

Una y otra vez resurgen en el país propuestas de reforma de la justicia juvenil. Los argumentos esgrimidos para reclamar el cambio se organizan sobre dos grandes ejes que conectan ideas que —en principio— parecerían irreconciliables (derechos y seguridad), y no reflejan las dificultades actuales de la jurisdicción especializada.

Este libro reúne trabajos que analizan diferentes problemas jurídicos que enfrentan los operadores a la hora de intervenir en los casos que tienen por protagonistas a adolescentes imputados de delitos.

A partir del reconocimiento del derecho de los niños a recibir un tratamiento penal diferenciado en caso de que tengan problemas con la ley penal, los artículos aquí reunidos exploran las tensiones y desafíos que esa respuesta especializada plantea en el presente.

 **AD-HOC**
www.editorialadhoc.com



AD-HOC

Nuevos problemas de la justicia juvenil

BELOFF | Directora

JUSTICIA JUVENIL

Nuevos problemas de la justicia juvenil

MARY BELOFF | Directora

AD-HOC

Justicia Juvenil | 02

.....
Directora: Mary Beloff

Mary Beloff | *Directora*

NUEVOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA JUVENIL

.....

Mary Beloff - Ma. Virginia Deymonnaz
Diego Freedman - Mariano Kierszenbaum - Iris Rosario
Juan Pablo Santoianni - Martiniano Terragni - Lorena Vuotto



Primera edición
ABRIL 2017

Nuevos problemas de la justicia Juvenil / Mary Beloff... [et al.];
dirigido por Mary Beloff.

1ª ed. - Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

402 p.; 23x16 cm. (Justicia Juvenil / Mary Beloff; 2)

ISBN: 978-987-745-077-4

I. Derecho Penal. I. Beloff, Mary. II. Beloff, Mary, dir.

CDD 345

DIRECCIÓN EDITORIAL
DR. RUBÉN O. VILLELA

© AD-HOC SRL
Viamonte 1450 · C1055ABB · Buenos Aires · Argentina
Tel./Fax (54 11) 4371 0778/6635 · 4372 6401
info@editorialadhoc.com
www.editorialadhoc.com
www.facebook.com/editorialadhoc

Impreso en la Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
Prohibida su reproducción total o parcial

LA PENA ADECUADA A LA CULPABILIDAD DEL IMPUTADO MENOR DE EDAD*

MARY BELOFF, MARIANO KIERSZENBAUM y MARTINIANO TERRAGNI

1. *Introducción y planteo del problema*

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

El tema ha sido abordado por la jurisprudencia en los últimos años. En particular, fue analizado extensamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Maldonado"¹.

* Este artículo es una versión que incorpora modificaciones y actualizaciones al trabajo que fue publicado con el nombre de "La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad", *LL*, LXXVI, n° 43, 5/3/2012, pp. 1-5.

¹ CSJN, *Fallos*: 328:4343. En este caso, el TOM N° 2 de la Capital Federal condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de catorce años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad, de conformidad con los arts. 12, 45, 55, 166, inc. 2°, y 80, inc. 7°, del C.P. y el art. 4° de la ley 22.278 y sus modificatorias, en función de la ley 23.849. Contra esa sentencia, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación por entender que se había efectuado

Sin embargo, si se repasa la jurisprudencia emitida desde que se pronunció la sentencia en el mencionado caso, es frecuente encontrar planteos defensivos² que se agravian de las resoluciones de los jueces y los tribunales que no aplican a la persona menor de edad imputable una pena reducida conforme —como se verá más adelante— lo resuelto en el caso “Maldonado” así como, en la misma medida, planteos en los cuales se agravian los fiscales y los querellantes por la aplicación de penas reducidas conforme con los criterios fijados en el precedente antes mencionado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Más allá del necesario contrapunto entre las posiciones de las diferentes partes en un proceso penal, llama la atención la forma dispar con la que la jurisprudencia ha traducido un precedente que —no está de más decirlo—, tiene un valor jurídico emblemático, en tanto se trata de la primera vez que el Máximo Tribunal de la Nación se pronunció sobre el régimen penal juvenil del país.

una errónea interpretación del art. 4º de la ley 22.278 y la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia —vía recurso de queja— y condenar a Maldonado a la pena de prisión perpetua. La Corte revocó esa sentencia con extensas consideraciones referidas a las características de la respuesta estatal frente al delito cometido por una persona menor de 18 años de edad.

² “[N]o puede considerarse una mera facultad discrecional la posible aplicación del beneficio de reducción. La ley minoril no precisa en qué casos se debe aplicar la reducción. Sin embargo, la única interpretación válida en un estado de derecho es que los jueces deben como regla aplicarla (...)”, de los agravios de la defensa en CNCP, Sala II, causa n° 8.509, “G., F. M. s/recurso de casación”, 25/9/2008. Se señaló: “[E]l principio general que debe regir el proceso de los menores de edad que han sido declarados penalmente responsables es que sean observados tutelarmente para evitar su sanción o para sancionarlos con la reducción de pena que prevé la norma invocada (...)”, de los agravios de la defensa en CNCP, Sala IV, causa n° 5.471, “L., W. F. s/recurso de casación”, del 7/7/2006. De forma más contundente se sostuvo: “[U]na justa interpretación de esa norma es que ningún menor que haya sido responsabilizado penalmente por un delito cometido siendo menor de edad (...) como asimismo, ninguna modalidad delictiva, están fuera del alcance del dispositivo legal. Por su parte, en todos los supuestos, resulta indispensable esperar los resultados del tratamiento tutelar implementado en cada caso, para recién luego del análisis de esa respuesta individual considerar si es necesario o no imponerle sanción al joven en cuestión por el delito cometido, la que, de recaer, sin excepción, deberá albergar la reducción de pena que contiene la norma (...) la reducción que prevé el art. 4º de la ley 22.278 tiene un alcance superior que constituir una potestad del Tribunal, más bien consiste en un derecho de mi asistido (...)”, de los agravios de la defensa en CNCP, Sala II, causa n° 8.783, “C., H. s/recurso de casación”, del 25/9/2008.

