

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



ADHOC

Nuevos problemas de la justicia juvenil

BELOFF | Directora

JUSTICIA JUVENIL

Nuevos problemas de la justicia juvenil

MARY BELOFF | *Directora*

ADHOC

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

1. 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 EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD A LA EJECUCIÓN DE SANCIONES APLICADAS A MENORES PENALMENTE RESPONSABLES CUANDO ADQUIEREN LA MAYORÍA DE EDAD*

MARY BELOFF y MARTINIANO TERRAGNI

1. Introducción

Como consecuencia de la reducción de la mayoría de edad civil a los 18 años (mediante la ley 26.579¹, confirmada luego por el nuevo Código Civil y Comercial)², se planteó el problema de cómo abordar, en la etapa de ejecución de pena, la situación de mayores de 18 años que fueron condenados como autores penalmente responsables por delitos cometidos cuando eran menores de esa edad (entre 16 y 18 años no cumplidos de acuerdo con la ley argentina). En los hechos, esas condenas reguladas por un régimen penal especial transcurren cuando ya el joven ha alcanzado los 18 años de edad³.

* Este artículo incorpora actualizaciones al trabajo originalmente publicado con el mismo nombre en la *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2/2016, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016.

¹ Ley 26.579, sancionada el 2/12/2009, promulgada el 21/12/2009 y publicada en el B.O. el 22/12/2009.

² Ley 26.994, sancionada el 1º/10/2014, promulgada por el dec. 1795/14 y publicada en el B.O. del 8/10/2014. El Código Civil y Comercial dispone en su art. 25: "Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido 18 años (...)".

³ Este trabajo está limitado a la discusión jurídica respecto del alcance del principio de especialidad más allá de los 18 años de edad de las personas menores de edad privadas de su libertad, sin pretensión de exhaustividad en relación con la protección efectiva de los derechos de ese colectivo en especial condición de

Mientras la mayoría de edad civil se extendía hasta los veintinueve años, el Régimen Penal de la Minoridad (leyes 22.278/22.803⁴), aprobado en el marco de esa legislación, autorizaba: a) *el diferimiento de la decisión de aplicar una pena hasta esa edad y, además;* b) *exigía el alojamiento en instituciones especializadas para los entonces llamados "menores adultos"* (conf. arts. 6° y 10, leyes 22.278/22.803). Por razones que pueden compartirse o no, en concreto, *reducir la mayoría de edad civil a los 18 años implícó, en materia penal, la pérdida de esas dos reglas relacionadas con el principio de especialidad en materia penal juvenil.*

Si bien ello fue señalado como un problema fue puesto en evidencia por una diputada durante el debate parlamentario en las comisiones de trabajo que abordaron esta reforma legislativa al sostener un dictamen en minoría que expresamente regulaba el punto en análisis⁵, la cuestión no fue abordada en el texto aprobado

vulnerabilidad, recogida en numerosos instrumentos internacionales y nacionales, generales y específicos por igual (a la integridad psicofísica, a la salud, a la educación, a los contactos familiares, al desarrollo de un plan de vida, etc.).

⁴ Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad, promulgada de hecho el 25/8/1980 y publicada en el B.O. del 28/8/1980. Esta ley fue modificada por las leyes 22.803, publicada en el B.O. del 9/5/1983 que aumentó la edad mínima de 14 a 16 años; 23.264, publicada en el B.O. del 23/10/1985, y 23.742, publicada en el B.O. del 25/10/1989.

⁵ "(...) En el art. 10 del dictamen se propone que las personas que deben cumplir privación de libertad por delitos cometidos cuando eran menores de 18 años lo hagan en instituciones especiales, de conformidad a los establecido en el art. 10 de la ley 22.278 y asimismo se habilita la posibilidad de que el juez disponga, si resulta mejor para el tratamiento en el cumplimiento de la pena, la permanencia del condenado en el establecimiento especial luego de que haya cumplido los 21 años. Asimismo, se establece la obligación de que los establecimientos carcelarios de adultos dispongan un sector especial para personas condenadas por delitos cometidos cuando tenían menos de 18 años en el caso de que cumplidos los 21 años se entienda que es conveniente su traslado (...)", del informe de la diputada Marcela V. RODRÍGUEZ respecto del dictamen de minoría de los diputados Silvia STORNI, Pedro J. AZCOTTI, Elisa B. CARCA, Claudia F. GU. LOZANO y Marcela V. RODRÍGUEZ, del 29/9/2009 (Honorable Congreso de la Nación, Sesiones Ordinarias 2009, Orden del día N° 2109, Comisiones de Legislación General, y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, impreso el día 26/10/2009). Tal postura fue sostenida en el debate parlamentario de la ley por la diputada Ibarra: "(...) Como art. 10, se propone incorporar que las penas privativas de la libertad serán cumplidas en institutos especializados, conforme lo establece el art. 6° de la ley 22.278, hasta la edad de 21 años" (Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Versión Taquigráfica Provisoria, Reunión 19ª - 13ª Sesión Ordinaria, 25/11/2009).

