



Niñas, niños y adolescentes

La incidencia del tratamiento tutelar en el proceso penal nacional y particularmente en la decisión acerca de la restricción o no de la libertad ambulatoria del presunto infractor

Por Nahuel Alberto Felicetti, Secretario a cargo de la Secretaría nro. 11 del Juzgado de Menores nro. 4

VOCES: Proceso Penal. Niños, niñas y adolescentes. Tratamiento tutelar. Restricción de libertad ambulatoria durante el proceso (internación). Restricción de la libertad ambulatoria por condena firme (pena).

1. Introducción

1.1. Normativa aplicable. La ley 22.278, la posibilidad de imponer medidas tuitivas, y su tensión con el principio de inocencia

Para abordar la temática referente a la privación de la libertad en el marco de procesos penales seguidos a niños, niñas y adolescentes en las dos formas en que ello puede suceder, sea contemporáneamente al proceso en la incidencia tutelar, o ante su culminación con el dictado de una sentencia condenatoria, se presenta como ineludible señalar el marco normativo aplicable, nuestro bloque constitucional –integrado por la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos de igual jerarquía en función de lo dispuesto en el artículo 75.22 de la primera-, y las leyes, especialmente la 22.278, referente al régimen penal aplicable a niños, niñas y adolescentes

La ley mencionada, originariamente complementaria de la Ley de Patronato de Menores 10.903¹, consta tan sólo de 13 artículos². En su primer artículo se establece la inimputabilidad para quienes no hubieren cumplido los dieciséis años respecto de todo delito, y para quienes no hubieren cumplido los dieciocho respecto de aquellos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no excediera los dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

El mismo artículo 1ero. en su segundo párrafo le asigna al juez de menores una jurisdicción adicional a la estrictamente punitiva, que plantea una distinción fundamental con el proceso penal respecto de los mayores de edad: se trata de la jurisdicción tutelar, que nace junto con la otra, pero es independiente, en este sentido reza la norma que “si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre”; en la práctica, se forma un incidente tutelar donde se da cumplimiento a la norma transcrita, y en cuyo marco el joven contará con asistencia técnica y el fiscal no reviste la calidad de parte³, ello en

¹La Ley de Patronato de Menores 10.903, fue promulgada en 1919 y supuso el ingreso de los menores carentes como asunto de política pública a nivel nacional, aunque la regulación esencial se vinculaba con aquellos menores de edad vinculados con delitos –tanto como autores, como víctimas- y eventualmente con faltas y contravenciones. La ley a su vez fue derogada por la ley nro. 26.061, promulgada en octubre de 2005. BELOFF, Mary, “Constitución y derechos del niño” en David Baigun, et. al., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 771/772.

²Sobre la evolución en la regulación referida al proceso penal respecto de niños, niñas y adolescentes, ver CILLERUELO, Alejandro Rodolfo, *Teoría del delito y su reflejo jurisprudencial*, Buenos Aires, editorial Cathedra Jurídica, 2017, al comentar el fallo Maldonado (Fallos 328:4343), p. 286/299.

³Así dijo la C.S.J.N. (cuando aún la ley 10.903 se hallaba vigente) en el voto mayoritario: “...9º) Que el juego armónico de las normas transcritas en el considerando anterior y habida cuenta de que propenden a la protección integral de los menores, lo que permite afirmar su finalidad eminentemente tuitiva, resulta que, para coadyuvar el cumplimiento de esa finalidad, el reglamento de la Cámara de la que depende el juez interviniente dispone el carácter secreto del expediente de disposición tutelar y que **en dicho expediente sólo pueden ser parte los padres o tutores de los menores dispuestos y el representante tutelar del Ministerio Público de Menores**, quienes son los únicos legitimados para interponer recursos. No puede seguirse como consecuencia de esta interpretación menoscabo alguno a los derechos que pudieren asistir a las demás partes en el proceso principal, pues el objeto del presente incidente es el

consonancia asimismo con lo dispuesto en el artículo 130 del Reglamento para la Jurisdicción Criminal y Correccional de la Capital Federal

