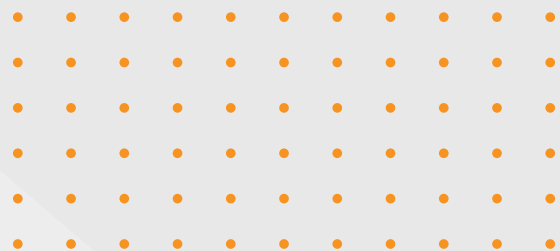


Derecho Penal
Juvenil

Fallos comentados

Reflexiones sobre el fallo “Maldonado” (2005) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fascículo 1



Colección: Derecho Penal Juvenil

Serie: Fallos comentados

**Título del fascículo: Reflexiones sobre el fallo “Maldonado” (2005)
de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

**Equipo responsable de contenidos: Dirección Nacional para
Adolescentes Infractores a la Ley Penal- Área de Desarrollo
Institucional. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.**

Año: 2021

Índice

Introducción	4
I. Fundamentos	4
II. Los hechos	5
III. Los nudos del fallo “Maldonado”	5
1. Estándar de protección especial en el ámbito de la justicia juvenil	7
2. A menor culpabilidad menor castigo: la pena del menor imputable en razón de la edad (dieciséis a dieciocho años no cumplidos)	8
3. Peligrosidad y minoría de edad penal	10
4. Necesidad de pena y prevención especial positiva	12
5. Determinación judicial de la pena juvenil y derecho a ser oído	13
IV. Consideraciones finales	13

Introducción

El presente artículo forma parte de la serie "Fallos comentados" de la Colección "Derecho Penal Juvenil", elaborada por la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal (DINAI) de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Esta publicación está destinada a todas aquellas personas que se desempeñan en el ámbito de la administración de justicia para adolescentes y tiene por objetivo ofrecer herramientas básicas para aprender y reflexionar críticamente sobre el funcionamiento en la práctica del derecho penal juvenil.

En esta Serie se ha convocado a profesionales y especialistas en la materia para que analicen la jurisprudencia de tribunales provinciales, nacionales y supranacionales que, por distintos motivos, resultan aportes relevantes para la comprensión del estado actual y del funcionamiento del derecho penal juvenil en nuestro país.

A continuación, se ofrecen los comentarios de Diego Freedman, quien se desempeña como abogado y docente de la Universidad de Buenos Aires y forma parte del equipo de la Dra. Mary Beloff en el proyecto Ubacyt sobre la primacía de la reforma institucional y del orden público provincial en la garantía de los derechos de los adolescentes infractores de la ley penal.

Reflexiones sobre el fallo "Maldonado" (2005) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por: Diego Freedman

I. Fundamentos

El propósito de este trabajo es analizar el fallo "Maldonado"¹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este precedente jurisprudencial resulta de gran relevancia, ya que intentó compatibilizar el Régimen Penal de la Minoridad (ley 22.278 reformada por la ley 22.803)² con los estándares constitucionales y de derechos humanos.

1 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, sentencia del 7/12/2005.

2 Promulgada el 25/08/1980 y publicada en el B.O. del 28/08/1980. Esta ley fue modificada por la ley 22.803 que aumentó la edad penal mínima de catorce a dieciséis años, publicada en el B.O. del 9/05/1983; por la ley 23.264, publicada en el B.O. del 23/10/1985; y por la ley 23.742, publicada en el B.O. del 25/10/1989.

En particular, el examen de nuestro Máximo Tribunal se centró en el art. 4 de la ley 22.278³, que regula el régimen de determinación de la sanción penal juvenil, adecuándolo a los estándares previstos en los arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la CDN)⁴.

II. Los hechos

El Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal condenó al joven a la pena de catorce años de prisión como autor del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad⁵.

Si bien la pena prevista para el delito de homicidio calificado era la privación de la libertad perpetua⁶, el Tribunal decidió atenuarla mediante la aplicación de la escala penal prevista para el delito tentado en función del art. 4 de la ley 22.278⁷ (de quince a veinte años para los delitos

3 Ley 22.278, art. 4: "La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: 1° - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2° - Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad. 3° - Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo".