de la ley⁶. Es, por decir lo menos, curioso, que el mismo cuerpo legislativo que había aprobado cuatro años antes la ley nacional 26.061, aprobara otra regulación que afectó directamente derechos reconocidos por la primera.

Apenas entrada en vigencia la nueva ley, en muchas jurisdicciones se produjo una transferencia automática de los jóvenes desde instituciones de menores de edad a los servicios penitenciarios de cada jurisdicción. Las instituciones dependientes de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) ubicadas en la Capital Federal fueron originalmente una excepción a esa dinámica⁷, aunque por distintos motivos el escenario se modificó a partir del mes de abril del corriente año, consolidando así una tendencia a nivel provincial.

El problema de fondo que plantea la situación de personas mayores de edad que cumplen condenas privativas de libertad por delitos cometidos cuando eran menores penalmente responsables, es el alcance que se dará al principio de especialidad.

⁶ Es interesante apuntar que la mencionada ley 26.579 sí tomó en cuenta protecciones más allá de los 18 años de edad, pero relacionadas con derechos de segunda y tercera generación, no así con los de primera generación, como sería el derecho a un tratamiento especializado para un niño condenado penalmente ("Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los dieciocho (18) años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los veintinueve (21) años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta", ley 26.579, art. 5°). Por otro lado, el Código Civil y Comercial mantiene la misma solución planteada en la ley 26.579: "Regla general. Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los 21 años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo" (CCyC, art. 658); y además: "*Hijo mayor que se capacita*. La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que este alcance la edad de 25 años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido" (CCyC, art. 663).

⁷ La referencia se funda en que la Capital Federal fue la primera jurisdicción en la cual la autoridad administrativa a cargo de los dispositivos cerrados de alojamiento de niños infractores a la ley penal planteó a las autoridades judiciales una respuesta compatible con los estándares internacionales aquí estudiados en los casos de personas que cumplían 18 años de edad y se encontraban en sus instituciones consistente en el mantenimiento dentro del régimen especializado.

Este alcance se discute habitualmente desde dos ángulos:

- i) limitarlo a la aplicación de una ley sustantiva diferente de la ley penal general; o
- ii) extenderlo a la aplicación de leyes orgánicas, procesales y de ejecución diferentes de las previstas para los adultos.

Por razones que más adelante se enunciarán, puede adelantarse que el principio de especialidad regulado por el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños⁸ postula el alcance amplio del principio de especialidad, mencionado en segundo lugar.

Un problema derivado que también se considerará es determinar cuál debe ser la autoridad que debe velar por la legalidad de las condiciones materiales de ejecución de la sanción aplicada al menor quien, ya como adulto, continúa con el cumplimiento de su condena.

2. El principio de especialidad en la etapa de ejecución de acuerdo con las normas internacionales de protección de derechos del niño

La conclusión de que la ejecución de la pena privativa de libertad de un menor de edad penalmente responsable, aun cuando dicha persona alcanza la mayoría de edad, debe tener lugar en condiciones diferentes de las previstas para la población penitenciaria adulta, surge de varias reglas, principios y decisiones de derecho internacional tanto del ámbito universal como regional.

Centralmente, las reglas internacionales reconocen el principio de separación de niños y adultos tanto procesados como condenados, así como la especialización de los operadores administrativos y judiciales a lo largo de todo el proceso iniciado como consecuencia de un delito contra un menor de edad.

⁸ "(...) Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el art. 19 de la Convención Americana (...)", Corte IDH, Serie C N° 63, caso "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala", Fondo, sentencia del 19/11/1999, párr. 194.

2.1. Normas del sistema universal

Sobre el tema en análisis, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) dispone:

"(...) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento (...)"⁹.

También en la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante, CDN), pueden encontrarse en su texto varias disposiciones referidas al alcance del principio de especialidad:

"(...) 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 (...)"¹⁰;

"(...) 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 este asuma una función constructiva en la sociedad (...)"¹¹;

"(...) 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 (...)*"¹².