A diferencia de lo que sucede respecto de los procesos seguidos contra personas mayores de edad, donde la injerencia estatal -en cuanto a restricción de derechos- se produce con la imposición de una pena, y sólo excepcionalmente antes mediante la imposición de medidas cautelares –como el embargo o la prisión preventiva, dirigidas a fines concretos, como por ejemplo el aseguramiento de la realización del juicio y la eventual imposición de la pena, o la satisfacción de las costas del proceso o eventual reparación de daños ocasionados-, respecto de los niños, niñas y adolescentes sucede una tensión entre la inmediata aplicación de medidas tutelares que habilita la ley 22.278, con las garantías constitucionales -específicamente con la presunción de inocencia de que goza todo imputado, consagrado en el art. 18C.N.-. En el sentido apuntado, la disposición tutelar comienza desde el momento mismo en que el menor presumiblemente cometió un hecho, pudiendo imponer el juez el cumplimiento de medidas tuitivas de la más variada índole (art. 1, párrafos 2 y 3 de la ley 22.278), mientras que el menor debe ser considerado y fundamentalmente tratado como inocente, hasta tanto una sentencia firme lo declare culpable, como consecuencia principal derivada del principio de inocencia⁴, contenido tanto en la Constitución, como en la Convención sobre los Derechos del Niño. La norma -22.278- tratada fue declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo García Méndez⁵.

resguardo de la salud física y moral de la menor que eventualmente pudiere ser víctima de un delito (art. 14 de la ley 10.903), y no la discusión sobre cuestiones referentes a su filiación u otras de naturaleza civil, las que deberán resolverse, en el caso de ser planteadas, en la sede judicial correspondiente.”, y en el considerando 10) del mismo voto, ya respecto del caso en concreto “Además, **se ha conferido intervención al fiscal, que no es parte en este tipo de expedientes** en los que el orden público está resguardado, conforme a la exigencia de la ley, por el Defensor de Pobres, Incapaces y Ausentes ante los Tribunales Federales (vistas de fs. 72, evacuada a fs. 73; de fs. 342, evacuada a fs. 399 vta.)”. Fallos 312:1583, José Severo Caballero – Augusto César Belluscio – Carlos S. Fayt (en disidencia) – Enrique Santiago Petracchi (en disidencia) – Jorge A. Bacqué. Los resaltados nos pertenecen. En idéntico sentido y más cerca en el tiempo CCrim y Corr., Sala VII, voto de los jueces Juan Esteban Cicciaro – Abel Bonorino Peró, causa 31181-7 autos “V. O., A.”, rta.: 12/03/2007, citado indirectamente de CILLERUELO, Alejandro Rodolfo, *El proceso de flagrantia*, Buenos Aires, editorial Ad-Hoc, 2017, p. 134/136.

⁴CILLERUELO, Alejandro Rodolfo, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, editorial Ad-Hoc, 2018, p. 623/624.

⁵Fallos 331:2691. Citado por CILLERUELO, idem, p. 624.

La disposición tutelar sobre los niños, niñas y adolescentes puede cesar en cualquier momento por decisión fundada, y cesará de pleno derecho una vez cumplida la mayoría de edad, conforme lo dispuesto en el último párrafo del artículo 3 de la ley 22.278.

2. Las medidas tuitivas: libertad de disposición por el Juez

2.1. Significado de las medidas tuitivas. Panorama general

Ni la ley 22.278 establece taxativamente las medidas de orden tutelar que el juez de menores puede disponer, como tampoco existe una limitación en ese sentido en otras normas aplicables a la materia, como la Convención sobre los Derechos del Niño⁶. En el orden convencional sí se mencionan medidas aplicables a los jóvenes pero a título ejemplificativo, y se establece en forma expresa la finalidad que deberán perseguir, así se señala que *“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”* (art. 40.4 C.D.N.). Asimismo surge de dicho ordenamiento el carácter preventivo especial, esto es, en favor de la persona respecto de quien se aplican, para su *reinserción* en la sociedad, y por ello mismo se establece que debe buscarse *“...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”* (art. 40.1 de la C.D.N.).

De esta forma entonces, respecto a estas medidas tuitivas, no existen una restricción impuesta por la ley en cuanto a cuáles puede imponer el juez y cuáles no, a modo de *numerus clausus*, sino que se otorga al juez un amplio margen para su determinación. A partir del momento en que el Juez decide disponer provisionalmente del menor, se da inicio al tratamiento tutelar⁷, que supone la adopción de una serie de medidas intrusivas en la vida del joven, que pueden vincularse con diversos aspectos,

⁶Esa convención es aplicable a nuestro derecho interno por la incorporación de los tratados de derechos humanos establecida en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, poseyendo igual jerarquía a esta última.

como la imposición de retomar la escolaridad, informes en su domicilio (art. 2, párrafos primero y segundo de la ley 22.278), como así también vinculados con la restricción o no su libertad. Como medidas en concreto puede ejemplificarse con el acceso a capacitación profesional, otorgamiento de becas y ayudas a fin de garantizar la concurrencia a un establecimiento educativo o sometimiento a un tratamiento contra las adicciones⁸.

