

Cuando la necesidad es hereje

Acercas de la aplicación de pena juvenil y los criterios para evaluación.

Y sobre la utilidad de esa evaluación
(Los “por qué vs. Los “para qué”)

Convención de los Derechos del Niño.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

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;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Convención de los Derechos del Niño.

Artículo 40.-

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

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Ley 22.278

Artículo 4º. La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2º estará supeditada a los siguientes requisitos:

1º) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2º) Que haya cumplido dieciocho años de edad.

3º) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un 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 2º.

Según Maldonado Fuentes, en la actualidad constituye casi un lugar común el que se sostenga que los sistemas penales deben considerar disposiciones relativas al tratamiento de los delitos cometidos por menores de edad sobre la base de modelos de responsabilidad considerados especiales.

En concreto, se postula la posibilidad de hacer efectiva su responsabilidad, a pesar de su minoría de edad, en términos o bajo condiciones diversas a las que propone el sistema penal general o de adultos, orientados, fundamentalmente, por consideraciones que parecieran extraer efectos del hecho de que se trata de individuos que (aún) no cuentan con el reconocimiento de las capacidades atribuidas a los mayores de edad. (Maldonado Fuentes, F. “Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes”, Revista de Derecho · Escuela de Postgrado N° 5, julio 2014, Páginas 17 – 54.)

- Hasta ahora, desde el punto de vista técnico legislativo, la experiencia comparada indica que los modelos prevén reglas especiales de imputabilidad, de juzgamiento y de sanción. Las variaciones están dadas por el límite mínimo de reproche penal, y la segmentación etárea conforme la gravedad del delito.
- Sin embargo, los modelos actuales en DPJ siguen erigiéndose en lo que hace a las razones de intervención, sus formas y objetivos en base a lo que el ordenamiento establece para los adultos
- No se han dado avances serios aún en la construcción teórica de un derecho penal particular del niño – adolescente, que refleje su posición ante el derecho y la sociedad desde una perspectiva global, y holística
- Algunas leyes reaccionan de manera particular cuando un niño comete un delito muy grave: para los otros delitos no sería juzgado, pero para esos, sí. Es un espacio de reserva retribucionista incompatible con los derechos humanos de los niños de la Convención

- La necesidad de pena se proyecta tanto de lege ferenda, como de lege lata, operando desde una doble perspectiva: desde la combinación penal abstracta y desde la imposición concreta de la pena.
- Mientras que el primer aspecto está vinculada al principio de intervención mínima como la última ratio del Derecho Penal, **en la segunda se relaciona con la fijación individualizada de la pena y a la aplicación y/o suspensión de la pena, y/o aplicación de sustitutivos penales, lo que redundaría en una nueva dimensión del principio de necesidad: la de la aplicación *material* de la pena.**

Se ha afirmado que la necesidad de la pena exige de ella que sirva:

1. para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino que
2. ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y
3. cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural.

La afirmación que sostiene que el adolescente frente al delito, en tanto persona en formación y desarrollo, posee una culpabilidad disminuida, se ha transformado en un principio prudencial.

Así la CSJN sostuvo que en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena. (Fallos 328:4343)

Si se comprende el alcance de la influencia de esta noción, estaríamos en presencia de *un nuevo paradigma en el DPJ*: justificar expresamente la *necesidad* de sancionar al joven, desprendiéndose entonces del automático mecanismo de declarar la culpabilidad del individuo y aplicar la pena consecuente.

De esta manera, el juicio penal tiene momentos: uno para afirmar la responsabilidad penal, y otro distinto para merituar la necesidad de la faz punitiva.

Así, el principio de Necesidad opera limitando la discrecionalidad judicial tanto en la oportunidad como en la cuantía punitiva, al mismo tiempo que tributa a la reinserción social del joven y a la protección integral de sus derechos.

El principio de Necesidad de la Pena prohíbe vulnerar la dignidad del joven.

**MOMENTOS
DE LA PUNIBILIDAD
JUVENIL**

COMPROBACION DEL
DELITO

RESPONSABILIDAD
PENAL

MERITO DE LA NECESIDAD
DE PENA

ANALISIS DE LOS CRITERIOS
DE NdP

JUSTIFICACION DE LA CUANTIA
PUNITIVA (minima intervenció)

Tengamos en cuenta asimismo que los cimientos de nuestro sistema penal juvenil han quedado seriamente conmocionados con el caso “Mendoza y otro vs. Argentina” de la CIDH, donde quedó cuestionada la ley 22.278 – nuevamente ante la aplicación de la pena perpetua a menores – y en una interpretación dinámica del derecho penal nacional frente al Pacto de San José de Costa Rica, llegó a la conclusión que tratándose de niños y adolescentes, la sanción privativa de libertad no podía superar los 15 años de prisión.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos le ha dicho al Estado Argentino que la sanción penal adecuada a un niño debe guardar íntima relación con su interés superior, su reinserción social y la protección de sus derechos esenciales, sin atender a la escala punitiva prevista por el Código Penal para el delito de que se trate, o sea, el quantum punitivo deberá ser adecuado y proporcional

Sintéticamente, a partir de este precedente, en nuestro país la sanción penal aplicable a un adolescente entre los 16 y los 18 años de edad tiene un techo de 15 años de prisión, y el monto de pena deberá fijarse de modo tal que responda a los parámetros previstos por el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre los Derechos del Niño:

- 1) de ultima ratio y de máxima brevedad;
- 2) de delimitación temporal desde el momento de su imposición; y
- 3) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad para su finalización anticipada.

