

2017

El fallo “O, AR”. Una propuesta dogmática acerca de la necesidad de pena en el régimen penal juvenil

Damián R. Muñoz

Resumen

Mientras el Estado Argentino mantiene la vigencia de la ley N° 22.278 con todas las tensiones y contradicciones que dicha norma presenta con la Convención sobre los Derechos del Niño, son varios los intentos de los operadores judiciales por armonizar sus previsiones mediante una especial hermenéutica. En este trabajo, se analiza un interesante fallo que contiene una propuesta dogmática del art. 4, ley N° 22.278, en el que se intenta racionalizar los presupuestos que habiliten legítimamente el castigo del delito adolescente.

Voces

Derecho penal juvenil. Niños, Niñas y adolescentes. Pena. Culpabilidad.

El fallo “[O, AR](#)”¹

Una propuesta dogmática acerca de la necesidad de pena en el régimen penal juvenil

ÍNDICE

1. Introducción 2. El caso y sus antecedentes 3. Análisis del fallo 4. Reflexiones finales

1. INTRODUCCIÓN

Como bien lo señala Mary Beloff, la

...denunciada ‘crisis’ de la justicia de menores existe desde que se la inventó. A partir de la creación de mecanismos institucionales diferentes a los de las personas adultas para tratar con el delito atribuido al que se consideraba menor de edad, comenzaron los señalamientos de que el ‘nuevo’ dispositivo era ineficaz (2016, 16).

Pero lo cierto es que en cada región, en general, y en cada país, en particular, la denuncia de esa crisis, su diagnóstico y sus posibles soluciones tuvieron y tienen tonalidades diversas propias de cada contexto.

En nuestro país y en lo que respecta al estado de situación del régimen penal de las personas menores de edad, simplificando el abordaje e iluminando cierta centralidad del problema, la cuestión principal radica en la profunda incongruencia entre la Convención sobre los Derechos del Niño (incorporada a nuestro texto constitucional nacional) y el régimen normativo previsto en el decreto ley N° 22.278.

Esta incongruencia sobre la cual mucho se ha escrito y analizado, y que no pretendo desarrollar en este texto, ha generado distintos estadios de análisis y de posicionamiento de los operadores del fuero.

En efecto, como señalé en alguna oportunidad, los operadores del sistema penal juvenil transitamos –de un tiempo a esta parte– dos síndromes consecutivos: el síndrome de “esperando a Godot” y el síndrome de “la pelota de trapo”.

¹ CNCCC, Sala I. “[O, AR](#)”. Causa N° 52263/2013. Registro N° 547/2016. 15/7/2016.

El dramaturgo y escritor irlandés Samuel Beckett escribió a mediados del siglo pasado la conocida obra *“Esperando a Godot”*. Es una obra en la que parece que nada sucede, sólo dos personas al costado de un camino que se limitan a esperar la llegada de Godot. Nadie sabe quién es Godot pero lo cierto es que no llega. La vida se convierte en una espera, una repetición constante.

Los operadores del sistema penal juvenil vivimos esa espera trágica. Nuestro Godot era –y sigue siendo– una ley penal juvenil acorde a la CDN y que derogue por fin el decreto ley N° 22.278. En efecto, el sistema judicial penal juvenil condiciona su actuación a la espera de su Godot, esto es, la llegada de una ley penal juvenil que, por cierto, aún no ha llegado².

Fue así que el síndrome de *“esperando a Godot”* tuvo una capacidad de daño que, en determinado momento, debió ser abordado y problematizado. Y esa coyuntura dio paso a lo que denomino el síndrome de la *“pelota de trapo”*.

Este síndrome supone la imagen de un partido de fútbol en el mejor y más moderno campo de juego, en el que se juega con una deficitaria y anacrónica pelota de trapo. En esta ilustración, el maravilloso campo de juego sería la CDN y la pelota de trapo el decreto ley N° 22.278.

Cuando los operadores del fuero asumimos responsablemente la demora de la nueva ley penal juvenil, necesariamente se tuvo que trabajar en mejorar las habilidades y capacidades para armonizar las dificultades de la pelota de trapo a las facilidades brindadas por el campo de juego.