La pregunta que traducen estos planteos no es otra que la siguiente: ¿es obligatoria la reducción de la pena como si el delito hubiera quedado en grado de tentativa en casos de los imputados menores de edad, conforme lo prevé la ley de fondo en la materia?

La respuesta —categórica o no— que se otorgue a esa pregunta no constituye un dato menor. A diferencia de otras discusiones penales donde las diferentes interpretaciones pueden tener lugar sin involucrar normas de jerarquía superior, en este caso, lo que está en juego es determinar si cuando la ley vigente ordena la aplicación de penas privativas de libertad para personas menores de 18 años de edad resulta compatible con las normas constitucionales relativas a la materia, entre ellas, el principio de culpabilidad y las exigencias derivadas del derecho internacional de los derechos humanos que el país ha incorporado a su derecho doméstico.

En lo que sigue, luego de una breve descripción de los estándares legales aplicables, se analizará lo resuelto sobre el tema por diferentes tribunales (fundamentalmente, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por las diferentes salas de la Cámara Nacional de Casación Penal) con el fin de ilustrar respecto de la consistencia o no de la variopinta jurisprudencia de los últimos años.

2. La legislación nacional de derecho común aplicable

El art. 4º de la ley 22.278 es una norma de derecho común que regula la responsabilidad penal de las personas menores de 18 años de edad³.

La redacción del texto en análisis establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“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 [al imputado entre 16 y 18 años que incurriere en un delito que no fuere de acción

³ El Régimen Penal de la Minoridad reprodujo el primer sistema penal juvenil específico creado en el país en el año 1954 por la ley 14.394 (véase también la ley 21.338). Fue aprobado por la ley 22.278, promulgada de hecho el 25/8/1980 y publicada en el B.O. del 28/8/1980. Posteriormente fue reformado por las leyes 22.803 (publicada en el B.O. del 9/5/1983), 23.264 (publicada en el B.O. del 23/10/1985) y 23.742 (publicada en el B.O. del 25/10/1989).

privada o reprimido con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, de multa o inhabilitación, declarado penalmente responsable en juicio, que ya hubiera cumplido 18 años y que hubiera sido cometido a un período de 'tratamiento tutelar' no inferior a un año], así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa".

Conforme el mencionado art. 4º de la ley 22.278, el Tribunal que haya resuelto declarar penalmente responsable al niño imputado debe decidir *a posteriori* sobre la necesidad de la imposición de una pena según el resultado de su tratamiento tutelar.

Es decir, si existió una previa declaración de responsabilidad penal del niño⁴, el Tribunal puede: suspender el trámite hasta una fecha determinada a la espera de la evolución del tratamiento tutelar y, en ese momento, resolver si corresponde o no imponer una pena y, en su caso, fijar el monto o, junto con la declaración de responsabilidad penal del imputado (previa verificación del cumplimiento de ciertos requisitos), resolver en el mismo acto su situación y decidir si corresponde o no la imposición de una sanción penal.

Esta norma indica además los requisitos y las circunstancias a tener en cuenta para los casos en que se resuelva imponer una pena al niño declarado previamente penalmente responsable. Su párr. 1º establece que la imposición de una pena respecto de un niño estará supeditada a tres requisitos: *i*) su previa declaración de responsabilidad penal y la civil si correspondiere; *ii*) que haya cumplido 18 años de edad; y *iii*) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Verificados los requisitos enunciados precedentemente⁵, el Tribunal decidirá sobre la imposición de pena, previo tener en

⁴ En aras de simplificar la redacción se hará referencia solo a la palabra "niños" al considerar que el término comprende a las tres categorías indicadas: "[T]omando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por 'niño' a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes (...)". Conf. Corte IDH, Serie A Nº 17, Opinión Consultiva Nº 17, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", de 28/8/2002, párr. 42 y *supra* nota 45.

⁵ Si bien en la mayoría de los casos la vista conferida por el art. 4º de la ley 22.278 se realizaba por escrito, la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió en varios precedentes que este acto debe ser realizado en una audiencia oral

cuenta las modalidades del hecho, los antecedentes de la causa, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida respecto del imputado⁶.

convocada al efecto. A modo de ejemplo: "[La sentencia cuestionada] fue emitida desconociendo imperativos procesales sancionados con pena de nulidad, que por estar vinculados a las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio (...) con la finalidad de asegurar el derecho de la defensa en juicio, debió haberse realizado en el caso una audiencia en la que el sujeto pasivo de esta causa, así como su representación letrada y el Ministerio Público Fiscal, discurran sobre su factibilidad en una audiencia de debate (art. 413 y, en lo pertinente, reglas del Libro III, Título I, del CPPN) fijada a ese efecto (...)". CNCP, Sala IV, causa nº 4.559, "V. J. O. s/recurso de casación", del 14/9/2004, del voto del juez HORROS. Para la posición contraria, véase entre muchos otros: "[E]l juicio especial de menores (arts. 410/414 del CPPN) no difiere del común, salvo en lo que particularmente se dispone en materia de medidas precautorias de carácter personal, de lugares de alojamiento en los que se cumplen las más intensas, de medidas tutelares y de restricciones impuestas a la publicidad del debate con la finalidad de resguardar al menor, protegiéndolo, de la exposición que para el imputado mayor importa la denominada 'pena del banquillo' (...) Esa presencia fue asegurada, en el caso, en el debate previo a la primera sentencia —parcial, por cierto— que concluyó con la declaración de responsabilidad penal del acusado por uno de los delitos por los que fue requerido de juicio. No aparece imprescindible, pienso, en el debate previo al dictado del acto que, completando el juzgamiento, concluyó en la necesidad de aplicarle a aquel una pena reducida (...)". CNCP, Sala IV, causa nº 6.488, "CH., H. F. s/recurso de casación", del 12/12/2007, del voto del juez Bisoro.