Ahora bien, no debe entenderse que la elección de las medidas a adoptar sea una cuestión meramente discrecional del Juez, sino que para ello será determinante la realización de diferentes informes que incidirán justamente en el dictado de medidas de distinta intensidad, y con objetivos particulares en concreto. Así, el juez contará con el auxilio de equipos interdisciplinarios⁹ que tomarán contacto directo con el niño, como así también con su grupo o referentes familiares, para abordar su eventual problemática, y dispondrá en consecuencia las medidas que estime pertinentes, siempre en función también, del fin de carácter preventivo especial que éstas necesariamente deben perseguir. Claro está que la racionalidad estará dada, antes que nada, en la satisfacción de necesidades y derechos de los cuales careciere el niño, niña o adolescente.

Cabe aclarar que no debe abandonarse a nuestro criterio la idea retributiva del derecho penal en el proceso penal seguido a jóvenes, por la comisión del hecho, ya que el menor debe ser consciente de las consecuencias que acarrea su acto; pero esta idea tendrá un lugar relevante al momento de la imposición de la pena, y no durante el tratamiento tutelar, donde son las ideas preventivo-especial positivas las que deben imperar, con independencia de que durante el tratamiento tutelar se busque también la concientización del joven.

⁷ Procesalmente como dijéramos, se formará un legajo tutelar, donde el joven gozará del mismo derecho de defensa que posee en la causa principal, así, será asistido por un asesor de menores, y tendrá asimismo derecho a que las decisiones que allí se tomen puedan ser recurridas y tratadas por un superior al juez.

⁸ BELOFF Mary, et. al., “La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la ley 22.278: apuntes para un balance”, en *Régimen de los menores de edad*, (Dir. Solari, Néstor Eliseo y Benavente, María Isabel), Buenos Aires, editorial La Ley, 2012, p. 427.

⁹ Reza el artículo 125 del Reglamento para la Jurisdicción Criminal y Correccional de la Capital Federal que “A los efectos de dar cumplimiento con el seguimiento a practicarse en los expedientes de disposición labrados por los jueces de menores, los magistrados contarán con la colaboración de los delegados inspectores que integran el Cuerpo de Delegados Inspectores, dependiente de la Presidencia de la Cámara...”.

2.2. Medidas tutelares dispuestas a fin de garantizar derechos. Necesario énfasis en el carácter educativo en dichas medidas

El joven presenta una realidad distinta al adulto, su diferenciación radica ya en el plano del ser. Las razones estriban en que se reconoce en el niño o joven una madurez distinta a la del adulto, por no haber concluido en su caso la evolución fisiológica, por ello su inmadurez es inherente a su edad, y genera consecuentemente la exclusión de su responsabilidad. No se examinan en ningún caso las aptitudes ético-intelectuales del joven que aún no tuviera los 16 años de edad, sino que se presume sin admitir prueba en contrario que carece de capacidad de culpabilidad.

Los profesores alemanes Maurach, Gössel y Zipf advierten en el joven una determinada condición psicológica, caracterizada por la prevalencia del instinto frente al intelecto y la fuerza de voluntad, lo que le dificulta “la actualización de las capacidades fundantes de su responsabilidad, en comparación con un adulto”¹⁰; a la vez que posee una amplia o importante accesibilidad a la educación, por lo que se propone que dentro de los medios de reacción frente a los jóvenes juegue un papel preponderante las medidas de orden educativo¹¹. Esto no significa la inobservancia del carácter punitivo del derecho penal, y es que el joven -en nuestro caso, aquél punible-, posee comprensión de la culpabilidad, de modo tal que aún en el derecho penal juvenil la pena es también compensación de culpabilidad¹².

Sintetizando la cuestión, con los autores citados, es posible sostener que “La disminuida culpabilidad y la mayor receptividad a la adecuación del joven permiten aquí incluso poner, en cierta medida, a la prevención especial mediante la educación por sobre la compensación de culpabilidad”¹³, de modo tal que, si bien este último criterio debe ceder frente al primero, no puede tampoco renunciarse a él por completo. En cualquier caso, deberán jugar un papel preponderante las medidas de índole educativa.

3. Privación de la libertad del joven

¹⁰ MAURACH, Reinhart, et. al, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, editorial Astrea, 1995, p. 909, nm. 3.

¹¹ Ídem, nm. 4.

¹² Íbidem.

¹³ Íbidem.

3.1. Privación de la libertad durante el proceso: la internación

Como sabemos, la única medida de restricción de la libertad desde el formal inicio del proceso penal hasta el momento de la sentencia respecto a personas mayores de edad la constituye la prisión preventiva, medida que, a partir del fallo plenario Díaz Bessone¹⁴ se entiende procedente en casos en que concurran los peligros procesales de fuga o entorpecimiento de la investigación (artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación); pero esta medida de cautela personal se encuentra expresamente vedada para los niños, niñas y adolescentes, conforme lo dispuesto en el artículo 315 del C.P.P.N., que establece que “las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica”.