Así se inició un intento de proceso de armonización y adecuación del decreto ley N° 22.278 a ciertos postulados de la CDN, obviamente, en la medida de lo posible y con muchas limitaciones. Se trata de un proceso tibio y repleto de matices pero que intentó –e intenta– una hermenéutica en clave de resguardo de los derechos y garantías para los adolescentes en conflicto con la ley penal.

En ese proceso de armonización, la Corte Suprema de Justicia de la Nación cumplió un papel trascendental. A partir de 2005, la CSJN resolvió una serie de casos en los que –si bien no

² Este síndrome que puso al sistema en estado de espera, provocó –entre otros graves perjuicios– que entre 1997 y 2003 en nuestro país se dictaran, al menos, diez sentencias que condenaron a doce personas a reclusión o prisión perpetua, por hechos cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad. Una recopilación de estas sentencias puede consultarse en: Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y UNICEF, *Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)*, Buenos Aires, 2003. Tiempo después se han descubierto otras sentencias a prisión perpetua en diversas jurisdicciones del país que motivaron los respectivos recursos de revisión para dejar sin efecto tales condenas. En rigor, esas sentencias cristalizaron una caracterización del sistema penal juvenil en el que la CDN –incorporada en la CN– no cumplía papel relevante alguno y, en definitiva, mientras no llegara una ley penal juvenil acorde a sus postulados, el sistema seguiría esperando y juzgando –sin ningún tipo de conflicto y plenamente justificado– en función del decreto ley N° 22.278.

invalidó todo el sistema previsto en el decreto ley N° 22.278– sí estableció un insoslayable catálogo de estándares para su aplicación³. En este contexto, por cierto, cobra una especial y trascendental relevancia la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “[Mendoza y otros v. Argentina](#)”⁴.

Aunque el objeto del caso sometido a la CorteIDH radicaba en la imposición de penas perpetuas de privación de libertad por hechos cometidos antes de los dieciocho años de edad, inevitablemente la sentencia debía contener un análisis profundo de la normativa doméstica que habilitaba semejante anomalía en materia penal juvenil. Y desde esta perspectiva, la CorteIDH desarrolló interesantes líneas críticas en punto a nuestro sistema normativo y, en definitiva, señaló las obligaciones que –aún, y a pesar del tiempo transcurrido– debe asumir la Argentina para establecer una norma acorde a los principios y estándares internacionales.

En una rápida síntesis, es posible extraer de esta sentencia de la CorteIDH los siguientes estándares que resultan insoslayables para pensar y repensar nuestro régimen penal juvenil. Me refiero a los siguientes principios y garantías:

- *principio de trato diferenciado*: fundado en las diferencias evolutivas que existen entre los niños y los adultos, lo que justifica un sistema específico;
- *principio de especialización*: fundado en el anterior, este sistema especializado debe regir en todas las fases del proceso, durante la ejecución de las medidas o sanciones y basadas en la edad del adolescente al momento del hecho, sin perjuicio de la edad alcanzada mientras se ejecuta la sanción;
- la *garantía del debido proceso* (específica en materia) *penal juvenil*, construida a partir de su estructura clásica más las reglas de los arts. 37 y 40, CDN;
- el *principio de proporcionalidad específico en materia de infancia y adolescencia*, que condiciona la respuesta punitiva a la edad y al ilícito endilgado, privilegiando la reintegración familiar y/o social;
- *arbitrariedad de la sanción penal*: se trata de una causal específica de arbitrariedad de la privación de libertad, cuando su imposición no contempla ni analiza los principios y estándares específicos en materia penal juvenil. Entre otras, las pautas mínimas son:
 - *principio de ultima ratio y de máxima brevedad* de la privación de libertad;
 - *principio de delimitación temporal* desde el momento de su imposición;
 - *principio de revisión periódica* de la privación de libertad, fundado en la innecesariedad de la continuación de la sanción;

³ Sin pretender enumerar todos los fallos, claramente, los más relevantes fueron: “[M, DE](#)” (7/12/ 2005, Fallos, 328:4343); “[R.M., J.L.](#)” (31/10/2006, Fallos, 329:4770); “[López](#)” (18/12/2007, Fallos 330:5294); “[García Méndez](#)” (2/12/2008, Fallos 331:2691); “[M, AA](#)” (17/3/2009, Expte. M.2477.XLII); “[G., J. L.](#)” (15/6/2010, Expte. G. 53.XLIV); “[CM](#)” (5/4/2016, CCC 33893/2014/1/1/RH1).