4 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Esta Convención entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990. Fue ratificada por la República Argentina mediante la ley 23.849, sancionada el 27/09/1990, promulgada de hecho el 16/10/1990 y publicada en el B.O. del 22/10/1990.

5 El joven nació el 14 de abril de 1981 y fue juzgado por los delitos de robo con armas y homicidio calificado cometidos el 28/02/1998, cuando contaba con dieciséis años y diez meses de edad. El 5/05/2000 fue declarado coautor penalmente responsable cuando tenía diecinueve años de edad y se hallaba bajo disposición tutelar. El 5/11/2002, el Tribunal Oral de Menores resolvió aplicarle la pena, cuando ya había cumplido veintiún años de edad.

6 Código Penal, art. 80 conforme su redacción vigente al momento de los hechos.

7 La Defensora Pública de Menores e Incapaces sostuvo que: "[L]a conducta del nombrado a lo largo de todo su tratamiento tutelar intramuros, conforme consta en los informes de evolución, había sido apropiada, circunstancia que había sido tenida en cuenta por las autoridades administrativas y judiciales para ir otorgándole al imputado sucesivos permisos de salidas y licencias (...)". Agregó que: "[N]o cabe duda que lo relatado anteriormente se torna inconsistente y sin ningún valor desde el punto de vista tutelar, ante el hecho de que, una vez advertido severamente por el Tribunal, al responsabilizarlo penalmente por la comisión de un delito de extrema gravedad, M. vuelve a registrar una nueva causa por un hecho también de extrema gravedad y de similares características, poniendo en peligro no sólo su propia vida sino también la de terceros (...) Por lo expuesto y ante este sorpresivo fracaso en el que indudablemente se ha visto inmerso M., entiendo que deviene inevitable sancionar(lo), sin perjuicio del cual, en virtud de los logros reseñados más arriba, del buen comportamiento observado dentro del ámbito institucional, sumando a que la nueva causa que registra aún está en trámite, gozando así de la presunción de inocencia, considero aplicable una reducción de la pena en los términos del art. 4 de la ley n° 22.278 (...)".

El Fiscal del fuero especializado al solicitar la aplicación de la pena privativa de la libertad perpetua consideró que: "[M]ás de cuatro años de tratamiento tutelar no han servido para que el mismo superara su desaprensión respecto de los bienes jurídicos que el cuerpo legal punitivo protege. Ha resultado en vano el gran esfuerzo puesto de manifiesto por los profesionales que intervinieron en el caso, demostrando que su desprecio por la vida ajena es tal vez el pilar de su propia vida (...) Es evidente a esta altura que el tratamiento tutelar ha sido un perfecto fracaso (...)".

Por su parte, la Defensora Pública Oficial se opuso a la solicitud de prisión perpetua del Fiscal al argumentar que tal sanción implicaba la imposición de una pena cruel, inhumana y degradante, vedada por las convenciones internacionales con rango constitucional (CDN, artículos 37.a y 37.b).

El Tribunal Oral de Menores resolvió en su momento que: "[A]nte el no esperado fracaso que ha implicado para el suscripto la exposición del joven a la situación de riesgo antes señalada, defraudando la confianza del Tribunal y dando por tierra las múltiples oportunidades que se le brindaron durante todo el período de observación, a través de todos los profesionales que intervinieron en su caso, aunando a todo lo expresado la gravedad de los hechos por los que fuera advertido y responsabilizado penalmente en autos, estimo que no resulta posible beneficiarlo con la absolución de pena prevista en el art. 4to. 'in fine' de la Ley 22.278 (...)". Por otra parte y para sustentar por qué se optaba por la imposición de una pena conforme la escala penal

con penas de reclusión perpetua y de diez a quince años para los delitos con penas de prisión perpetua)⁸.

El Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso de casación para cuestionar la atenuación de la pena en ese caso⁹. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal revisó esta resolución condenatoria y consideró necesario aplicar al joven una pena privativa de la libertad perpetua en los términos del entonces vigente artículo 80 del Código Penal.