La restricción de la libertad ambulatoria en supuestos de niños, niñas y adolescentes, sólo puede ordenarse en el marco de la disposición tutelar, aunque esa disposición e internación no son lo mismo: el menor dispuesto puede ser privado de su libertad en caso de entenderse que corresponde su internación, mientras que no puede internarse a quien no se ha dispuesto tutelarmente¹⁵, se trata de una relación de género-especie. Esto no significa otra cosa que la internación del menor, como modo privativo de la libertad, es un tipo de medida de disposición tuitiva.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 37 distintos principios rectores. El primero y más importante lo constituye la excepcionalidad de tal restricción: su utilización como medida de último recurso y durante el lapso más breve posible (37.b), pero también se exige la exclusión de la pena capital o perpetua (37.a), el trato de la persona privada de la libertad con humanidad y atendiendo a su dignidad, con especial atención y en consideración a su edad (37.c), separado de adultos y viendo garantizado el contacto con su familia (mismo 37.c), y por último la garantía de la defensa en juicio, pero con especial énfasis a su estado de privación de la libertad, debiendo contar con la posibilidad de impugnar la legalidad de la medida, como así también una pronta respuesta a su respecto (37.d).

En virtud de la naturaleza de la privación de la libertad, el carácter de mínima intervención y *ultima ratio* de la privación de la libertad en el supuesto de los menores

¹⁴ Cámara Federal de Casación Penal, Acuerdo 1/08, Plenario 13, autos “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley” rta.: 30/10/2008.

¹⁵ TERRAGNI, Martiniano, *Proceso penal juvenil, práctica y jurisprudencia*, Buenos Aires, editorial La Ley, 2015, p. 112.

de edad, en su sentido de último recurso al que se debe acudir¹⁶, genera varias consecuencias, inicialmente el deber de examinar exhaustivamente si corresponde o no su aplicación. En el mismo sentido señala Terragni que “...la prisión, encarcelamiento o detención de un niño deberá llevarse a cabo de conformidad con la ley, como medida de último recurso y por el tiempo más breve posible. La regla es la libertad...”¹⁷. Sobre esta cuestión se pronunció la Corte IDH, al señalar que la prisión preventiva constituía la medida de mayor severidad aplicable a un imputado, de forma tal que su disposición debía tener carácter excepcional¹⁸, y que en casos de niños, la regla debía ser la aplicación de medidas sustitutorias¹⁹. En cuanto a los lugares en que un niño, niña o adolescente pueda ser alojado, en el ámbito nacional se puede ejemplificar con comunidades terapéuticas, residencias socioeducativas, o institutos de régimen cerrado.

Pero además, y derivada de la misma idea, una vez dispuesta la internación durante el proceso se debe establecer un seguimiento constante, ya que de verificarse la ausencia de los elementos que llevaron a adoptar la medida, la privación de la libertad deberá cesar²⁰. Esto presupone por parte del Juez de Menores un conocimiento constante de la situación del menor, a partir de los informes que periódicamente se efectúan, tanto en los institutos donde se encuentre alojado, como incluso en la sede de los tribunales –

16[□]Sobre la cuestión, ver CILLERUELO, Alejandro Rodolfo, *El proceso de flagrancia...*, cit., p. 143 y CILLERUELO, Alejandro Rodolfo, *Teoría del delito...*, cit., en el comentario al fallo Maldonado (Fallos 328:4343). Estos estándares se encuentran expresamente previstos en el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que los Estados velaran por que... 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. El criterio a su vez fue sentado por Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bulacio vs. Argentina, del 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 135, referenciado en BELOFF, Mary, et. al., *Convención sobre los Derechos del Niño, comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, editorial La Ley, 2012, p. 245, nota 651.

17[□]TERRAGNI, Martiniano, ob. cit., pág. 153. La cuestión se encuentra expresamente prevista en el art. 37.b de la Convención de los Derechos del Niño.

18[□]Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, citado indirectamente de BELOFF, Mary, *Derechos del niño, su protección especial en el Sistema interamericano*, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 2018, p. 187.

19[□]Ídem.

20[□]CILLERUELO, *Derecho Penal...*, cit., p. 626. Esta idea debe ser extendida a la pena.

que como dijéramos cuentan con un equipo interdisciplinario que también procura el seguimiento del menor, a instancias del Juez-²¹. En este sentido se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *García Méndez*, al señalar que será obligación de los jueces “... controlar, no sólo su procedencia en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como la vigencia de su necesidad y razonabilidad...”²². La revisión periódica, pero respecto de la condena también ha sido reconocida por la Corte IDH, al señalar que en supuestos en que las condiciones o circunstancias que originaran la privación de la libertad hubieran cambiado los Estados debían poner a los niños en libertad²³.