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso [Mendoza y otros v. Argentina](#)*, sentencia de 14/5/2013. Por una cuestión de extensión no lo desarrollaré aquí, pero resulta por demás interesante y útil la lectura del informe de fondo de la CIDH en este mismo caso: Informe N° 172/10, Caso N° 12.561, *César Alberto Mendosa y otros (Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes)*, 2 de noviembre de 2010.

Estos estándares permiten –de máxima– pulverizar el sistema normativo regulado por el decreto ley N° 22.278. Pero también –sin llegar a esa ruptura jurídica, con otra intensidad– brinda una hermenéutica en clave de la CDN que habilita a una dogmática razonable del mencionado texto normativo.

Para quienes ejercemos la defensa pública especializada en la atención de la infancia y adolescencia criminalizada, uno de los puntos centrales donde debemos centrarnos –en clave de litigio estratégico del fuero– es el análisis del art. 4, decreto ley N° 22.278, en tanto norma que establece los requisitos o pautas bajo las cuales debe discutirse la necesidad –o no– del castigo penal en el proceso penal juvenil⁵.

En efecto, se trata de un tema sobre el cual aún resta proponer alguna dogmática que –en clave de los postulados de la CDN, esto es, reconociendo derechos y garantías básicos y, al mismo tiempo, satisfaciendo el principio de especialidad en materia de niñez y adolescencia– establezca estándares modernos que reduzcan –en la mayor medida posible– la discrecionalidad y arbitrariedad y que, en definitiva, permita otorgarle legitimidad al castigo penal juvenil.

Aunque suelen utilizarse los conceptos de discrecionalidad y arbitrariedad como crítica genérica vinculada a la plasticidad operativa del art. 4, decreto ley N° 22.278, en mi opinión, resulta mucho más interesante el uso del concepto contingente, tal como lo hace Silvia Guemureman. En este sentido, la autora citada afirma que se trata de un

...concepto útil ya que permite inscribir en el campo de las prácticas de la justicia de menores ocurrencias que no podrían ser explicadas apelando a una lógica estricta, aquella que prescribe un ordenamiento previsible entre conductas legales y sus consecuencias jurídicas. [A]bsoluciones imposibles o sentencias condenatorias que requieren de una imaginación jurídica, colonizada exitosamente por la ficción del relato judicial. Así, el concepto de contingencia es superador de los conceptos de discrecionalidad y de arbitrariedad, calificativos tantas veces atribuidos a la justicia de menores. El concepto de contingencia no desmiente a los otros, sino que los complementa al incorporar la dimensión del azar en el dictado de justicia. No restringe las decisiones judiciales al ámbito de la

⁵ El artículo 4, decreto ley N° 22.278, establece que: “La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: 1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales; 2) Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad; 3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo”.

voluntad y la intencionalidad de los jueces y otros actores del campo jurídico, sino que suma la no-lógica, la paradoja y la contradicción, muchas veces en función de urgencias o imperativos de la cotidianidad o sensibilidades sociales exacerbadas, todos ellos jueces ad hoc que hace que las decisiones sean menos previsibles aún. Si la discrecionalidad y la arbitrariedad son peligrosas, la contingencia lo es más ya que su lógica inherente desafía a la razón entre necesidad e ineluctabilidad del destino. La voluntad, única capaz de dirimir entre dos contrarios, oscila entre el querer y el no querer (Guemureman 2011, 352).