⁶ Debe tenerse presente además que el párr. 2º del art. 4º de la ley 22.278 enumera solo una causal referida al derecho penal de acto (las modalidades del hecho) en tanto que las restantes (los antecedentes del niño, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez) se vinculan al autor del ilícito. Tradicionalmente esto permitía que la pena no solo se graduara por la responsabilidad del imputado en el hecho concreto sino por la conducción de su vida a partir del inicio de la causa penal; sin embargo tal valoración, contraria al principio de culpabilidad por el acto, puede ser invertida de modo de convertirse en una autorización para ponderar la vulnerabilidad del imputado como expresión de un derecho penal de autor *in bonam partem*. Así, si bien estas circunstancias son similares a las de los arts. 40 y 41 del C.P. (pautas mensurativas de la pena), en estos procesos su relevancia es mayor ya que pueden conducir al Tribunal a no imponer una pena al niño declarado penalmente responsable. Véase por ejemplo: "[E]sas circunstancias coinciden parcialmente con las fijadas en el art. 4º de la ley 22.278 para determinar la necesidad de la sanción, de modo que no se puede ser tan tajante en la división pretendida por la defensa, desde que esas pautas se proyectan sobre la elección de la escala penal reducida prevista para la tentativa y para la dosificación del monto punitivo debido. En efecto, 'las modalidades del hecho' a que se refiere el art. 4º tantas veces citado se corresponden con 'la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado' del art. 41, inc. 1º, del C.P. Los antecedentes del justiciable aparecen

Del tenor literal del art. 4º no parecen desprenderse las conclusiones a las que arriban en general los defensores (técnicos o los Públicos de Menores e Incapaces en su cada vez más activa intervención procesal). En tal sentido, es absolutamente clara la letra del artículo al utilizar el giro "pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa". De lo cual se desprende que se trata de una facultad y no de una obligación.

Sin embargo, como lo señalamos en la introducción, el problema sobre este punto no se reduce a la simple interpretación de una norma de derecho común sino a su relación con las normas de jerarquía superior (constitucionales) que determinan la medida y el límite de la pena.

Desde este punto de vista, debemos analizar el límite máximo que corresponde a la pena según el régimen legal para los adultos, pues estas reglas de garantía también rigen para los niños, para luego considerar las normas específicas referidas a las personas menores de dieciocho años penalmente responsables según la ley argentina.

3. Las normas constitucionales e internacionales aplicables a la materia

3.1. El principio de culpabilidad

Más allá de cuál sea la fuente normativa de este principio, que, ciertamente, no se encuentra redactado de manera explícita en nuestro ordenamiento jurídico positivo, no existen dudas ni en la doctrina ni en la jurisprudencia respecto de su vigencia e importancia, ya sea que este se derive de la segunda parte del art. 19 de la C.N. como complemento y fundamento del principio de

como circunstancia a estimar en ambas normas (art. 4º, ley 22.278 y art. 41, inc. 2º, del C.P.). 'El resultado del tratamiento tutelar' del art. 4º mencionado no se aleja demasiado de la conducta que el sujeto adopta con posterioridad al hecho y que la jurisprudencia suele computar a los fines de los arts. 40 y 41 del C.P. (conf. causa n° 3535, reg. n° 4531, 'Bertschinger, Hugo Néstor s/recurso de casación', del 17/3/2001). Finalmente, 'la impresión directa recogida por el juez —art. 4º, ley 22.278— no es sino el resultado del examen de 'conocimiento directo y de visu del sujeto' que impone al juez o tribunal el art. 41, inc. 2º, 'in fine', del C.P. (...)', CNCP, Sala I, causa n° 4.534, "D. E. M. s/recurso de casación", del 23/4/2003, del voto de los jueces RODRÍGUEZ BASAVILBASO, CATUCCI y BISORDI.

legalidad, de las exigencias del Estado democrático⁷ o del Estado de derecho⁸.

Sintéticamente, lo que se quiere afirmar a través de este principio es que el sujeto, para ser penado, debe haber podido comprender que su acto era ilícito y debe haber podido decidir comportarse de acuerdo a la norma. Por lo tanto, si el reproche se funda en la culpabilidad del autor, la medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad⁹.

3.2. Las disposiciones internacionales aplicables

Según el derecho internacional de protección de los derechos humanos de la infancia, la pena aplicable al imputado menor de dieciocho años de edad se rige por reglas comunes a las del derecho penal de adultos (tales como el principio de legalidad material, la presunción de inocencia y la culpabilidad por el acto) más reglas especiales que se basan en la particular condición que implica ser niño para la ley penal. Esa especialidad en el trato que el sistema judicial debe asegurar a los niños resulta una derivación de la protección jurídica especial que, en general, la comunidad internacional se comprometió a reconocer a la infancia.

Tal protección especial ha sido plasmada en diversos instrumentos de derechos humanos desde hace décadas (universales y regionales así como convencionales y no convencionales por igual) tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰ cuya prohibición principal es la aplicación de la pena de muerte para personas menores de 18 años de edad¹¹ y exige a los Estados

⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008 (1ª ed., 1984), p. 122

⁸ MAURACH, Reinhart, y ZIFF, Heinz, *Derecho penal. Parte General*. I, trad. de la 7ª ed. alemana de Jorge B. GENZSCH y Enrique AMONE GIBSON, Astrea, Buenos Aires, 1994 (7ª ed. alemana 1987), pp. 154 y ss.; entre otros.