La privación de la libertad, esto es, la internación del joven por parte del Juez de Menores, y que obedece principalmente a fines cautelares –pero también tutelares- debe no sólo ejecutarse en respeto a los derechos fundamentales, recuérdese que el Estado se halla en posición de garante respecto de las personas privadas de su libertad, de forma tal que debe proveer de aquellas condiciones que garanticen una vida digna²⁴; sino además debe constituir esta la oportunidad para garantizar al menor todos sus derechos, así a sólo título ejemplificativo, en caso de verificarse riesgo en su salud por el consumo de estupefacientes (y que ello no hubiera implicado por ejemplo la ausencia de culpabilidad al momento del hecho –por no haber podido comprender la criminalidad de

21[□]Sobre la cuestión: “... la existencia de una Justicia especializada que cuenta con la permanente asistencia de un equipo técnico, integrado por profesionales de otras disciplinas, provoca que se cuente con información personal, familiar y social más compleja y exhaustiva si se lo compara con los datos de una persona adulta en un proceso penal ordinario: el problema es cómo utilizar esta información”. BELOFF Mary, et. al., “La reforma de la mayoría de edad a los 18 años...”, citado, p. 437.

22[□]Fallos 331:2691, considerando 12 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; citado asimismo en TERRAGNI, Martiniano, ob. cit., pág. 131/132. También se recomienda el examen periódico en la Observación General 10 del Comité sobre los Derechos del Niño, párrafo 83, y así se establece que “Todo menor detenido y privado de libertad deber ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de esta. El Comité también recomienda que los Estados Partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas...”.

23[□]Corte IDH, caso “Mendoza y otros vs. Argentina” citado indirectamente de BELOFF, Mary, *Derechos del niño...*, cit., p. 201.

24[□]Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, citado.

sus actos o dirigir sus acciones de acuerdo a esa comprensión, art. 34 del Código Penal-²⁵) deberá poderle ser brindado un tratamiento contra dicha problemática durante su encierro; en caso de verificarse que no se hubiera encontrado escolarizado o incluso que careciera de su documentación personal (por ejemplo, su D.N.I.), deberán disponerse las medidas conducentes a satisfacer tales carencias.

En el sentido apuntado debe tenerse cierto cuidado en el fundamento de la decisión sobre la privación de la libertad, de la misma manera que se requieren argumentos de índole cautelar, simultáneamente se deberán garantizar al joven todos sus derechos; pero no por ausencia de esos derechos podrá imponerse la restricción de su libertad, para garantizarlos, sino que ante ese extremo deberá buscarse primeramente una solución que no implique tal restricción, nuevamente en razón del carácter excepcional y de *ultima ratio* de la privación de la libertad, principio existente respecto de los mayores²⁶, y aún con mayor intensidad –y reconocido por la C.D.N.-, respecto de los jóvenes. Se añade como requisito que, por el delito atribuido al niño, hubiese correspondido efectivamente pena privativa de la libertad²⁷.

3.2. La pena. La incidencia del resultado positivo del tratamiento tutelar. Artículo 4 de la ley 22.278

Se sostiene que el proceso penal, de acuerdo al Código Procesal Penal de la Nación, posee tres fases: la investigación preliminar, la fase intermedia y el juicio²⁸, aunque formalmente la división se da en dos etapas: la de recolección de pruebas durante la instrucción, a cargo de los juzgados de menores; y la etapa de debate, a cargo

²⁵En tal supuesto, de verificarse la inimputabilidad del joven al momento del hecho, la solución se vinculará con lo dispuesto en los artículos 34 del código de fondo y 336 del de forma; debiendo tomar intervención en la situación del joven organismos administrativos y eventualmente la justicia civil (esta última en función de lo dispuesto no sólo en el Código Civil y Comercial sino particularmente en la Ley de Salud Mental).

²⁶En este sentido ver BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2da edición, 5ta reimpresión, Buenos Aires, editorial Ad-Hoc, 2009, p. 198/205.

²⁷BELOFF, Mary, et. al., *Convención sobre los Derechos del Niño, comentada, anotada y concordada*, ..., citada, p. 245.

²⁸BINDER, ob. cit., p. 229.

de los Tribunales Orales de Menores, con excepción de los delitos correccionales, en los que intervienen también los jueces de menores²⁹.

En la etapa de plenario en la cual, en los procesos seguidos contra personas menores de edad, sucede un doble juicio, en uno de los cuales las resultas del tratamiento tutelar pasará a tomar un papel preponderante. La razón del doble juicio estriba en que el artículo 4to de la ley 22.278 exige la mayoría de edad para imponer pena, de forma tal que en un primer juicio el tribunal se expide en relación a la responsabilidad del hecho, y en un segundo juicio, con la mayoría de edad alcanzada por el joven, sobre la pena.