Y esta observación en punto a la contingencia de la aplicación del art. 4, decreto ley N° 22.278, se vincula elocuentemente con un pasaje crítico que hace el juez García en el fallo que aquí comento contra la sentencia impugnada. En este fragmento, afirma que

...más allá de que se menciona el art. 4 de la Ley 22.278, que se declara aplicable para decidir si corresponde imponer pena a Antonio René Ocampo, y de que se afirma que han de tenerse en cuenta ´cuatro parámetros relativos a la modalidad del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez´, se observa que no hay un esfuerzo de interpretación dogmático-sistemática de esa disposición, ni tampoco lo hay de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que se citan, de modo que es imposible saber cuál sería el criterio operativo y las consecuencias de esas citas.

En este punto el fallo "[O, AR](#)" de la Cámara Nacional de Casación Penal deviene un insumo de gran importancia para la defensa pública especializada ya que ofrece una dogmática razonable para interpretar el art. 4, decreto ley N° 22.278.

2. EL CASO Y SUS ANTECEDENTES

En lo que a este comentario interesa, cabe destacar que el joven O. –de conformidad con el trámite establecido en el art. 431 bis, CPPN– asumió su responsabilidad ante el ilícito imputado. En dicho acuerdo, el Fiscal General propició que el joven sea declarado penalmente responsable por el delito de robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, y solicitó la pena de tres años de prisión, accesorias legales y costas, supeditando su imposición a las previsiones del artículo 4, decreto ley N° 22.278.

A fin de resolver la situación definitiva del joven O., se celebró la audiencia a tenor de lo prescripto por el artículo citado, esto es, a los efectos de discutir la necesidad o no de castigo penal y, en su caso, su mensuración.

En dicha oportunidad, la Defensora Pública de Menores e Incapaces, solicitó su absolución conforme lo prescripto en el aludido artículo. Por su parte, el Fiscal General propició que se le

imponga la pena de un año y seis meses de prisión y costas, dado que a su entender el resultado de su tratamiento tutelar no alcanzó para que sea merecedor de la absolución prevista en el decreto ley N° 22.278 y por ello graduó la pena conforme la reducción prevista en dicha norma. En tanto, la Defensa Oficial técnica –en concordancia con lo argumentado por la Defensoría Pública de Menores e Incapaces– también propició la absolución del joven.

A la hora de dictar sentencia, el Tribunal Oral de Menores resolvió declarar penalmente responsable a O. y condenarlo a la pena de un año y seis meses de prisión y costas, cuyo cumplimiento dejó en suspenso. Básicamente, el argumento acerca de la necesidad de la sanción se fundó en que:

Analizada la cuestión a partir de los datos referidos, se arriba a la conclusión de la necesidad de imponer pena al nombrado, habida cuenta el delito perpetrado, y el escaso compromiso asumido para salir de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, lo que torna impensable la posibilidad de absolución. Si bien es cierto que por momentos el joven demostró cierta voluntad para alcanzar los objetivos que le fueron trazados, lo cierto es que sus esfuerzos no fueron suficientes...

La sentencia fue recurrida tanto por la Defensa Pública Oficial como por la Defensoría Pública de Menores e Incapaces quienes argumentaron, entre otras tantas cuestiones, que la justificación del castigo se fundó en el resultado del denominado tratamiento tutelar, soslayando –indebidamente– las restantes pautas contenidas en el art. 4, decreto ley N° 22.278.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

Las impugnaciones fueron resueltas el 15 de julio de 2016 por la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, integrada por los jueces Días, García y Bruzzone.

El juez Días –quien quedó en minoría en el acuerdo– concluyó que las críticas de las defensas

deben ser rechazadas, y por implicación también su tacha de arbitrariedad y errónea aplicación de la ley en el fallo recurrido, el cual habrá de ser homologado en todos sus términos, por contener una argumentación jurídica que resulta una derivación razonada del derecho vigente en materia minoril, puesto que habiendo fundamentado la necesidad de pena en el caso, la han aplicado en su mínima expresión, esto es el mínimo de la escala penal aplicable, con la reducción para el delito tentado, bajo la modalidad suspensiva.