⁹ Acerca de la fundamentación de esta idea, véase ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*. t. I, trad. y notas de Diego LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, y Javier de VICENTE RAMESAL, Civitas, Madrid, 1997 (obra alemana Múnich, 1994), pp. 99 y ss.

¹⁰ 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), del 16/12/1966. Este Pacto entró en vigencia el 23/3/1976, de conformidad con el art. 49.

¹¹ PIDCP art. 6.5.

partes que al enjuiciar a los imputados menores de edad tengan en cuenta su edad y estimulen su rehabilitación social¹²; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³ que prescribe en el art. 19 la regla de protección especial a la niñez¹⁴.

Posteriormente, la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵ vino a reafirmar de forma integral y sistemática ese principio en las diferentes relaciones jurídicas en las que puede verse involucrado un niño, en lo que aquí interesa, como imputado frente a la justicia penal¹⁶.

Específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, la pena a imponer a la persona menor de 18 años debe responder a los siguientes estándares:

- a) "[N]ingún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad. Ningún niño será 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

¹² PIDCP, art. 10.3.

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José (Costa Rica) el 22/11/1969. Esta Convención entró en vigencia el 18/7/1978, de conformidad con el art. 74.2. Aprobada por la República Argentina mediante ley 23.054 (publicada en el B.O. del 27/3/1984).

¹⁴ CADH, art. 19, *Derechos del niño*: "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".

¹⁵ 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 de 20/11/1989. Esta Convención entró en vigencia el 2/9/1990. Ratificada por la República Argentina mediante ley 23.849, sancionada el 27/9/1990 y promulgada de hecho el 16/10/1990.

¹⁶ A los fines del análisis aquí propuesto debe recordarse que todos estos tratados internacionales cuentan con jerarquía constitucional conforme lo establece el art. 75 inc. 22 de la C.N. Es importante también precisar que estas normas deben ser interpretadas, en el contexto convencional de referencia, a partir de la regla del principio del interés superior del niño: "[E]n 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. 3º.

utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el *periodo más breve que proceda* (...)”¹⁷;

- b) “[l]os 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 (...)”¹⁸; y
- c) “[s]e 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*”¹⁹.

En otro orden, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing)²⁰ establecen:

- a) “La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; d) en el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor (...)”²¹;

¹⁷ CDN, arts. 37.a. y 37.b. Destacado agregado.

¹⁸ CDN, art. 40.3.

¹⁹ CDN, art. 40.4. Destacado agregado.

²⁰ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33, de 29/11/1985.

²¹ Reglas de Beijing, Regla 17.1. Además, los delitos cometidos por personas menores de edad no se sancionarán en ningún caso con la pena capital (Regla 17.2); tampoco

- b) "Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes (...)"²²; y
- c) "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible (...)"²³.

En el mismo sentido, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (conocidas como Directrices de Riad)²⁴ establecen respecto de los Estados la obligación de:

- a) [P]romulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes."²⁵

De forma complementaria, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad²⁶ determinan que:

serán sancionados con penas corporales (Regla 17.3); y finalmente la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento (Regla 17.4).

²² Reglas de Beijing, Regla 18.

²³ Reglas de Beijing, Regla 19.1.

²⁴ Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (conocidas como Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/112 de 14/12/1990.

²⁵ Directrices de Riad, Directriz 52.

²⁶ Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/113 de 14/12/1990.

- a) "[L]a privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales"²⁷.

Al interpretar todas estas normas constitutivas de un "amplio corpus juris de protección de derechos humanos de los niños", el Comité de los Derechos del Niño²⁸ mediante la Observación General N° 10 "Los derechos del niño en la justicia de menores"²⁹, sostuvo:

- a) "[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. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes (...)"³⁰.

También afirmó:

- b) "[l]a respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores (...) Cuando un menor cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho,

²⁷ Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Regla 2.

²⁸ Reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el "[i]ntérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención" (CSJN, Fallos: 331:2047, del considerando 4° del voto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI).

²⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), "Los derechos del niño en la justicia de menores".

³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, cit., párr. 10, destacado agregado.

y se tomarán en consideración las necesidades del orden público y las sanciones (...)”³¹.

En consecuencia, la ratificación de estos instrumentos internacionales (en particular la Convención sobre los Derechos del Niño por su carácter convencional) y su posterior incorporación al texto constitucional implicó, por parte del Estado argentino, la reformulación de los mecanismos de protección especial para las personas menores de edad —entre estos a la justicia juvenil.

De acuerdo con este amplio *corpus juris*, el niño es titular de los derechos que les corresponden a todas las personas y también de derechos específicos por el hecho de encontrarse en un pleno proceso evolutivo y de desarrollo, expresión en definitiva de la protección especial debida a la infancia. Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

“[La CDN] pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños. Por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a ‘proporcionar al niño una protección especial’, con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párr. 8º de su preámbulo. Por ello, a los fines del *sub lite*, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la ‘protección especial’ en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar ‘efectividad’, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin”³².

3.3. Una primera aproximación al límite de la pena

De la lectura del cuerpo normativo reseñado precedentemente podrían extraerse las siguientes conclusiones:

³¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, cit., párr. 71, destacado agregado.

³² CSJN, Fallos: 331:2691, del considerando 3º del voto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, MAGUEDA, ZAFFARONI y ARGIBAY.

- 1) La pena aplicable a un sujeto (adulto o niño) no puede superar la medida de su culpabilidad.
- 2) Las normas internacionales referidas a los niños no contienen de manera expresa una cláusula de reducción de la pena, pero reafirman el principio de culpabilidad como medida de la pena y —en lo que resulta fundamental—, afirman que los niños tienen una culpabilidad disminuida con relación a los adultos.