Cabe entonces indagar acerca del cómo se construye la sanción penal juvenil, dado que nuestra ley 22.278 requiere previamente a su fijación evaluar el resultado de un tratamiento tutelar de – por lo menos – un año, lo que requiere establecer cuáles son los parámetros positivos que deben alcanzarse en ese lapso para que la pena sea innecesaria, dado que el primer norte de ese tratamiento debe procurar la absolución.

La propia Ley no ofrece pauta alguna orientativa respecto de los objetivos y medios que el tratamiento tutelar debe tener para la consecución del mejor resultado posible para el joven infractor. Esta ausencia se justifica por el origen de la norma y el pensamiento dominante al tiempo de su sanción, otorgándole al juez un campo discrecional de apreciación acerca de la orientación que debía tomar este tratamiento.

Esta falla de la ley actual, inevitable por otro lado al tiempo de su sanción, no ha sido corregida por modificaciones posteriores, y tampoco se advierte su resolución en los numerosos proyectos de nuevo régimen penal juvenil, más allá de la enunciación de los principios especiales que rigen la materia.

Hasta ahora se ha verificado que los jueces no toman mayores recaudos durante el proceso penal para orientar el tratamiento tutelar que manda la ley, conformándose a lo sumo con informes ambientales, o reportes de agencias estatales de seguimiento afectadas a los juzgados penales de menores, o alguna pericia psicológica que denote algún progreso cognitivo en el joven infractor para de este modo evaluar su desarrollo personal durante la intervención judicial, y así dar por satisfecho este período de observación, para decidir la aplicación o no de pena.

La ausencia de reglas o criterios en la ley local respecto al propósito de las medidas o sanciones socioeducativas a jóvenes infractores no es óbice para que su identificación y especificación pueda llevarse a cabo por labor de los jueces.

La indeterminación legal favorece en este caso a la imaginación y pericia del juez, para dotar de sentido y objetivos al tratamiento tutelar que impone la ley 22.278 como requisito previo al ejercicio de la faz punitiva.

Si el magistrado penal juvenil incluye en algún momento del proceso al joven en algún programa de reintegración social, debe orientar este abordaje a través de criterios de acción que generen en el adolescente y la sociedad compromisos ciertos para que aquel eluda la pena, pero a su vez alcance las metas y/o finalidades que la CDN enuncia en el art. 40 antes citado.

- Las legislaciones especiales del presente Siglo han puesto **énfasis en la organización institucional y social de programas destinados a la ejecución de las sanciones penales juveniles.**
- Sin perjuicio del aspecto sancionatorio, hacen hincapié **en la reintegración al medio social y familiar**
- Cuando la medida (provisoria o sancionatoria) implica la privación de libertad, **las leyes imponen la elaboración de planes o estrategias personalizadas.**
- Se llame Proyecto Educativo Personal (Portugal) o Plan Individual de Atendimiento (Brasil), su diseño y desarrollo es obligatorio para el Estado a fin de cumplir con **las medidas socioeducativas** que suponen las **sanciones penales juveniles.**
- Para ello es **fundamental la evaluación integral del joven**, partiendo de al detección de los factores de riesgo y orientándose al fortalecimiento de su personalidad

Que es fundamental considerar en la evaluación integral del joven?

- a) **Necesidad de educarlo para la paz** mediante:
- la descripción de las consecuencias de la gravedad de los actos cometidos,
 - la disminución de la confianza de terceros hacia el joven,
 - el daño personal en la víctima,
 - sufrimientos padecidos por el joven durante el proceso, o durante la condena,
 - aprendiendo a resolver los conflictos sin violencia.
- b) **Necesidad de su integración familiar, social y laboral:** las bases mínimas para que el joven pueda pensar y construir proyectos tendientes a esa integración.

La evaluación siempre debe ser compartida con el joven y contar con su adhesión.

Ponderación de los factores de riesgos

- Fragilidad de lazos familiares
- Baja supervisión parental
- Fracaso y/o abandono escolar
- Baja vinculación con el sistema escolar
- Asociación con grupos de pares con comportamientos desviados, o socialización en contextos sociales que favorecen la identificación con modelos de conducta “delincuente”.
- Inexistencia de una ocupación estructurada del tiempo
- Experiencias sucesivas auto-desvalorizantes / reducida inclusión en actividades favorecedoras de la autoestima.
- Inexistencia/ descreimiento en un proyecto de vida personal y social.

Importancia de intervenir sobre los factores de riesgo y reforzar los factores de protección

Vectores claves de las sanciones penales juveniles socio - educativas:

- Internalización de las normas y valores jurídicos.
- Cumplimiento de reglas: familia, escuela y trabajo.
- Aprendizaje/refuerzo de rutinas prosociales: familia, formación/educación, trabajo, actividades deportivas, etc.
- Asunción de compromisos: cumplimiento de reglas/ horarios, cumplimiento de metas y objetivos.
- Inclusión en actividades favorecedoras del proyecto de vida prosocial: formación profesional, emprendimientos económicos, desempeño de oficios.
- Participación en experiencias y actividades favorecedoras de una mayor auto-estima.
- Reparación a la víctima y/o comunidad.