⁹ PIDCP, art. 10.2.b. Además le exige a los Estados partes que al enjuiciar a los imputados menores de edad tengan en cuenta su edad y estimulen su rehabilitación social (conf. PIDCP, art. 10.3).

¹⁰ CDN, art. 37.c, destacado agregado.

¹¹ CDN, art. 40.1, destacado agregado.

¹² CDN, art. 40.3, destacado agregado.

Por su parte, las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)¹³ ya habían establecido:

"(...) Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos (...)"¹⁴.

En el comentario a la Regla 13.4 se indica el sentido preciso de la norma, que alude precisamente al tema que aquí se analiza:

"(...) No se debe subestimar el peligro de que los menores sufran 'influencias corruptoras' mientras se encuentren en prisión preventiva. De ahí la importancia de insistir en la necesidad de medidas sustitutorias. De esta forma la Regla 13.1 anima a idear medidas nuevas e innovadoras que permitan evitar dicha prisión preventiva en interés del bienestar del menor (...) La Regla 13.4 no impedirá a los Estados tomar otras medidas contra la influencia negativa de los delincuentes adultos que sean al menos tan eficaces como las mencionadas en la regla (...) El Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su Resolución 4, sobre la elaboración de normas de justicia de menores, especificaba que dichas reglas debían, entre otras cosas, reflejar el principio básico de que la prisión preventiva debe usarse únicamente como último recurso, que no debe mantenerse a ningún menor en una institución donde sea vulnerable a las influencias negativas de reclusos adultos y que deben tenerse siempre en cuenta las necesidades propias de su estado de desarrollo (...)"¹⁵

Por otro lado, al interpretar todas estas normas, el Comité de los Derechos del Niño entendió:

"(...) Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos. No se privará a un menor de libertad en una prisión u otro centro de adultos. Hay muchas pruebas de que el internamiento de niños en prisiones u otros centros de detención de adultos pone en peligro tanto su seguridad básica y bienestar como su capacidad futura de no reincidencia y de reintegración social. La excepción contemplada en el párr. c) del art. 37 de la Convención, en el sentido

¹³ Reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33, del 29/11/1985.

¹⁴ Reglas de Beijing, Regla 13.4.

¹⁵ Reglas de Beijing, comentario a la Regla 13.4.

de que la separación deberá efectuarse 'a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño', debe interpretarse de manera restrictiva; la alusión al interés superior del niño no se refiere a lo que sea conveniente para los Estados partes. Estos deberán crear centros separados para los menores privados de libertad, dotados de personal especializado y en los que se apliquen políticas y prácticas especiales en favor de los menores (...)"¹⁶.

Respecto del punto concreto que se analiza en lo que se refiere a la persistencia del cuerpo normativo especial por encima del techo *formal* del sistema penal especial, el Comité de los Derechos del Niño avaló la posición que aquí se defiende en los siguientes términos:

"(...) El Comité observa *con reconocimiento* que algunos Estados partes permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción (...)"¹⁷ y, sobre todo,

"(...) Esta norma [en referencia al art. 37.c de la CDN] *no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años. Debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro (...)"*¹⁸.

Por lo demás, la postura del criterio amplio del principio de especialidad también fue defendida por el mencionado Comité:

"(...) Deben establecerse servicios especializados, por ejemplo, de libertad vigilada, de asesoramiento, de supervisión, y también centros especializados, como centros diurnos y, según proceda, centros de atención y tratamiento de menores delincuentes en régimen de internado. En un sistema de justicia de menores de este tipo deberá fomentarse de manera continua la coordinación efectiva de las actividades de todas estas unidades, servicios y centros especializados (...)"¹⁹.

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, 44º Período de Sesiones. *Los derechos del niño en la justicia de menores* (2007).

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 10, cit., párr. 38, destacado agregado.

¹⁸ Ídem, párr. 86, destacado agregado.

¹⁹ Ídem, párr. 94.

2.2. Normas del sistema interamericano de protección de derechos humanos

Los principios y reglas reconocidos en las normas del sistema universal, se encuentran también presentes en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En este sentido, el tratado rector del sistema contiene una norma precisa:

"(...) Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento (...)"²⁰.