Así, una vez dispuestas las medidas tuitivas y tras la declaración de responsabilidad del imputado (primer juicio), deberá realizarse el segundo juicio en el que se discutirá acerca de la necesidad o no de imponer una pena y eventualmente su *quantum*, cuestión regulada en el artículo 4to de la ley 22.278 que prevé: “*La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo 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 (18) años de edad; y 3º - 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. Recién cumplidos estos presupuestos cabrá la realización del juicio acerca de la pena a quien cometió un hecho contando con 16 o 17 años de edad. Cabe aclarar que por práctica judicial, y la cantidad de procesos que actualmente registran los Tribunales Orales de Menores, los dos juicios aludidos suelen fusionarse en uno sólo, es decir, “...en la inmensa mayoría de los casos, la audiencia de responsabilidad y la de imposición de pena se celebran de manera conjunta cuando el imputado tiene más de dieciocho (18) años de edad para evitar su duplicación (las excepciones relevadas son los casos en que los jóvenes o sus cómplices permanecen privados de la libertad)”³⁰.*

Reunidos los requisitos que habilitan al pronunciamiento sobre la pena, la cuestión radicará en la determinación acerca de su imposición o no, el *quantum* y modo de ejecución. Y será a la luz de los valores ético-sociales, como valores que son

²⁹ En tales casos y en función de la doctrina sentada en el fallo *Llerena* (L. 486. XXXVI), interviene un juez distinto al que intervino inicialmente, para garantizar la imparcialidad.

³⁰ BELOFF Mary, et. al., “La reforma de la mayoría de edad a los 18 años...”, cit., p. 430.

precisamente aquellos que permiten la vida comunitaria, en sociedad, y que consisten en las condiciones mínimas e imprescindibles que posibilitan la convivencia pacífica de todos los individuos, conformando el orden ético-social³¹, que analizaremos la previsión contenida en el artículo 4to de la ley 22.278³².

Y es que la asunción por parte del joven de los valores ético-sociales quedará cristalizado a lo largo del tratamiento tutelar (en ese mismo expediente), allí se habrá procurado la internalización de los valores ético-sociales y transformarlos en valores ético-individuales (existirá, tácitamente, un pronóstico acerca de que adecuará sus proyectos de acción en función de esa adecuación); por lo que de quedar así manifestado, pudiéndose añadir efectos nocivos del encarcelamiento en el caso, se lo absolverá, y no se impondrá pena³³. En segundo término -de no proceder la absolución-, sigue la posibilidad de reducir el *quantum* conforme el delito tentado; pero ello también deberá decidirse en función de la evolución y progreso demostrado por el joven plasmado en su seguimiento tutelar, desde el momento mismo en que se tomó conocimiento del hecho que se le atribuye³⁴. Finalmente es posible graduar la pena sin la reducción del delito tentado, pero en tales casos igualmente se deberá tener en cuenta que se trata de una persona en formación, de modo que no podrá igualarse su tratamiento al que le hubiere correspondido a un mayor de edad. Por la misma calidad de menor, debe tenerse en cuenta que por su condición no ha concluido la introyección de las normas ético-sociales, de forma tal que el reproche por la inadecuación de su proyecto de acción en base a valores ético-individuales distintos de los ético-sociales, debe ser de una entidad menor al supuesto de mayores (recuérdese, la culpabilidad -en su sentido de reproche- es mensurable)³⁵. Claro que junto al quantum, y en cierto modo dependiente de él, debe decirse también el modo de ejecución, prefiriéndose –en

31 Sobre esta temática ver el desarrollo que efectúan *Fundamentos de dogmática penal, una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, editorial Atelier, Barcelona, 2006, y CILLERUELO, Alejandro Rodolfo, *Derecho Penal...*, cit., especialmente al desarrollar las funciones del derecho penal, la teoría de la pena a la que adscribe, y en el desarrollo acerca de la culpabilidad como estrato analítico de la teoría del delito. También en WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, ob. cit., 4ta edición alemana, 11ª edición castellana, traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, editorial Jurídica de Chile, 1993.

32 CILLERUELO, *Derecho Penal...*, cit., capítulo XXX, punto 3 referido al Derecho penal juvenil.

33 Ídem, p. 627.

34 Fallos 328:4343.

función de los principios que rigen la materia- la pena de ejecución condicional por sobre la de efectivo cumplimiento.

