema jurídico que se compone de un amplio espectro desde el cual debe en primer lugar prevenirse, brindándosele al niño y a su familia condiciones dignas de vida en sociedad. De esta manera, el derecho penal juvenil será en sí mismo excepcional.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acuerdo N° 2/06 - Plenario N° 12 - "C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley" - CNCP - 29/06/2006.
2. Anteproyecto Ley de Régimen Penal para Adolescentes elaborado por el Dr. Zaffaroni y la Prof. Larrandal-Departamento Derecho y Criminología - UBA- Abril 2009.
3. BELOFF, MARY, *Una resolución auspiciosa. Comentario a la decisión dictada el 5 de agosto de 2005 en el legajo disposicional Nro. 2495 del Tribunal Oral de Menores 2 respecto de "S, F. O"*, eIDial-DC6F9.
4. C.S.J.N. García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina, 02/12/2008, LA LEY 04/12/2008 eIDial - AA23DB.-
5. Convención Sobre los Derechos del Niño.
6. FELLINI, ZULITA, *Derecho Penal de Menores*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
7. M. 1022. XXXIX - "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174C - CSJN - 07/12/2005.
8. Proyecto de ley en Expte. Q6789-D-05 elevado por Emilio García Méndez.
9. Proyecto de ley en Expte. S-0734/08 elevado por María C. Perceval y Sonia Escudero.
10. Proyecto de ley en Expte. S-1555/09 elevado por Liliana T. Negre de Alonso.
11. Proyecto de ley en Expte. S-1564/08 elevado por Gerardo Morales.
12. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2007.

¹ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2007, pag 705.

²Proyecto de ley en Expte. S-0734/08 elevado por María C. Perceval y Sonia Escudero y Proyecto de ley en Expte. S-1564/08 elevado por Gerardo Morales.

³Art. 1° Convención Sobre los Derechos del Niño.

⁴Art. 2° de la ley 23.849.

⁵Ver concepto completo en Resolución /08 ((Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas), Disposición General.

⁶Acuerdo N° 2/06 - Plenario N° 12 - "C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley" - CNCP - 29/06/2006.-

⁷Acuerdo N° 2/06 - Plenario N° 12 - "C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley" - CNCP - 29/06/2006.

⁸BELOFF, MARY, *Una resolución auspiciosa. Comentario a la decisión dictada el 5 de agosto de 2005 en el legajo disposicional Nro. 2495 del Tribunal Oral de Menores 2 respecto de "S, F. O"*, eIDial-DC6F9.

⁹FELLINI, ZULITA, *Derecho Penal de Menores*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 63.

¹⁰FELLINI, ob. cit. pág. 77.

¹¹M. 1022. XXXIX - "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174C - CSJN - 07/12/2005

¹²Acuerdo N° 2/06 - Plenario N° 12 - "C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley" - CNCP - 29/06/2006.

¹³C.S.J.N. García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina, 02/12/2008, LA LEY 04/12/2008 eIDial - AA23DB.-

¹⁴Pese a la existencia en el Congreso de proyectos que siguen los lineamientos de la actual ley 22.278, en cuanto al tratamiento del joven menor de 18 años como objeto de tutela y protección e incluso una propuesta de consulta popular para la disminución de la edad de imputabilidad de los menores, fundada en la sensación de inseguridad actual; existen numerosos proyectos que evidencian el compromiso y los esfuerzos tendientes para adecuar tanto la legislación como las instituciones a los parámetros establecidos por los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994.

¹⁵Proyectos de ley de García Méndez; Morales; Perceval-Escudero; Negre de Alonso y Zaffaroni-Larrandal.

¹⁶Exposición de motivos Proyecto de García Méndez.

¹⁷Proyecto de ley elevado por Negre de Alonso comprende tres sistemas: de prevención, de responsabilidad y de reinserción penal juvenil.

¹⁸ Art. 1° proyecto García Méndez, art. 2° proyecto Zaffaroni-Larrandal.

¹⁹ Art. 6° proyecto Morales y art. 6° proyecto de García Méndez, art. 30° proyecto de Negre de Alonso, en cuanto refiere al interés superior del adolescente.

-
- ²⁰ Art. 2º proyecto de Perceval-Escudero y art. 5º proyecto de García Méndez.
- ²¹ Art. 5º anteproyecto Zaffaroni-Larrandal.
- ²² Art. 5º proyecto Perceval-Escudero; art. 4º proyecto de Morales; Título relativo al *Bloque federal de garantías de la justicia penal para personas menores de 18 años de edad* del proyecto de García Méndez, art. 5º proyecto de Zaffaroni-Larrandal, art. 31º proyecto de Negre de Alonso.
- ²³ Exposición de motivos proyecto de García Méndez.
- ²⁴ Exposición de motivos proyecto de García Méndez.
- ²⁵ Art. 11º Exposición de motivos proyecto de Perceval-Escudero.
- ²⁶ Art. 9º proyecto de Morales.
- ²⁷ Art. 35º proyecto de García Méndez.
- ²⁸ Art. 7º proyecto de Zaffaroni.
- ²⁹ Art. 8º proyecto de Zaffaroni, art. 10º proyecto de Morales, arts. 18º y 20º proyecto de Perceval-Escudero, art. 34º proyecto de Negre de Alonso.
- ³⁰ Art. 31º proyecto de García Méndez.
- ³¹ Art. 15º proyecto de Morales; art. 24º proyecto de Perceval-Escudero; art. 31º proyecto de García Méndez. Obsérvese que el anteproyecto de Zaffaroni-Larrandal establece un límite de dos meses para jóvenes de 14 y 15 años y de cuatro meses para los de 17 y 18 años de edad y el de Negre de Alonso, fija tres meses de duración máxima -art. 41º.
- ³² Art. 25º Perceval-Escudero; art. 15º y 18º proyecto de Morales.
- ³³ C.S.J.N. García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina, 02/12/2008, LA LEY 04/12/2008 elDial - AA23DB.
- ³⁴ Arts. 28º y ctes proyecto Perceval-Escudero; art. 37º y 42º proyecto de García Méndez, Capítulo IV proyecto de Negre de Alonso.
- ³⁵ Art. 40º proyecto de Perceval-Escudero; art. 34º proyecto de Morales; art. 50º proyecto de Negre de Alonso.
- ³⁶ Art. 45º proyecto de García Méndez; art. 42º proyecto de Perceval-Escudero; art. 36º proyecto de Morales, art. 16º proyecto de Zaffaroni-Larrandal.
- ³⁷ Art. 57º proyecto de García Méndez.
- ³⁸ Art. 29º proyecto de Zaffaroni-Larrandal.
- ³⁹ Art. 55º proyecto de Perceval-Escudero; art. 50º proyecto de Morales.
- ⁴⁰ Anteproyecto Ley de Régimen Penal para Adolescentes elaborado por el Dr. Zaffaroni y la Prof. Larrandal-Departamento Derecho y Criminología - UBA- Abril 2009.
- ⁴¹ Art. 11º proyecto de Zaffaroni-Larrandal.
- ⁴² Art. 12º proyecto de Zaffaroni-Larrandal. De allí que para estos casos, podrá prolongarse más allá de la mayoría de edad.
- ⁴³ Art 51º proyecto de Morales.
- ⁴⁴ Art. 63º proyecto de García Méndez.