Para fundamentar esa decisión la Cámara de Casación consideró que la minoría de edad del joven al momento de los hechos por los que fuera condenado no era razón suficiente para atenuar la escala penal. Por otro lado valoró que la buena conducta en el ámbito institucional e intra muros no se tradujo en un éxito en su tratamiento tutelar, ya que cuando el joven egresó del centro de régimen cerrado en el cual se hallaba alojado incurrió en nuevos y violentos delitos¹⁰.

La condena fue recurrida por la defensa del imputado al cuestionar la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua aplicada por contrariar la CDN (art. 37.a)¹¹ en función de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 5.2, 5.5, 5.6, 7.2 y 19)¹², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ y la Convención contra la Tortura y otros Tratos

prevista para la tentativa el Tribunal Oral de Menores consideró que "[t]eniendo en consideración que los ilícitos comprendidos en esta causa fueron cometidos por el joven siendo menor de edad para la ley penal, como el buen comportamiento que observó y todas las positivas actividades que realizó hallándose privado de su libertad en el Instituto de Menores 'Dr. Luis Agote', considero justo aplicar en su favor el restante beneficio contenido en la ley penal juvenil, cual es la reducción de la pena (...)".

8 Código Penal, art. 44.

9 La Defensora oficial interina ante la entonces Cámara Nacional de Casación Penal consideró que la ley 22.278 establecía que el resultado del tratamiento debía ser tenido en cuenta al momento de decidir si correspondía aplicar una sanción o si, por el contrario, resultaba procedente la absolución. En consecuencia, entendió que los magistrados habían realizado una correcta interpretación y aplicación de la ley 22.278. En cuanto a la valoración del nuevo proceso, la Defensora remarcó que el Tribunal Oral de Menores lo había tenido en cuenta: "Entiendo que una cosa es considerar dicho antecedente como un reflejo de la proclividad de mi pupilo a exponerse a situaciones de riesgo y otra muy distinta es sostener como lo hace el Fiscal que el mismo pueda constituir el fundamento para aplicarle una sanción de suma gravedad como es la prisión perpetua cuando de así hacerlo se estaría violando el principio ínsito en el art. 18 de nuestra Carta Magna (...)".

El Fiscal ante la entonces Cámara Nacional de Casación Penal afirmó que no correspondía aplicar el beneficio de la escala penal reducida teniendo en cuenta la gravedad del hecho y el fracaso del tratamiento tutelar.

10 Sostuvo la Cámara Nacional de Casación Penal que "[e]sa buena conducta intra muros debió ser tomada en cuenta si es que el tratamiento tuitivo prodigado al menor hubiese demostrado un progreso en su resocialización o un propósito de enmienda que morigerara la evidente peligrosidad demostrada por M. al cometer el hecho por el que fue responsabilizado penalmente. Sin embargo, como el propio tribunal de instancia anterior lo reconoció, ese tratamiento fracasó en lo que es su propósito primordial, pues no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquélla y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio (...)". Se aclaró también en esa instancia que la investigación por estos nuevos hechos se encontraba aún en trámite y no obsta al juicio de peligrosidad aplicable por el artículo 41 del Código Penal.

11 La CDN establece en el art. 37, inc. a: "...No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad".

12 La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 5° dispone que: "(...) 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...) 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

El art. 7, inc. 2 dice: "2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

En el art. 19 se establece que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

13 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Este Pacto entró en vigencia el 23 de marzo

o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes¹⁴ (incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22). Sostuvo que la aplicación de esta pena suponía dejar de lado el principio del "interés superior del niño" y el principio de aplicación subsidiaria de la pena privativa de libertad respecto de personas menores de edad al tener en cuenta que la prisión sólo debía utilizarse como último recurso y por el tiempo más breve posible¹⁵.