Por otro lado, la Corte IDH ha desarrollado en varias decisiones el alcance del principio de especialidad. En particular, sobre la afirmación ya realizada de que la ejecución no especializada de las sanciones atenta contra la reintegración social como sentido esencial y exclusivo del castigo penal impuesto a los jóvenes, el Tribunal sostuvo:

"(...) En cuanto al cumplimiento de la disposición del art. 5.5 de la Convención, ha quedado establecido que en diversas oportunidades algunos internos fueron trasladados como castigo o por necesidad del Instituto a las penitenciarías de adultos y compartían espacio físico con estos, situación que exponía a los niños a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad (...)"²¹.

La Corte IDH sostuvo en diversas decisiones, en relación con el alcance del principio de especialidad, que su justificación radicaba en el reconocimiento de que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en las que lo hace un adulto²²:

²⁰ CADH, art. 5.5

²¹ Corte IDH, Serie C Nº 112, caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", sentencia del 2/9/2004, párr. 175, destacado agregado.

²² Mucho ha desarrollado la Corte IDH la cuestión de la especialidad orgánica. En lo concerniente al principio de justicia especializada considerándolo como exclusivo entendió: "(...) Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos (...) Los menores de 18 años a quie-

"(...) Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (...)"²³.

Consideró que la protección especial de las garantías del niño se debe proyectar en la regulación de los procesos judiciales o administrativos en los que se resuelva acerca de derechos de los niños. Esta diferencia de trato con las personas adultas se funda en que los niños y los adultos, tanto en lo que se refiere a su desarrollo físico y psicológico, como a sus necesidades emocionales y educativas, se encuentran en condiciones diferentes que deben ser tomadas en cuenta para diseñar un sistema separado de justicia penal juvenil²⁴.

En definitiva no solo una instancia diferenciada de monitoreo de ejecución de la pena privativa de libertad aplicada a una persona por delito cometido cuando era menor de edad penalmente responsable, sino condiciones sensiblemente diferentes de alojamiento (las que implican, antes que nada, la absoluta separación de los

nes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad (...)", Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", cit., párr. 109. También: "(...) Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal (...)", ídem, párr. 210. De modo categórico resolvió que al no establecerse un órgano jurisdiccional especializado para los niños en conflicto con la ley ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial el Estado de Paraguay violó los arts. 2º y 8.1 de la CADH, ambos en relación con los arts. 1.1 y 19 de la Convención (ídem, párr. 213).

²³ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva Nº 17 del 28/8/2002, párr. 96. Este razonamiento de la Corte regional se condice con el impedimento de empalmar la situación jurídica de los condenados por delitos cometidos antes de la mayoría de edad de los condenados por delitos cometidos luego de los 18 años de edad.

²⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 17, cit., párr. 94.

menores de los condenados como adultos), integran las exigencias derivadas del principio de especialidad.

Complementariamente, y con independencia del carácter de sus decisiones, la Comisión IDH se ha pronunciado también sobre el tema:

"(...) En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales (...)"²⁵.

En sentido similar:

"(...) La Comisión condena el envío de personas menores de edad a centros de detención para adultos en cualquier situación, en tanto esta situación coloca a los niños en grave riesgo de violaciones ulteriores de sus derechos. La Comisión considera que cuando los niños privados de libertad cumplen los 18 años debe llevarse a cabo una audiencia de revisión para determinar si corresponde que el joven permanezca privado de su libertad o que sea liberado, o si es posible conmutar la porción faltante de la sentencia privativa de la libertad por una sentencia no privativa de la libertad. La Comisión recomienda que en dicha audiencia se evalúe la posibilidad de someter al joven que ha alcanzado la mayoría de edad a un programa especializado, de tal forma que sus derechos no sean vulnerados al ser transferido a un centro de detención de adultos, pero tampoco se pongan en riesgo los derechos de los otros niños privados de libertad si permanece en el mismo establecimiento (...)"²⁶.

2.3. Conclusiones parciales

En resumen, de las normas reseñadas y de los documentos que las interpretan pueden extraerse reglas claras sobre el tema:

- el principio de separación entre procesados por la justicia especializada y procesados ante la justicia penal general;
- el principio de separación de los condenados por la justicia especializada de los condenados por la justicia de adultos;

²⁵ Comisión IDH, Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

²⁶ Comisión IDH, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13/7/2011. Original: español, "Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas", párrs. 432 y 433.

- la ultraactividad de las normas penales juveniles²⁷;
- el principio de humanidad reforzado en la ejecución de las sanciones que busca cumplir el ideal resocializador que justifica la sanción penal juvenil; y
- el principio del interés superior del niño²⁸.