El juez Bruzzone adhirió al voto del Juez García, expresando que lo hacía con remisión a lo dicho en el caso “[B, JE](#)”⁶. En consecuencia, la propuesta dogmática que me interesa destacar surge del voto del juez García.

En primer lugar y sobre el alcance y funcionamiento del art. 4, decreto ley N° 22.278, en punto a la necesidad de castigo penal, el juez García remitió –en lo sustancial– a su voto en el precedente “[P, OD](#)”⁷.

Ya en aquel voto –que reitera en este precedente– sostuvo que

...el art. 4 de la Ley 22.278 permite una amplia disociación entre la cuestión de la medida del injusto y culpabilidad y la cuestión de la necesidad de pena, y en su caso, de la necesidad de ejecutarla. [...] Aun establecido que el agente es responsable de un injusto culpable, otros criterios adicionales son necesarios, según la ley, para imponerle una pena.

Luego de afirmar tal disociación, evoca otro voto propio emitido en el ya citado caso “[B, JE](#)”⁸, en el cual destacó

...que la ley parte de la consideración de ‘las modalidades del hecho’. Aquí pesan, en primer lugar, los componentes objetivos del injusto y la culpabilidad del agente por éste. Tratándose de un niño, el reproche de culpabilidad no puede dejar de tomar en cuenta no sólo la gravedad del injusto, sino la edad del niño al momento de cometerlo, y sus demás circunstancias personales, en cuanto son relevantes para estimar cuál es el grado de comprensión de la criminalidad del hecho ejecutado, y cuál el rango de autodeterminación de que gozaba al ejecutarlo.

En efecto, el análisis argumental del Juez García lo inicia, justamente, a partir de la primera pauta contenida en el art. 4, decreto ley N° 22.278. Y así, entonces, afirma que

...en el primer criterio del art. 4 de la Ley 22.278 se trata, pues, de componentes del injusto y de la culpabilidad sopesados con especial consideración a las características personales y situación del niño al cometerlo. De suerte tal, es admisible, por ejemplo, establecer distinciones respecto de un mismo injusto objetivo, según si el niño apenas había entrado en la edad de imputabilidad, o si estaba más próximo a cumplir los dieciocho años y adquirir plena imputabilidad, en la medida que en casos regulares la edad es indisociable del mayor o menor grado de desarrollo de su personalidad y de su esfera afectiva, y de su rango de autodeterminación en relación a esos componentes. Las circunstancias personales, en especial las que constituyen indicio de su mayor o menor grado de

⁶ CNCCC, Sala I. “[B, JE](#)”. Causa N° 61.109/2013. Registro N° 519/2016. 13/7/2016.

⁷ CNCCC, Sala I. “[P, OD](#)”. Causa N° 62770/2013. Registro N° 351/2016. 6/5/2016.

⁸ Citado en la nota N° 9.

socialización al momento de cometer el delito, son relevantes también para la graduación de la pena según la culpabilidad. Sobre estas bases se establece el reproche máximo que admite la culpabilidad de ese niño en concreto.

En esta línea, entonces, alcanza una primera conclusión de trascendental relevancia, al sostener que

[en] este campo pesan, pues, no sólo el injusto y la culpabilidad, sino la gravedad del injusto y la gravedad de la culpabilidad, de modo que **hechos de escasa gravedad o casos de una culpabilidad menor, hacen 'innecesaria' la aplicación de una pena** (el resaltado me pertenece)⁹.

Y como consecuencia lógica de tal afirmación, en punto al contenido de este primer estándar vinculado a la modalidad del hecho, también concluye que

...si las modalidades del hecho vienen en primer orden de consideración, entonces los antecedentes personales del niño, o su evolución en el tratamiento sólo tienen relevancia para examinar la necesidad de pena una vez que se ha establecido que la gravedad relativa del hecho no conduce, por sí sola, a la prescindencia de la pena. Y esto es así porque el art. 4 de la Ley 22.278 expone un modelo en el cual no se impone pena por hechos nimios o de menor gravedad, aunque sean típicos y el niño que los ha cometido haya sido hallado responsable con arreglo a los criterios generales de atribución subjetiva y de culpabilidad (el resaltado no corresponde al original).