4. Las dos interpretaciones posibles:

la reducción facultativa y la reducción obligatoria

Antes de comenzar el desarrollo de las distintas posturas al respecto, es oportuno señalar que de un relevamiento de distintos precedentes de la actual Cámara Federal de Casación Penal hemos podido advertir que actualmente todas sus salas (I³³, II³⁴, III³⁵ y IV³⁶), con algunos votos en disidencia, sostienen la no obligatoriedad de la reducción de pena a la escala de la tentativa. Sin embargo, existe coincidencia en cuanto a que la pena aplicable a un niño debe ser menor que la aplicable a un adulto.

4.1. La reducción de la pena a la escala prevista

para la tentativa como un imperativo judicial

La posición que afirma que la reducción es obligatoria de acuerdo con el texto legal y en su relación con los estándares internacionales aplicables, entre otros argumentos, postula:

³³ CNCP, Sala I, “T., G. V. s/recurso de casación”, causa n° 10.272, del 10/6/2009.

³⁴ CNCP, Sala II, “G., F. M. s/recurso de casación”, causa n° 8.509, del 25/9/2008.

³⁵ CNCP, Sala III, “L., A. W.”, causa n° 9.820, del 4/5/2009 (disidencia de la jueza LEDESMA). Con anterioridad a “Maldonado” tenía este criterio en: “T., A. L. Y M., S. F. s/recurso de casación”, causa n° 4937, del 23/11/2004 (disidencia de la jueza LEDESMA).

³⁶ CNCP, Sala IV, causa n° 5.471, “L., W. F. s/recurso de casación”, del 7/7/2006. Esta Sala ha llegado a aceptar la imposición de pena completa en un juicio abreviado en el cual la defensa no había acordado el monto de pena, sino que había solicitado la aplicación de la reducción a la pena de la tentativa (causa n° 7.158, “C., J. E. s/recurso de casación”, del 18/5/2009, del voto en disidencia del juez DIEZ OJEDA).

- No puede considerarse una mera facultad discrecional la posible aplicación del beneficio de reducción porque el régimen penal de la minoridad no precisa en qué casos se debe aplicar la reducción³⁷;
- El principio general que debe regir el proceso de las personas menores de edad que han sido declarados penalmente responsables es que sean observados tutelarmente para evitar su sanción o para sancionarlos con la reducción de pena³⁸;
- Una correcta interpretación del art. 4º de la ley 22.278 es que ningún imputado que haya sido responsabilizado penalmente por un delito cometido siendo menor de edad está fuera del alcance del dispositivo legal³⁹; y
- La reducción de la escala punitiva es obligatoria en armonía con los principios constitucionales de *ultima ratio* del derecho penal, culpabilidad por el hecho (que se encuentra disminuida en el caso de menores infractores) y *pro homine*⁴⁰.

4.1.1. ANTECEDENTES

De manera previa al fallo "Maldonado", varios jueces ya habían fallado en sentido similar al que luego adoptaría la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decidir la reducción de la pena en la escala prevista para el delito tentado. A modo de ejemplo vale mencionar, entre muchos otros:

"[L]a detención como último recurso y por el tiempo más breve que proceda y los fines previstos en el art. 40, ya citados, conforman un todo que es menester respetar a la hora de examinar el alcance de alguna de sus cláusulas. De esa interpretación surge, indudablemente, que la pena, en materia de menores, no puede ser dispuesta por razones de defensa social, sino únicamente para posibilitar la reinserción del interesado en la sociedad, es decir, teniendo la

³⁷ De los agravios de la defensa en: CNCP, Sala II, "G., F. M. s/recurso de casación", causa n° 8509, del 25/9/2008.

³⁸ De los agravios de la defensa en: CNCP, Sala IV, "L., W. F. s/recurso de casación", causa n° 5.471, rta. el 7/7/2006.

³⁹ CNCP, Sala II, "C., H. s/recurso de casación", causa n° 8783, del 25/9/2008.

⁴⁰ CNCP, Sala IV, causa n° 7.344, "C., L. W. R. s/recurso de casación", del 2/3/2009, del voto del juez DIEZ OJEDA.

prevención especial como horizonte. Una de las consecuencias de esta concepción es que, por su propia entidad, la sanción aplicada a menores debe ser revisada periódicamente para verificar si sigue siendo necesaria. Otra, derivada de la diferente situación que la Convención, los organismos internacionales y la doctrina, advierten entre los adultos y los niños y adolescentes, se traduce en que, por su disminuida capacidad de culpabilidad, por la inmadurez y situación de vulnerabilidad en que se encuentran, deben recibir —cuando sea necesario— *una pena sensiblemente menor a la que corresponde a los primeros (...)*⁴¹.

4.1.2. EL FALLO "MALDONADO" ¿ADHIERE A ESTA POSTURA?

A los efectos del análisis aquí propuesto resulta útil analizar el precedente "Maldonado" a partir de tres líneas de argumentación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la imposición de pena a un niño presentes en la resolución que se comenta.

En primer lugar, la Corte reconoció que el juicio penal seguido a los niños está caracterizado por el principio de especialidad que no significa otra cosa que aplicar a las personas menores de 18 años imputados de delitos y penalmente responsables todas las garantías y beneficios de los que gozan las personas mayores de edad más una serie de derechos y garantías específicos. Es claro aquí que la Corte Suprema recogió la regla de protección especial ya analizada, aplicada a la justicia juvenil, en los siguientes términos:

"[L]os niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición (...)"⁴².