3. La regulación normativa nacional

Sobre el tema en análisis, la ley 22.278²⁹ contiene varias disposiciones que reconocen los principios y derechos arriba reseñados. Por un lado, establece:

"(...) Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos (...)"³⁰; y también que

"(...) La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho (18) años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el art. 6° (...)"³¹.

A su vez, y en supuestos que aparentan ser de base similar en cuanto a la regla de trato diferenciado para las personas menores de edad, la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad establece:

²⁷ "(...) El principio general es de la ultraactividad de la disciplina penal para menores aun después del cumplimiento de los 18 años (...) Las normas de actuación de las dpm, en cambio, innovan profundamente respecto de esta orientación garantizando el derecho al mantenimiento de las modalidades de ejecución de las medidas cautelares, de las medidas alternativas, de las sanciones sustitutivas, de las penas detentivas y de las medidas de seguridad, tal como están previstas por la legislación procesal penal del menor, aun a través de la intervención del personal de los servicios para menores de la administración de la justicia", PALOMBA, Federico, "Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad", en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, 1995, pp. 188/190.

²⁸ CDN, art. 3°

²⁹ Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad, promulgada de hecho el 25/8/1980 y publicada en el B.O. del 28/8/1980, posteriormente fue modificada 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).

³⁰ Ley 22.278, art. 6°.

³¹ Ley 22.278, art. 10.

"(...) Los jóvenes adultos de 18 a 21 años deberán ser alojados en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos. En su tratamiento se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación profesional y en el mantenimiento de los vínculos familiares"³²; y

"(...) Excepcionalmente y mediano los informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, quienes hayan cumplido 21 años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir 25 años. Luego serán trasladados a un establecimiento para adultos (...)"³³.

Existe no obstante una diferencia sustancial entre ambas regulaciones: la primera (ley 22.278) se refiere a las personas condenadas por delitos antes de su mayoría de edad; la segunda (ley 24.660) regula la ejecución de la pena impuesta a personas por delitos cometidos en su adultez.

Los criterios que propugnan una interpretación armoniosa de ambas legislaciones para inclinar la balanza hacia la utilización del régimen de adultos yerran en un punto fundamental. Ponen a la par a personas sometidas al control estatal sobre la base de supuestos jurídicos diferentes: por un lado condenados por delitos cometidos antes de sus 18 años de edad (menores de edad, niños técnicamente), y por el otro condenados por delitos cometidos ya cumplida su mayoría de edad³⁴ (esto es, adultos).

El argumento que sostiene que permitir que la persona ya mayor condenada como menor permanezca alojada en las instalaciones de las autoridades administrativas de infancia afectaría las posibilidades de ingresar al régimen de progresividad previsto por la Ley de Ejecución de la Pena, puede fácilmente ser respondido con una precisa directiva administrativa.

³² Ley 24.660, art. 197.

³³ Ley 24.660, art. 198.

³⁴ Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "(...) Un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, ya que se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada (...)", CSJN, Fallos: 330:5294, del considerando 7º del voto de los jueces HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, ZAFFARONI y MAQUEDA.

En efecto, ambas instituciones de alojamiento dependen del Poder Ejecutivo Nacional (o provincial según el caso³⁵) y no solo pueden sino que deben compatibilizar sus reglamentos y prácticas de modo de cumplir con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado Nacional. En ese sentido, las posibilidades de la autoridad especializada de contar con informes, entrevistas, y documentos de índole personal y social que permitan que el joven recupere su libertad y/o acceda a un régimen menos restrictivo, son mucho mayores y más precisas que las de la autoridad penitenciaria. Si a ello se suma que las condiciones edilicias, programáticas, de personal, etc. de los dispositivos especializados son considerablemente más compatibles con las reglas internacionales que los complejos penitenciarios, la apelación a la normativa de ejecución de sanciones de adultos como mejor escenario normativo para el adulto condenado como niño queda huérfana de sustento.

4. El alcance del principio de determinación de la pena al momento del hecho cuando se trata de menores de edad

Se podría argumentar que dado que la pena solo puede ser aplicada luego de que la persona declarada penalmente responsable alcanza sus 18 años de edad, nunca se verificaría un supuesto de ejecución especializada respecto de un menor de edad (ejecución especializada *en sentido estricto*). En otras palabras, toda persona condenada (por la regla del art. 4º de la ley 22.278) siempre resultaría adulta al momento de efectivamente aplicársele la pena.