En cuanto a los estándares previstos en la norma para decidir o no la imposición de pena ha dicho la Corte Suprema de Justicia en el fallo “M., A. .A., s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas —causa n° 2570—”³⁶ al revocar la decisión de la instancia anterior que el *a quo*, no fundó la necesidad de imponer pena en los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar, la impresión directa recogida por el juez respecto del joven, conforme se exige a partir del artículo 4to de la ley 22.278, en función del fin de resocialización que impera en el proceso cometido por jóvenes que no hubieran cumplido los 18 años de edad³⁷, descartándose a su vez que la pena pueda fundarse en “la gravedad del hecho” o “la peligrosidad”³⁸, y exigiéndose el contacto directo con el menor, extremo que acompañará entonces a la evaluación del tratamiento tutelar. Allí se señaló que, si bien el artículo 41 del código de fondo establecía dicha obligación, sobre ella resultaba más categórico el artículo 4 de la ley 22.278³⁹.

Sintetizando entonces, se deberá evaluar primero la no aplicación de pena, luego, de aplicarla, determinar si corresponde su reducción en los términos de la tentativa, y finalmente, si ello tampoco procede, graduarla sin la reducción, pero siempre teniendo en consideración la situación de que quien cometió el hecho lo hizo siendo menor. En tal evaluación se deberá tomar conocimiento directo de quien siendo menor cometió un hecho ilícito, y decidir ajustándose a la culpabilidad, a las pautas del artículo 4 de la ley 22.278 y a los del art. 41 del C.P, y al resultado del tratamiento tutelar.

³⁵ CILLERUELO, *Derecho Penal...*, cit., p. 627, y nota -en la misma página- nro. 2192.

³⁶ C.S.J.N., Fallos: 332:512, Rta.: 17/03/2009. Votos de los jueces Ricardo Luis Lorenzetti — Elena I. Highton de Nolasco — Carlos S. Fayt — Enrique Santiago Petracchi — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Carmen M. Argibay (en disidencia). Citado por CILLERUELO, *Derecho penal...*, cit., p. 627.

³⁷ Considerando nro. 11 del fallo citado, del voto de la mayoría.

³⁸ Considerando nro. 7 del fallo citado, del voto de la mayoría. Con cita de “Maldonado, Daniel E. y otro”, considerando 22, Fallos: 328:4343.

³⁹ Considerando nro. 9 del fallo citado, del voto de la mayoría. Con cita de Maldonado, Daniel E. y otro”, considerando 19, Fallos: 328:4343. Citado y comentado por CILLERUELO, *Derecho Penal...*, citado, p. 627/628.

Sobre aquel aspecto es interesante lo que sostienen Maurach, Gössel y Zipf en cuanto a que la determinación de la responsabilidad de los jóvenes⁴⁰ debe encararse desde perspectivas muy diferentes a las tenidas en cuenta para la exclusión de responsabilidad en los mayores, como derivación lógica de tratarse de un normal proceso de maduración del joven, sin poder descartarse que con frecuencia faltará una regularidad en el proceso y el mismo no irá de la mano exactamente con la edad pues las *“mayoría de las veces, la madurez de las fuerzas intelectuales precede a la madurez ética; por supuesto, no pueden equipararse absolutamente la típica descompensación espiritual propia de la juventud, su “tempestuosidad y apremio” en cuanto tal, con la falta de las capacidades de comprensión y de dirección; pero bien puede ser, en determinadas circunstancias, que la primacía de los estímulos conduzca, no obstante la presencia de la capacidad de dirección, a un fracaso de la posibilidad de ejercerla”*⁴¹.

En definitiva, la decisión de imponer una pena debe ocurrir cuando el imputado ya es mayor de edad, esa pena se sustentará por el juicio de reproche que tiene como presupuesto al hecho ilícito que ocurrió cuando aquél era menor, por ello debe contemplarse tal asunto al momento de meritar la sanción, particularmente las razones de prevención especial positiva a la luz del resultado del tratamiento tutelar, que quedará cristalizado en el reconocimiento por parte del joven de los valores ético-sociales; y la posibilidad que adecúe los propios a aquellos.

En una dirección similar a la que venimos apuntando fue entendido jurisprudencialmente en los autos “F., J. L. s/ robo en poblado y en banda” en la cual se condenó al imputado a la pena de un año y seis meses de prisión, en suspenso. Para ello el tribunal sostuvo que si bien existía un distinto estándar a la hora de disponer la sanción respecto de quienes hubieren cometido un hecho con 16 o 17 años de edad, respecto de los mayores, en razón de carecer de suficiente madurez para advertir el alcance y consecuencias de su obrar delictivo, ello no implicaba la absolución que prevé el art. 4 de la Ley 22.278 en forma automática; sino que debe ser la respuesta estatal al esfuerzo del joven dirigido a lograr -en la medida de sus posibilidades- integrarse a la sociedad en forma pacífica, efectiva y constructiva, circunstancia que deslindarse de las particulares características del hecho. Por ello, atento a la declaración de responsabilidad que pesaba sobre el imputado, el resultado del seguimiento tutelar, en el

⁴⁰ Para el derecho penal alemán los que se encuentran comprendidos entre los 14 y los 18 años de edad.