En segundo lugar, sobre la idea de peligrosidad con relación a la pena juvenil, afirmó:

"[L]a '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 *a quo*. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad

⁴¹ TOM N° 1 de la Capital Federal, causas n° 3378/3470, del 5/4/2005, del voto en disidencia del juez JAVIUS, destacado agregado.

⁴² CSJN, Fallos: 328:4343, del considerando 32 del voto de los jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAGUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI.

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 este asuma una función constructiva en la sociedad (...)'.⁴³

En tercer lugar, respecto del reconocimiento de la culpabilidad disminuida para las personas menores de edad, concluye en el párrafo más comentado de esta sentencia:

"[E]n 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 (...)".⁴⁴

⁴³ CSJN, Fallos: 328:4343, del considerando 22, del voto de los jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI.

⁴⁴ CSJN, Fallos: 328:4343, del considerando 40 del voto de los jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI. Como un ejemplo de aplicación contemporánea de este criterio de la Corte Suprema: "[F]rente al cúmulo de pautas establecidas por el art. 4º de la ley 22.278, siendo la gravedad del hecho solo una de ellas y considerando que los malos antecedentes del menor así como su deficiente comportamiento durante el lapso de observación tutelar se debieron, fundamentalmente, a su grave adicción a las drogas, la que por tratarse de una severa patología debe ser tratada, aun compulsivamente me inclino por propiciar al acuerdo que se le reduzca la pena en la forma prevista para la tentativa proponiendo la de quince años de prisión, accesorias legales y costas, sin las de esta instancia y la imposición de la medida de seguridad del art. 16 de la ley 23.737, con la modalidad prevista en el último párrafo del art. 19 (...) No obstante, dada la gravedad de los sucesos atribuidos, su adicción a las drogas que hace vulnerable su comportamiento, el fracaso antes referido del tratamiento tuitivo, ameritan la necesidad de imponerle sanción, la que no debe exceder de los límites aconsejables para quienes, por haber delinquirado antes de los 18 años de edad, deben ser objeto de tratamiento tendiente a su recuperación y no de una pena que lo segregue en forma definitiva o indeterminada. Por ello, insisto, encuentro adecuada la de 15 años de prisión, siguiendo la doctrina establecida por nuestro Máximo Tribunal con fecha reciente —7/12/2005— (in re M.1022. XXXIX, 'Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa n° 1174—)', CNCP, Sala II,

En definitiva, lo que se desprende de los párrafos transcritos del fallo "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es que la aplicación de la escala de la tentativa prevista en el párr. 2º del art. 4º de la ley 22.278 debe ser considerada la regla.

4.2. La reducción de la pena a la escala prevista para la tentativa como una facultad judicial

Para esta posición, el comentado párr. 2º del art. 4º de la ley 22.278 acuerda que, en caso de que el Tribunal resuelva la imposición de una pena, podrá reducirla en la escala penal prevista para la tentativa.

Se llega a esa conclusión a partir de variados argumentos que pueden ser relevados en la jurisprudencia, entre otros:

- El art. 4º de la ley 22.278 a la luz del fallo "Maldonado" no impone al juez una reducción de la pena respecto del imputado menor de edad sino que deja librada esa facultad a la decisión fundada del magistrado⁴⁵;
- El art. 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño solo es aplicable en los supuestos de detención o encarcelamiento;
- La ley 22.278 no impone la modificación de la escala de modo imperativo y general para todos los casos, sino que establece un poder o facultad de los jueces, que permite una pena reducida atendiendo a criterios preventivo especiales como correctores del reproche de culpabilidad merecido⁴⁶;
- La interpretación de que la reducción es obligatoria pondría al juez en el lugar de legislador en contra del sistema republicano de gobierno y la división de poderes que les es propia, y
- La aplicación de una condena sin tomar la escala reducida correspondiente al delito tentado debe operar en forma extraordinaria y que el juez deberá justificar que la pena

causa n° 5.890, "M., C. C. y otro s/recursos de casación e inconstitucionalidad", del 15/2/2006, del voto del juez MITCHELL.

⁴⁵ CNCP, Sala II, causa n° 7.458, "G. B., O. J. s/casación", rta. el 25/2/2008, del voto del juez YACOBUCI.

⁴⁶ CNCP, Sala II, causa n° 8.783, "C., H. s/recurso de casación", del 25/9/2008, del voto del juez GARCÍA.

resultará adecuada para promover la reintegración del niño, pues de lo contrario se estaría dando el mismo tratamiento que a las personas mayores de edad.⁴⁷

Para ejemplificar la posición de mantener la potestad en cabeza de los jueces, entre muchos otros, puede leerse:

"[L]a aplicación efectuada del art. 4º de la ley 22.278 ha sido correcta, en tanto dicha disposición es clara cuando faculta al juez a aplicarle una sanción al menor, aún reducida en la forma prevista para la tentativa (...) es esta necesidad de pena (en su caso, la aplicación de la escala reducida prevista para la tentativa), orientada preponderantemente por los fines de resocialización del menor, lo que debe ser fundado por el juez, lo cual en modo alguno puede ser interpretado como una regla que determine que la pena máxima a imponer a los menores sea la contenida en el art. 44 del C.P (...) El reconocimiento de esa prerrogativa facultativa al magistrado competente, implica su consiguiente obligación de fundamentar en cada caso particular qué medida resulta más conveniente adoptar en aras de la resocialización del menor (...)"⁴⁸.