Dicha conclusión sin embargo contradice un principio constitucional elemental: el principio de la determinación de la pena en función del momento de comisión del delito. En efecto, más allá de que someter a un condenado por un delito cuando era menor de edad penalmente responsable a las mismas condiciones que a un condenado mayor de edad frustra dos principios centrales del *corpus juris* de protección de derechos a la infancia —la especialidad y la prevención especial positiva como sentido esencial y único del

³⁵ Téngase presente que con el dictado del dec. 873/2016 del Poder Ejecutivo Nacional (publicado en el B.O. del 19/7/2016) se inició un proceso de transferencia de los dispositivos penales juveniles nacionales ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a esta jurisdicción. Como resultado del mismo no quedarían en el país dispositivos penales cuya gestión por autoridades nacionales.

castigo penal impuesto a los jóvenes—³⁶, hacerlo colisiona también con el principio de legalidad de las penas en tanto no es posible agravar las condiciones de cumplimiento de la condena solo por el hecho del transcurso del tiempo que convierte a una persona de niño en adulto.

En tal sentido, difícilmente pueda argumentarse que la ejecución de una pena privativa de libertad en una institución penitenciaria diseñada para adultos (o aún para jóvenes adultos), en la República Argentina, signifique una sanción menos gravosa que la ejecución de la misma condena en una institución especializada para menores de edad.

Pero además, la posibilidad de extender el trato diferenciado está regulada en el vigente art. 8° de la ley 22.278, que contiene una modificación en los requisitos para la imposición de pena previstos en la misma ley, para ser aplicados luego de los 18 años de edad e incluso más allá de los 21 años de edad. Tal norma legal, como ejemplo de la ultraactividad de las normas penales juveniles sustantivas, ha sido aplicada de manera unánime por la jurisprudencia nacional.

5. El problema de la autoridad de vigilancia de la ejecución

Finalmente, en lo que se refiere a la supervisión de la ejecución de la sanción privativa de la libertad, poco se ha teorizado sobre el alcance del principio de especialidad.

La jurisprudencia de la Capital Federal desarrolló el tema de manera limitada a dos posturas encontradas respecto de cuál es el órgano que debe intervenir luego de la condena por delitos cometidos antes de la minoría de edad, una vez que se cumplen

³⁶ “De la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto”, CSJN, *Fallos*: 328:4343, del considerando 35 del voto de los jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI.

los 18 años³⁷: la primera postura considera que la supervisión corresponde al Tribunal especializado, en tanto la segunda postula que debe intervenir el juzgado de ejecución.

Ello evidencia que aún antes de la sanción de la ley 26.579 la consideración jurisprudencial de la autoridad encargada de la supervisión de las medidas de suspensión del juicio a prueba o de

³⁷ “(...) Imputados dos menores, el respeto a la especialidad que la materia de la minoridad reviste aconseja que el control sobre las reglas de conducta dispuestas al tiempo de otorgarse la suspensión del proceso a prueba de los imputados sea ejercido por la Secretaría Tutelar del Juzgado de Menores interviniente y no por el Juzgado de Ejecución (...)”, CNCP, Sala IV, causa n° 2.425, “P. M. D. y otro”, del 19/2/2001, del voto de los jueces BERRAZ DE VIDAL, HORROS y CAPOLUPO DE DURAÑONA y VEDIA, entre otros. Con especial énfasis en las normas aplicables, “(...) La circunstancia de que M. sea un condenado bajo el régimen de la minoridad impone efectuar un control especial de su situación de encierro desde que están en juego garantías constitucionales específicas cuyo tratamiento de oficio compete al tribunal pues es misión de los jueces velar por la observancia de los derechos constitucionales de los ciudadanos (CSJN, *Fallos*: 324:3269). En efecto, pese a que en la actualidad M. cuente con 25 años de edad, al haber sido responsabilizado por hechos cometidos cuando contaba con menos de 18 años de edad, goza de todos los derechos y garantías reconocidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (art. 1°), por imperio del principio de culpabilidad que considera que la ley que rige la materia es la ley especial vigente al momento de comisión del hecho delictivo (...) una armoniosa lectura del articulado anteriormente resaltado [arts. 4°, 40.1, 40.3 y 40.4 de la CIDN] pone en evidencia que, no solo los procedimientos que conduzcan a la imposición de una condena a un menor de edad —en nuestro ámbito de momento regulado por las leyes 22.278 y 22.803—, sino también todo lo atinente a su ejecución, deben ser diferentes de los previstos para los mayores (...)”, Juzgado Nacional de Ejecución N° 2 de la Capital Federal, legajo n° 5.895, seguido a L. M. M., del 19/4/2006, entre otros. También se interpretó que podía quedar a cargo de la justicia de ejecución no especializada la supervisión de las sanciones: “(...) Al sancionar el Congreso Nacional las leyes 23.984 y 24.050 que regulan el procedimiento penal y la organización de la administración de la justicia penal, no solo determinó su criterio de especialización en relación al trámite de las causas en la que se encuentran involucrados jóvenes infractores de la ley penal, sino que también hizo lo propio con una organización específica del Poder Judicial en lo referente a la supervisión de la ejecución de las condenas impuestas en todo el orden nacional. Así colocó en cabeza del juez de ejecución penal de modo excluyente, el control del cumplimiento de las condenas impuestas por los diferentes tribunales penales, sin distinción de la especialidad que hubiese gobernado el trámite de atribución de responsabilidad y consecuente sanción. De ese modo, el legislador prefirió hacer primar con especialidad a la ejecución penal sobre otras, haciendo al juez de ejecución un juez de garantías en el marco del cumplimiento de las condenas impuestas (...) aun la de menores (...)”, CNCP, Sala III, causa n° 7.981, “C., L. D. s/recurso de casación”, del 17/7/2007, del voto de los jueces LEDESMA, RIGGI y TRAGANT, entre otros.