Por otro lado, y entre otras cuestiones, la defensa aclaró que la posibilidad de obtener la libertad condicional o de gozar del régimen de semi-libertad, que permitieran la liberación del joven requería de plazos demasiados extensos que no se ajustaban a la CDN. Asimismo, sostuvo que la pena privativa de la libertad perpetua resultaba desproporcionada al no tener en cuenta la evolución favorable del tratamiento tutelar y la edad del joven al momento de los hechos. Finalmente señaló que se obvió el conocimiento personal del joven condenado como lo preveía el art. 4º de la ley 22.278.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso planteado, dejó sin efecto la condena establecida por la Cámara Nacional de Casación Penal y ordenó que se dictara una nueva sentencia de acuerdo a los estándares establecidos en su resolución¹⁶.

III. Los nudos del fallo "Maldonado"

1. Estándar de protección especial en el ámbito de la justicia juvenil

En este caso, la Corte Suprema admitió que no había realizado interpretaciones previas del Régimen Penal de la Minoridad (ley 22.278).

Indicó que era "censurable" que la Justicia de menores hubiera utilizado eufemismos tales como "internación", "reeducación" o "disposición tutelar" para aplicar la privación de la libertad de las personas menores de edad en centros de régimen cerrado, eufemismos que permitían retacear garantías constitucionales como el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de presunción de inocencia, el de proporcionalidad y el de defensa en juicio.

de 1976, de conformidad con el artículo 49. Fue ratificado por la República Argentina mediante la ley 23.313, sancionada el 17/04/1986, promulgada el 6/5/1986 y publicada en el B.O. del 13/05/1986.

14 Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. La ley 23.338 aprobó esta Convención (sancionada el 30/7/1986, promulgada el 19/8/1986 y publicada en el B.O. del 26/2/1987).

15 CDN, art. 3, inc. 1: "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".

CDN, art. 37, inc. b: "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

16 El Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación había postulado que debía hacerse lugar al recurso de queja y confirmar la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal al sostener en cuanto a los agravios referidos a la incompatibilidad entre la imposición de prisión perpetua y las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño que: "[E]l régimen vigente en la República Argentina atiende a los aludidos principios de aplicación de la pena privativa de libertad como último recurso y del interés superior del niño, pues el Estado ha abdicado de perseguir penalmente a los menores de dieciséis años y lo hace de modo limitado entre esa edad y los dieciocho años. A la vez, se ha privilegiado el tratamiento tutelar en todos los casos y ningún menor puede ser penado antes de cumplir dieciocho años, lo que va más allá del marco de aquella convención, bajo cuyo régimen podría pensarse incluso antes de esa edad (...)".

Sin embargo, al mismo tiempo, precisó que la aplicación de las garantías constitucionales a las personas menores de dieciocho años imputados de la comisión de delitos no debía significar que fueran tratados de igual forma que las personas adultas, sino que deben gozar de los derechos especiales derivados de su condición de niños reconocidos por las normas internacionales de derechos humanos:

"[P]artiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, *no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos*. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado –como aquel elaborado por la doctrina de la 'situación irregular'– de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54) (...) estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica (...)"¹⁷.

2. A menor culpabilidad menor castigo: la pena del menor imputable en razón de la edad (dieciséis a dieciocho años no cumplidos)

En relación con el caso concreto, la Corte Suprema analizó si era compatible con el régimen constitucional la aplicación de una pena de prisión perpetua, según lo regulado por las normas de la República Argentina de ese momento que habilitaban la concesión de la libertad condicional a los veinte años de cumplimiento de la pena¹⁸ a un adolescente por la comisión

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, de los considerandos 32° y 33° del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti, Destacado agregado.

18 Código Penal, artículo 13 conforme su redacción anterior. La ley 25.892, (promulgada de hecho el 24/05/2004 y publicada en el B.O. del 26/05/2004) estableció que el plazo para conceder la libertad condicional a personas condenadas a penas privativas de la libertad perpetua es de treinta y cinco años. A la vez, esa reforma limitó la posibilidad de concederla para los delitos previstos en los artículos 80 inc. 7° (homicidio criminis causae), 124 (abuso sexual seguido de muerte), 142 bis anteúltimo párrafo (privación ilegítima de la libertad agravada seguida de muerte), 165 (homicidio en ocasión de robo) y 170 anteúltimo párrafo (secuestro extorsivo seguido de muerte). En la actualidad, la ley 27.375 (promulgada el 05/07/2017 y publicada en el B.O. del 28/07/2017) dispuso que no procede la libertad condicional en los siguientes casos: "1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero".

de un delito grave (robo agravado por su comisión mediante el uso de armas en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad).