Ahora bien, aun para esta corriente es interesante poner de resalto también ciertos esfuerzos interpretativos para determinar la necesidad y el monto de la pena a imponer a un niño. Así, por ejemplo:

"[L]a comparación entre la situación personal del niño al cometerlo, y la situación y desarrollo estimados según criterios específicos —resultado de la observación y tratamiento— permiten establecer un cuadro de su evolución y formarse un juicio acerca de la necesidad de aplicación de la pena y de su medida. En cualquier caso el tope estará constituido por el injusto y la culpabilidad, y la medida de la pena en un grado menor al correspondiente al reproche de culpabilidad, enmarcada en la escala penal ordinaria o aun en la reducida según la forma prevista para la tentativa. De tal suerte que la reducción de la escala según el art. 44 tiene virtualidad en dos momentos: a) en el momento medir el reproche de culpabilidad adecuado a un niño de entre dieciséis y dieciocho años de edad, en el que es relevante tomar en cuenta la naturaleza y gravedad del daño cometido, su edad concreta, su situación personal, y su capacidad de comprensión del injusto y de determinarse conforme a esa

⁴⁷ CNCP, Sala III, causa n° 9.472, "B., D. H. s/recurso de casación", del 29/12/2008, del voto de la jueza LEDESMA.

⁴⁸ CNCP, Sala IV, causa n° 7.344, "C., L. W. R. s/recurso de casación", del 2/3/2009, del voto del juez HORNOS.

comprensión; b) establecida la medida del reproche merecido por el hecho, en el momento de evaluar la evolución del imputado operada desde el momento del hecho, según los indicios de la observación y resultado del tratamiento. Mientras que una evolución que indique que el imputado ha adquirido sentido de los valores de la moral pública, o hábitos o conductas que llevarían a pensar que no son de esperar de este nuevos delitos, y que respetará los derechos de los demás, entonces la absolución será la indicada, en un campo intermedio, un esfuerzo del imputado en ese sentido podría dar base a una reducción de la escala penal en la forma prevista para la tentativa, aunque su culpabilidad por el hecho no hubiese justificado esa reducción. Una evolución en sentido contrario, determinada por la observación y resultado del tratamiento tutelar, lleva a excluir la aplicación de la escala modificada (...)"⁴⁹.

4.2.1. ¿EL FALLO "MALDONADO" SE REDUCE SOLO A FIJAR UNA MENOR PENA QUE LA CORRESPONDIENTE A UN ADULTO? EL FALLO "AYALA"

En este acápite se abordará otro fallo del Máximo Tribunal del país que retoma la línea argumental planteada en "Maldonado"⁵⁰. En este caso la Cámara Primera en lo Criminal de la Ciudad Capital de la provincia de Formosa condenó a D. A. A. y E. G. C. a la pena de dieciséis y quince años de prisión, respectivamente, como autores del delito de homicidio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió, sin mayor fundamento, que el recurso extraordinario era inadmisibile en los términos del art. 280 del CPCCN y por esa razón, de conformidad con lo dictaminado por el Procurador Fiscal, lo declaró improcedente.

Por su parte el Procurador Fiscal, al contestar la vista que le fuera conferida, había formulado las siguientes opiniones generales:

"[L]a recurrente se ha ceñido a sostener que la aplicación de la disminución de la escala penal en el caso de menores resultaba obligatoria, a partir de su propia interpretación del precedente 'Maldonado'. Igualmente, no aprecio que lo haya vinculado al caso concreto en tanto que, más allá del carácter que se le quiera asignar,

⁴⁹ CNCP, Sala II, causa n° 9.751, "R., M. A. s/recurso de casación", rta. el 5/5/2010, del voto del juez GARCÍA.

⁵⁰ CSJN, "Ayala, Diego Adrián; Cabrera, Eber Gabriel s/homicidio doblemente calificado", del dictamen del Procurador Fiscal al cual se remitió la mayoría del Tribunal, del 24/8/2010.

lo cierto es que en el *sub judice*, al momento de determinar la pena, el tribunal tuvo en cuenta que C. era menor y le aplicó una pena que se encuentra dentro de los límites legales admitidos para la tentativa del delito por el que fue condenado e, incluso lo diferenció del otro imputado, quien apenas era unos meses mayor, al imponerle un año menos en atención a la edad que registraba al momento del hecho —17 años— (...) Es más, el fallo destaca justamente la conveniencia de no dictar una condena más elevada (...) pese a la gravedad del hecho en atención a la juventud de sus autores (...)"

Aquí viene el punto neurálgico del problema estudiado:

"[S]in perjuicio de la mejor inteligencia que la Corte pueda hacer de sus propios precedentes, no puedo dejar de mencionar que a mi entender no surge de las citas del caso publicado en Fallos, 328:4343 que realiza la defensa y que se corresponden con los parágrafos 32, 33 y 40 del voto mayoritario, la obligatoriedad de la reducción de la pena, sino que ella debe ser inferior a la impuesta a un adulto en igualdad de circunstancias (vid especialmente considerando 40 *in fine*) extremo que, reitero, fue cumplido en el *sub judice*, donde se tuvo en cuenta la juventud de ambos, solo que uno apenas había superado los dieciocho años y el otro —a quien se impuso pena menor— se encontraba próximo a cumplirlos al momento del suceso (...)"

Como puede advertirse, esta posición de la Corte Suprema que rechaza el recurso extraordinario "de conformidad" con el dictamen del Procurador Fiscal, ¿puede subsanar la discusión en el sentido de que del fallo "Maldonado" no surgiría la reducción obligatoria de la pena a la escala de la tentativa?

Se impone la opinión en sentido negativo por varios fundamentos.

En primer lugar, porque la Corte Suprema en ningún momento hace suyos los argumentos del Procurador (como sí lo hace en otros precedentes, cuando quiere dejar en claro su postura), sino que declara inadmisibile el recurso por aplicación del art. 280 del rito civil y comercial con la fórmula "de conformidad con", de la cual no puede extraerse directamente que el Máximo Tribunal haya estado de acuerdo con los fundamentos, sino, antes bien, con la solución.