las penas no era unánime. De lo que no hay dudas es de que esta reforma legal agravó el problema de la supervisión y el alojamiento de las personas condenadas como menores de edad.

En cuanto a la supervisión de la ejecución de la condena, si bien es una facultad judicial, incide sobremanera en ella la actuación de la autoridad administrativa. *De allí podría derivarse que se encuentra dentro de las facultades de los órganos especializados administrativos la interpretación del alcance del principio de especialidad en la etapa de ejecución en cuanto conduzca a la mejor realización de los fines de la condena: la reintegración social del joven*³⁸.

En rigor, esta conclusión deriva de la interpretación amplia del principio de especialidad que incluye a la orgánica judicial y a la administrativa (conf. CDN, arts. 37.c, 40.1 y 40.3).

6. Conclusión

Los estándares internacionales sobre el sentido de la sanción penal juvenil son consistentes y densos en cuanto a la finalidad buscada por ella: la reintegración social del joven condenado.

³⁸ Aun en los supuestos en los cuales la magistratura considere el traslado de la persona alojada en un dispositivo juvenil al cumplir los 18 años de edad, las facultades de articulación administrativa entre la autoridad especializada y la penitenciaria son perfectamente posibles. A modo de ejemplo concreto, mediante el Acta Complementaria n° 4 al Convenio Marco de Cooperación entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (MJyDH n° 2093, del 1°/10/2015) se estableció que el Servicio Penitenciario Federal y la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia fortalecerán sus vínculos de cooperación para la ejecución de acciones de promoción y protección de derechos de los jóvenes que ingresen a las instituciones dependientes del primero, provenientes de Centros de Régimen Cerrado o instituciones similares. El Servicio Penitenciario Federal se comprometió, en el momento de la incorporación del o la joven a la fase del período de tratamiento que correspondiere de acuerdo con la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, a tener en cuenta las condiciones personales y el proceso individual que la persona menor de edad hubiera desarrollado en el Centro de Régimen Cerrado o institución similar. Se establece también que los equipos interdisciplinarios de ambas instituciones deberán coordinar la realización de evaluaciones previas a la efectivización del traslado de los jóvenes con el objeto de evitar su permanencia en los sectores de ingreso del Servicio Penitenciario Federal. Para ello, las autoridades del Centro de Régimen Cerrado compartirán con los especialistas del Servicio Penitenciario Federal copia de la documentación relativa a la información judicial, historia clínica y antecedentes sociales, educativos y laborales.

Para el logro de este objetivo de política criminal, se refuerza y se extiende el alcance de las normas penales juveniles más allá de la edad fijada como aquella en la cual las personas alcanzan la mayoría de edad penal y civil.

Las estructuras administrativas necesarias para este logro son sensiblemente diferentes —por lo menos en la justicia nacional de menores con sede en la Capital Federal—, a las de gran parte del resto del país, que deberían seguir tales lineamientos a los efectos de cumplir con los objetivos de la sanción penal juvenil, más allá de las lógicas diferencias procesales, para dotar de una mínima homogeneidad a este segmento del proceso penal juvenil.