Para la Corte Suprema debía tenerse en cuenta la edad de la persona condenada (CDN, art. 40), el principio de culpabilidad y el artículo 41 del Código Penal¹⁹.

A continuación precisó que las personas menores de edad se veían afectadas por ciertos factores (situación emocional, posibilidad real de dominar el curso de los acontecimientos y actuación impulsiva) que debían ser examinados al momento de determinar la pena²⁰. Al tomar como base bibliografía vinculada con la psicología evolutiva, la Corte sostuvo que los adolescentes no tienen el mismo grado de madurez emocional que las personas adultas, lo cual justificaba un menor reproche de culpabilidad:

"[N]o escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental (...) Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional (...) en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto (...)"²¹.

En consecuencia, el reproche de la culpabilidad del adolescente debía ser siempre menor que el efectuado a una persona adulta por ese mismo hecho, lo que justifica indefectiblemente una pena de inferior magnitud²².

19 "[N]o obstante ello, a pesar de cierta imprecisión en la formulación, en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de M., 'su minoridad al momento del hecho'. Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1º, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la 'edad' es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal, esto es, la norma que el a quo consideró que el tribunal había aplicado erróneamente. A pesar de ello, en la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de M. ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, por cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido (...)", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, del considerando 7º del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

20 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, del considerando 16º del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

21 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, de los considerandos 37º y 40º del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

22 Esta postura resulta compatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de la infancia. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño mediante la Observación General N° 10 (2007) "Los derechos del

Podría considerarse de lo expuesto allí que la singularidad de cada hecho delictivo autorizaría una amplísima discrecionalidad judicial para determinar la pena; pero ello podría evitarse si se interpreta que el menor reproche de culpabilidad exige una reducción de la escala penal al grado de la tentativa de forma imperativa. Resultaría difícil asegurar que se tuvo en cuenta la culpabilidad disminuida si no se adopta una escala menor y sólo se realiza una atenuación de la pena sobre la base de los criterios ya previstos por el art. 41 del Código Penal²³.

niño en la justicia de menores", sostuvo oportunamente que: "[L]os niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños (...); además, precisó que "[l]a respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad (...)", párrs. 10 y 71 respectivamente, destacado agregado.

Más recientemente, ha dicho que: "Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado (...). El Comité pone de relieve que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada no solo a las circunstancias y la gravedad de este, sino también a las circunstancias personales (la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y necesidades del niño, incluidas, si procede, las necesidades relativas a su salud mental), así como a las diversas necesidades de la sociedad, especialmente a largo plazo", Observación general N° 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil (2019), párrs. 2 y 76.

Cabe señalar que el Comité de los Derechos del Niño fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el "[i]ntérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención (...)", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 331:2047, del considerando 4° del voto de los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

23 Es menester aclarar que en el voto del Dr. Fayt, quién ya no integra más nuestro Máximo Tribunal, se esboza con más claridad la aplicación imperativa de escala penal atenuada: "el denominado principio de benignidad en conexión con la culpabilidad disminuida de aquella persona que ha cometido un delito siendo menor de 18 años de edad, operaría -en todo caso- en cuanto a sostener que, por regla, corresponde aplicar la escala reducida de mención" (Considerando 14°) y "resulta carente de toda fundamentación en cuanto a la determinación de la pena aplicable, toda vez que en modo alguno el a quo pudo válidamente sustentar la severidad de una sanción que no se advierte razonable, al descalificar -producto del pretendido reforzamiento de la identidad de un único dato- la opción que, como regla, establece la reducción de la escala punitiva" (Considerando 25°).