⁴¹ Ob. cit., 1, página 636, nm. 88.

que según consideraron quedó demostrado que no se esforzó por lograr una adecuada inserción, desaprovechando los distintos recursos ofrecidos, a lo que se añadía las dificultades que presentó para adecuarse a los límites y normativas vigentes, llevaron a sostener que el joven no terminó favorablemente el seguimiento tutelar del proceso de inserción social, y concluyeron que la aplicación de una pena favorecería el proceso educativo iniciado y reforzaría su voluntad de cambio. La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Daniel Morin y Eugenio C. Sarabayrouse confirmaron el decisorio, con fecha 24 de mayo de 2017.

Sobre la influencia del tratamiento tutelar respecto de la pena se sostuvo que “... si el tratamiento tutelar instaurado con ese fin [se refiere a lograr con su conducta cambios positivos que hicieren evidente sus esfuerzos por asumir una función constructiva en la sociedad] no logra su propósito por la falta de colaboración del adolescente, que demuestra con ella desinterés o falta de motivación en producir cambios en su conducta y en su forma de interactuar socialmente, la imposición de una sanción será necesaria y en tal caso, se debe acudir a la escala penal reducida que prevé el art. 4° de la Ley n° 22.278 habida cuenta que la prisión es medida de último recurso y por el tiempo más breve posible, conforme reza la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional”⁴².

4. Conclusiones

El tratamiento tutelar sobre aquellos imputados niños, niñas y adolescentes, que presuntamente cometieron un hecho sin haber cumplido los dieciocho años de edad tiene una doble influencia en el proceso. En primer lugar, durante su desarrollo, donde los informes que requiere el juez determinarán un tratamiento tutelar a adoptar, tendiente a garantizar en forma efectiva sus derechos y la vez procurar su reinserción en la sociedad -el reconocimiento de los valores ético-sociales, y la formación de los propios de acuerdo a tal reconocimiento-, en ese camino tendrá un papel preponderante la educación. En un segundo lugar, y procedente el momento en que corresponda determinar la sanción, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4to de la ley 22.278, las resultas del tratamiento determinarán la sanción, en el siguiente orden: la innecesidad de imposición de sanción, la determinación de la pena dentro de los topes punitivos modificados (disminuidos) por la tentativa, o la imposición de sanción dentro de los

⁴²Sala III, Cámara Nacional de Casación Penal, autos “J., L. E. H. s/ robo con armas”, rta.: 17/06/2015. Voto del Juez Pablo Jantus, apartado b). La aclaración nos pertenece.

topes sin esa formal disminución -aunque teniendo siempre en cuenta al destinatario: que quien cometió el hecho no poseía en ese entonces los 18 años de edad-.

Dice Mir Puig, “...para la actual concepción político-criminal, si bien es cierto que no puede castigarse sin culpabilidad, no siempre que concurra culpabilidad habrá que castigar, sino sólo cuando sea necesario y adecuado en orden a la prevención de delitos y la protección de la sociedad. De ahí que en el ámbito de los menores pueda dejarse de acudir al Derecho penal desde el momento en que son posibles otras medidas tutelares más específicas”⁴³. Lo transcripto adquiere vital importancia si se repara en que durante el proceso deberá el juez evaluar la particular situación del menor y de acuerdo a ello delinear el tratamiento tutelar, y al momento de determinar la sanción, en caso de que el tratamiento tutelar hubiere arrojado un resultado positivo al punto tal que sea posible concluir que la imposición de pena es innecesaria -pudiendo incluso llegarse a sostener su perjudicialidad en el caso-, pese a existir culpabilidad, se hará uso del derecho que el artículo 4to de la ley 22.278 prevé, y por tanto no se aplicará sanción sino que se absolverá al imputado.

A partir de lo expuesto corresponde entonces revalorar, y dar el lugar al tratamiento tutelar que efectivamente posee, que no es otro que el papel principal y distintivo en el procedimiento penal juvenil argentino en tanto su influencia no sólo incide durante toda la tramitación de ese proceso mientras el menor no hubiere cumplido la mayoría de edad, sino que será determinante a la hora de establecer si procede o no una sanción, y en su caso, el *quantum* y modo de ejecución.

⁴³MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 9na edición, reimpresión, editorial BdeF, Buenos Aires, 2012, p. 598, nm. 43