En segundo lugar, porque el párrafo en el cual el Procurador Fiscal sostiene que la reducción de la pena a la escala de la tentativa no es obligatoria es en realidad un *obiter dictum* dado que el caso había quedado resuelto en el párrafo anterior, en el cual el

Procurador Fiscal sostuvo que no existía agravio toda vez que la pena aplicada se encontraba, en cualquier caso, dentro del margen previsto para el delito tentado.

Con lo expuesto queda claro que el precedente "Ayala" no complementa ni aclara los alcances del fallo "Maldonado" en el sentido estudiado en este trabajo.

De todos modos sería deseable, en función de los principios de igualdad ante la ley y seguridad jurídica, y en consonancia con el "deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares"⁵¹, que en asuntos que involucren derechos fundamentales —en particular de grupos especialmente protegidos como lo son los niños—, el Máximo Tribunal de la Nación sea más preciso y claro en cuanto a cuál es el criterio que surge de su propia jurisprudencia al precisar y acotar las posibilidades de interpretación así como al referir a precedentes directamente relacionados con los asuntos tratados⁵².

⁵¹ Del dictamen del Procurador (el cual la Corte hizo suyo) en el fallo "Fermín" (CSJN, Fallos: 331:1664).

⁵² En ocasiones la Corte no ha definido con claridad cuál es la doctrina que surge del fallo. Son fiel ejemplo de ello aquellos casos en los que la Corte se remite a un precedente anterior que, supuestamente, trataba el mismo problema, pero que en realidad analizaba un asunto completamente distinto. Eso sucedió, entre otros, en los casos "Norverto" (N. 326 XLI "Norverto, Jorge Braulio", 23/4/2008) y "Sotelo" (S. 207. XLIV. "Recurso de Hecho, Sotelo, Rubén Anibal s/causa n° 7783", 21/10/2008). En "Norverto" la Corte remitió al fallo "Acosta" (CSJN, Fallos: 331:858), que había resuelto ese mismo día. El problema es que si bien en ambos casos se discutía la posibilidad de otorgarle al imputado la suspensión del juicio a prueba, en "Acosta" la Corte había adoptado la llamada "tesis amplia" con relación al monto de la pena y en "Norverto" lo que se había discutido en las instancias inferiores era el obstáculo de la pena de inhabilitación y la extemporaneidad del planteo (temas no tratados en "Acosta"). Algo similar ocurrió en el fallo "Sotelo", en donde la Corte se remite a "Quiroga" (CSJN, Fallos: 327:5863). Nuevamente, en ambos casos se discutía el mismo instituto: el procedimiento de consultado reglado en el art. 348 del CPPN, ante el pedido de sobreseimiento del fiscal. Sin embargo, en "Quiroga" la consulta se había enviado (como lo dice el Código) a la Cámara mientras que en "Sotelo" la consulta se había enviado al fiscal de Cámara. La diferencia no era para nada menor, pues según el criterio que venía sosteniendo el Procurador (a quien no se le dio vista en "Sotelo") si la consulta se realizaba directamente al fiscal de Cámara no existía ningún problema de constitucionalidad, en tanto sí la había sí se realizaba a la Cámara.

5. Conclusiones

De lo expuesto pueden concluirse tres puntos coincidentes entre los distintos intérpretes de los textos legales analizados en este trabajo.

Por un lado, no existen dudas de las exigencias derivadas del derecho constitucional de imponer a la culpabilidad por el hecho como límite de la medida de la pena.

Asimismo, tampoco existen dudas en cuanto a que la persona menor de 18 años de edad, por su particular condición, presenta una culpabilidad disminuida no contrastable empíricamente sino supuesta normativamente en forma genérica: el niño tiene una culpabilidad disminuida. De ello se sigue, inexorablemente, que si la medida de la pena no puede superar a la medida de la culpabilidad y dado que el niño tiene una culpabilidad disminuida, la pena aplicable debe ser menor, en iguales condiciones que la aplicable a un adulto.

El punto sobre el cual parece no haber acuerdo es el relativo al modo en el que se construye esa diferencia. Así, en el Dictamen del Procurador Fiscal en el caso "Ayala" —que no modifica el precedente "Maldonado" conforme lo analizado previamente— se sintetiza la posición que establece que la pena debe ser menor que la que corresponde a un adulto y, como en ese caso también había un adulto imputado, la diferencia se estableció con relación a aquel: la pena del niño debe ser menor que la de su consorte de causa mayor de 18 años al momento del hecho.

El problema de esa postura radica, fundamentalmente, en la imposibilidad de establecer un parámetro mínimamente preciso que permita, en la generalidad de los casos, construir la diferencia. ¿Si no hay un adulto imputado, se debe construir en abstracto la respuesta penal que le correspondería y, luego, reducirla en función de la minoría de edad? Y lo que es más difícil: ¿cuánta pena debe reducirse? ¿Debe medirse nominalmente (un día, un mes, un año, como se hizo en el Dictamen del Procurador en el precedente "Ayala") o proporcionalmente (un tercio, un cuarto, la mitad)?

La solución que no acepta la obligatoriedad de la reducción a la escala de la tentativa abre la puerta a la arbitrariedad del juzgador al no establecer parámetros claros en cuanto a cómo debe reducirse y en qué medida. Atenta, por sobre todo, contra la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, en la medida en la que no puede preverse cuál será la respuesta punitiva que se dará ante

situaciones iguales (todos los niños tienen culpabilidad disminuida y en la misma medida).

Por lo tanto, la respuesta más razonable y respetuosa de los derechos constitucionales del imputado menor de 18 años de edad es la que impone como obligatoria la reducción de la pena a la escala de la tentativa. Esa es la solución que debe derivarse en definitiva del precedente "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.