Por lo contrario, la Jueza Argibay, quién tampoco integra más la Corte Suprema, antagónicamente, consideró que "[e]s la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es, precisamente, la minoría de edad del autor al momento del hecho. El incumplimiento de la carga, determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve (...) ni el art. 37, incs. 'a' y 'b' de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni las demás reglas convencionales con rango constitucional invocadas por la defensa permiten atribuir a la voluntad del constituyente el sentido de prohibir lisa y llanamente la aplicación de la pena a tales personas, siempre y cuando puedan contar con la posibilidad de obtener una libertad anticipada -'excarcelación', en los términos del art. 37.a de la Convención sobre los Derechos del Niño- (...) En lo atinente al art. 37 'a' de la Convención citada, corresponde afirmar que éste otorga el derecho a toda persona condenada a prisión perpetua por delitos cometidos en su minoría de edad a requerir que se examine, en la etapa de ejecución, la conveniencia de continuar la misma modalidad de cumplimiento o disponerse un régimen de libertad. No es este derecho, que la Convención sí otorga, el que está en discusión a esta altura del proceso, sino el alegado derecho de M. a verse excluido de la pena de prisión perpetua (...) Respecto del argumento sustentado en el art. 37 'b' de la Convención, debe indicarse que tampoco es inconstitucional la imposición de prisión perpetua porque fuera 'posible' una pena menos prolongada. La obligatoriedad de la pena más leve 'posible' fue considerada y descartada como estándar al discutirse el citado artículo; así fue que, a propuesta de los observadores de Canadá, se aceptó que las privaciones de la libertad debían aplicarse por el período más breve 'que proceda'. (Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de convención sobre los derechos del niño, Presidente- Relator Sr. Adam Lopatka Polonia- E/CN.4/1989/48, páginas 101 a 104). La diferencia es a mi entender sustancial, pues cuando la ley ofrece alternativas más y menos breves, la determinación de cuál de ellas es la 'más breve que proceda' corresponde a los jueces al momento de aplicarlas, de acuerdo con la gravedad del hecho. De este modo, aunque una privación de libertad más leve sea de hecho 'posible', puede no ser 'procedente', es decir, conforme a derecho. Esta interpretación me parece que es la más leal al texto que finalmente se acordó. Además, una lectura diferente, como la postulada por la Defensora, implicaría que el texto se anulase a sí mismo: si siempre fuese obligatorio poner la pena más baja prevista en la escala penal, la escala misma perdería sentido y las penas previstas para los menores deberían ser siempre fijas o únicas; si fuese así, no tendría sentido una regla que obligue a aplicar la pena más breve (...) Por lo tanto, el régimen establecido en la ley 22.278 no es inconstitucional por el hecho de admitir la posibilidad de que una persona sea condenada a prisión perpetua por un homicidio calificado cometido cuando tenía dieciséis años (...)", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, de los considerandos 15°, 16°, 17° y 18° del voto de la Jueza Argibay.

3. Peligrosidad y minoría de edad penal

La Corte Suprema también analizó la conducta posterior del adolescente — lo que se correspondería con el “resultado del tratamiento tutelar”, de acuerdo con la letra de la ley—, con especial énfasis en lo referido a su ámbito social. Al respecto consideró que, si bien en una de las salidas transitorias se habría visto involucrado en actividades delictivas, ello no podía serle reprochado sino se relevaban en forma paralela las concretas condiciones de contención social en las que desarrollaba su vida (en especial su medio social)²⁴.

Sobre la relevancia de otros procesos en trámite para determinar la sanción, el Máximo Tribunal determinó que “[l]a valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia (...)”²⁵.