La ejecución dentro del sistema amplio de justicia de menores, además de satisfacer las normas internacionales del *corpus juris* y su interpretación, permitiría contar con sistemas de información precisos que facilitarían el monitoreo y el ajuste tanto de los programas de prevención del delito juvenil como la modalidad de cumplimiento de la sanción.

La supervisión periódica de la sanción penal juvenil, conforme lo exige el Comité de los Derechos del Niño, requiere de una cercanía con el tribunal y una articulación con la autoridad administrativa que solo puede darse a partir del esquema de especialidad reforzada (judicial y administrativa).

Por ello resultaría contradictorio que la ley de ejecución de la pena (ley 24.660), la justicia nacional de ejecución penal y la autoridad penitenciaria federal reconozcan normas, programas e instalaciones diferentes para la franja de jóvenes adultos, al tiempo que la justicia especializada en personas menores de edad no considere extender la aplicación de su competencia más allá de la mayoría de edad.

También resultaría un contrasentido —y acaso pondría en riesgo la sustentabilidad futura del fuero de menores—, que de las tres etapas esenciales del proceso penal (investigación, juicio y ejecución), la supervisión y los lugares de cumplimiento de las condenas pasaran a las esferas judiciales y administrativas propias de la justicia de adultos³⁹.

³⁹ Si bien iguales observaciones se pueden realizar respecto de otras instancias procesales (como ser las vías de impugnación) su trascendencia parece menor en relación con la ejecución especializada de la sanción.

Si bien se trata de supuestos diferentes (sustanciales y procesales) la postura de restringir el alcance del principio de especialidad en la organización judicial, las normas procesales y la ingeniería administrativa, acentuada con la disminución de la mayoría de edad, ya tiene consecuencias prácticas concretas: la utilización del juicio abreviado, los pedidos para la aplicación del juicio por jurados, el traslado a instituciones penitenciarias con régimen de ejecución similar a la de personas adultas condenadas, e incluso hasta la posibilidad de aplicar penas por tribunales de adultos a personas declaradas penalmente responsables por delitos cometidos durante su minoría de edad⁴⁰.

En momentos en los cuales en el contexto latinoamericano pueden relevarse intentos ya no solo de alejarse del ideal de extensión de las consecuencias del delito juvenil más allá de los 18 años, sino de crear sistemas penales de adultos a partir de los 16 años de edad, la República Argentina puede ser un faro que ilumine el camino hacia respuestas menos punitivas, orientadas a la efectiva reintegración social de los condenados por delitos cometidos cuando eran niños.

⁴⁰ “[A]ctualmente con la ley 26.579 (fecha de sanción: 2/12/2009; fecha de promulgación: 21/12/2009), en nuestro país, esa misma edad 18 años, implica también la mayoría de edad civil y comercial, pues esta ley dispuso en su ‘Artículo 1º - Modifícase el Código Civil [...] los que quedan redactados de la siguiente forma: ‘Art. 126: Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho (18) años’. En consecuencia, en la práctica procesal, ha desaparecido la franja etaria de menores comprendidos entre los 18 y 21 años, antiguamente considerados como ‘jóvenes adultos’, a los fines de la aplicación del régimen minoril. Actualmente la edad máxima para estar comprendido dentro del régimen penal ley 22.278 y su modificatoria ley 22.803, es la de 18 años de edad. Por lo cual, Godoy que a la fecha del dictado de la sentencia contaba con 20 años de edad, superaba los 18 años de edad, y ya es mayor a todos los efectos [...] Resulta claro entonces, que actualmente nada obsta a que un mayor de 18 años, que haya sido declarado responsable por el Tribunal de Juicio, por la comisión de un ilícito que ejecutó entre los 16 y 18 años de edad, dicho Tribunal de Juicio, si lo declara responsable penalmente, debe decidir si corresponde la imposición de pena o la absolución, y para el primer caso, imponga la pena que estime corresponder. Tal como se dijo anteriormente (teniendo en cuenta la escala reducida en grado de tentativa, art. 4º de la ley 22.278 y arts. 40 y 41 del C.P.), pues en la realidad, los jueces están juzgando a un adulto, por la comisión de un ilícito cometido por este, cuando era menor (...)”, Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, expte. LM1 1611, “Godoy Maximiliano y Silvero Juan Manuel s/acto integrativo de sentencia - Capital (s/cuestión negativa de competencia) expte. n° 80601/12”, rta. el 21/12/2012, del voto de los jueces SEMHAN, RUBIN y Niz.