Por otro lado, la Corte examinó la compatibilidad con la Constitución Nacional de la valoración de la peligrosidad del adolescente al momento de determinar la necesidad de imposición de una pena. Con una abundante y sólida argumentación, el tribunal estableció que no era admisible constitucionalmente la valoración de la peligrosidad del adolescente por afectar los principios de inocencia, de *ne bis in idem* y de Derecho penal de acto. Por ende no resultaba relevante considerar la conducta del joven posterior al hecho, por más que evidenciara cierta “peligrosidad”:

“[N]o corresponde a la competencia de esta Corte interpretar el alcance específico de la expresión ‘peligrosidad’ contenida en el art. 41 del Código Penal. Sin embargo, lo que no puede autorizarse es que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al *non bis in idem*. En efecto, la valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia. Y si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores bajo el inefable ropaje de la ‘peligrosidad’, pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal (...) la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad. La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto

24 “[L]a liberalización del régimen de internación a través de ‘egresos periódicos’ aparece como un intento efectivo para reintegrar al menor a la sociedad libre, objetivo que en manera alguna podría lograrse intramuros. A nadie puede escapar —en particular a aquellos funcionarios cuya actividad específica es el trato con menores— que existen posibilidades de que durante esas salidas el menor pueda cometer un nuevo delito, con el consecuente fracaso del tratamiento resocializador, mas ello aparece como un riesgo ordinario, habida cuenta de que el objetivo perseguido no es sencillo de lograr. Por otra parte, tampoco puede atribuirse el fracaso en exclusividad al destinatario de la medida. Pero aun cuando se aceptara esta posibilidad, no es admisible que en la sentencia apelada se omita toda referencia fáctica a las concretas condiciones de contención social en que se produjo la liberación. Desde ese punto de vista, resultan sumamente reveladoras las constancias del expediente tutelar en cuanto hacen referencia reiteradamente al medio social de M. como de ‘alto riesgo’ (...), así como las que se vinculan con su procedencia de un hogar en el que los progenitores no ejercen sus roles en forma efectiva (...)”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, del considerando 9° del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

25 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, del considerando 11° del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. La peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto (...) incluso suponiendo que pueda pasarse por alto todo lo dicho respecto de la peligrosidad, y si, por hipótesis, se la admitiera dentro de nuestro sistema constitucional, en el mejor de los casos, el pronóstico de conducta no podría hacerse intuitivamente por el tribunal, sino en base a un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico. Aun así, no se trata más que de una posibilidad que puede verificarse conforme a la ley de los grandes números, pero que en caso particular jamás puede asegurar que el agente se comportará de una u otra manera, pues siempre existe la probabilidad contraria: podemos saber, científicamente, que en un porcentaje de casos la conducta futura llevará a la comisión de ilícitos, pero siempre hay un porcentaje en que esto no sucede, y nunca sabemos en cuál de las alternativas debe ser ubicado el caso particular. Por ende, aumentar la pena por la peligrosidad siempre implica condenar a alguien por un hecho futuro, que no ha iniciado y ni siquiera pensado, y que nadie puede saber con certeza si lo pensará y ejecutará alguna vez en su vida (...)”²⁶.

4. Necesidad de pena y prevención especial positiva

Al referirse a los criterios que debían utilizarse para determinar la necesidad de la aplicación de una pena a quien era menor imputable al momento de cometer el hecho, el tribunal descartó que se justificara sólo sobre la base de la gravedad del hecho cometido²⁷, con lo que renunció a utilizar consideraciones exclusivamente retributivas.

¿Cuándo entonces resulta necesaria una pena privativa de la libertad respecto de una persona menor de edad declarada responsable de la comisión de un delito? La Corte Suprema respondió que la pena en materia de menores de edad era necesaria cuando cumplía preponderantemente con el fin de resocialización previsto en la CDN, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos²⁸.

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, de los considerandos 11º, 38º y 39º del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

27 “[Necesidad] de la pena’ a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’ como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’ (art. 40, inc. 1º) (...)”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, del considerando 22º del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

28 “[E]l mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de

Por esta razón el Máximo Tribunal cuestionó a la instancia anterior al señalar que no había esgrimido ningún argumento válido para concluir que una pena de catorce años de prisión fuera insuficiente y tampoco explicó cómo se podía promover la reintegración social con una pena que "se define ex ante por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad"²⁹.

En consecuencia, la sanción penal juvenil debe cumplir predominantemente una finalidad de prevención especial positiva³⁰. De modo que si una sanción penal en un caso concreto resulta notoriamente contraria a la integración social de un adolescente, debe ser considerada innecesaria y, en consecuencia, inaplicable.

Sin perjuicio de lo cual, surgen algunos interrogantes: ¿En qué casos favorece la reinserción social del adolescente la aplicación de una pena de privación de libertad de cumplimiento en un centro de régimen cerrado? ¿Cómo tiene que ejecutarse ese castigo para cumplir con el fin de reinserción social? Si bien el fallo admitiría tácitamente que en ciertos casos la sanción privativa de la libertad puede contribuir a la reinserción social, la Corte Suprema matizó esta idea al señalar que los jueces debían tener en cuenta los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.

5. Determinación judicial de la pena juvenil y derecho a ser oído

La Corte Suprema consideró también que era exigible la inmediación al momento de justificar la necesidad e individualizar la pena respecto de una persona menor de edad y vinculó este principio procesal con el derecho a ser oído del joven imputado³¹.

vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento (...) de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto (...)", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, de los considerandos 22° y 35° del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Cabe remarcar que el Juez Fayt adoptó una postura más estricta al dejar al excluir las consideraciones retributivas: "[S]u carácter particular permite de alguna manera sostener que la finalidad retributiva ha sido puesta a un margen en esta materia, lo que no importa, empero, caer en perimidas consideraciones etiologicistas. Antes bien, supone atender a los efectos de la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho como punto de referencia superior que resulte necesaria imponer (...)", del considerando 21° de su voto.

29 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, del considerando 41° del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

30 Esta finalidad de la pena resulta compatible con un Estado Social de Derecho, como bien ha señalado Claus Roxin: "[L]a teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (...), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social (...)", Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte General, Tomo 1, Madrid, Ed. Civitas, 1997, p. 87.

31 "[S]e trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada (...). Si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria (...). En este sentido, cabe recordar que también el art. 12 de la Convención del Niño señala expresamente que 'se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional' (...)", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, de los considerandos 18°, 19° y 20° del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

IV. Consideraciones finales sobre el fallo

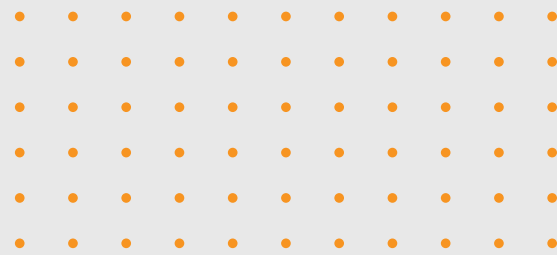
El fallo "Maldonado" ha sido un hito en jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal en relación con la justicia juvenil y no podemos soslayar su impacto en el intento de compatibilizar la normativa vigente a los estándares constitucionales y de derechos humanos³².

Sin perjuicio de lo cual, es posible advertir que nuestro Máximo Tribunal no ha sido claro respecto de la escala penal aplicable a las personas condenadas por delitos cometidos cuando eran menores de edad. Sólo ha prohibido que se aplique la misma pena a un o una adolescente que a una persona adulta por un hecho de igual gravedad, pero nada evitaría que se emplee idéntica escala penal y se considere como circunstancia atenuante a la edad por el menor reproche de culpabilidad. A lo sumo, lo que se desprende del fallo es que la aplicación de la escala del delito tentado sería considerada un principio³³, pudiendo argumentarse en el caso concreto la procedencia de la escala penal del delito consumado. Más teniendo en cuenta que cuando describe el régimen penal de la minoridad refiere que "en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa"³⁴.

32 Un desarrollo más completo de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de justicia juvenil puede consultarse "Principales decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia penal juvenil" en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", Buenos Aires, Abeledo Perrot, junio de 2015, pp. 1134-1156..

33 Robert Alexy define a los principios como mandatos de optimización, es decir, "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas", Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, ps. 67 y 68 (cursiva en el original).

34 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, del considerando 14° del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.



Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal
Subsecretaría de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia



Ministerio de
Desarrollo Social
Argentina