Ahora bien, es en función de esta argumentación que —a continuación— desarrolla la crítica a la sentencia del Tribunal Oral de Menores. Y, desde esta óptica, sostuvo que la resolución impugnada *“está vacía de contenido concreto cuando anuncia que abordará la ‘modalidad del hecho’”*.

Y agrega:

...se emplean aquí términos cuyo concepto y alcance no se explican, y destacaré solamente su enorme grado de generalidad, pues nada se dice en concreto sobre la gravedad del hecho del que el imputado ha sido hallado responsable, de la medida de lesión o peligro, de las consecuencias del hecho, de la capacidad de ese niño en particular para comprender valorativamente lo que hacía, su carácter antisocial, y en todo caso el alcance o limitación de su comprensión conforme a las circunstancias concretas, nada se dice de su grado de madurez y socialización

⁹ En este punto puede visibilizarse el alcance que puede (y debe) tener el principio de lesividad y el enorme universo de supuestos de culpabilidad disminuida, a los efectos de plantear y fundar la innecesariedad de pena en el caso concreto.

para establecer la medida de esa comprensión, o la posibilidad de dirigir su conducta conforme lo que llama comprensión o reproche 'comunitario' del hecho.

En particular, insistió en que

...nada se pondera, nada se valora ni sobre el aporte al hecho concreto, ni sobre la modalidad de ejecución, ni sobre la posibilidad del imputado de comprender en todo su alcance la medida del injusto cometido. Son también huecas porque impiden conocer si el injusto culpable es un injusto leve o grave.

Finalmente, el juez García concluyó:

... en el caso '[B, JE]' he entendido que en las circunstancias de aquel caso era innecesario disponer una anulación y un reenvío, porque los hechos establecidos en la sentencia eran en sí mismos indicativos de su mínima gravedad. No es lo que sucede en el presente, en el que se requieren apreciaciones de hecho más exhaustivas para determinar si el hecho que se ha tenido por acreditado en la sentencia reviste una gravedad objetiva de tal magnitud que incluirían este caso en los que no habría razones político-criminales para renunciar, sobre la exclusiva base de su modalidad, a la respuesta penal.

Y en tal sentido, detalló algunas cuestiones que la sentencia de reenvío debía analizar, a los efectos de satisfacer su propuesta dogmática. Así explicó que sólo

una vez establecida la gravedad objetiva del hecho debería examinarse la magnitud del reproche de culpabilidad de A.R.O., porque el reproche de culpabilidad no es una abstracción independiente de la gravedad del injusto objetivo, sino que se refiere y encuentra su límite en éste, reproche que deberá tomar en cuenta que, al momento de ejecución del hecho, el día 25 de septiembre de 2013 A.R.O. tenía dieciséis años y siete meses de edad, esto es, una edad más próxima al límite de imputabilidad, que a la de la edad adulta. Sólo después de ello sería pertinente examinar sus antecedentes de vida que permitan formarse un juicio sobre su grado de socialización y sus posibilidades de comprender en todo su alcance el injusto cometido, y, en su caso, examinar el resultado del tratamiento y la impresión personal obtenida en la audiencia del art. 41 CP. Como he dicho antes, el defecto de consideración de las modalidades del hecho, y por ende del reproche merecido por ese hecho concreto, torna inoficioso el examen de su evolución y del resultado del tiempo de observación y tratamiento establecido por el art. 4 de la Ley 22.278, porque este abordaje sólo se justifica si el hecho cometido cuando niño es suficientemente grave como para concluir que es necesaria la aplicación de una pena atendiendo a la proporción entre ésta y la infracción cometida por el niño.

En consecuencia y a diferencia de lo resuelto en el caso “[B, JE](#)”, el juez García aquí sostuvo que correspondía anular la sentencia impugnada y reenviar a otro Tribunal con la exigencia de efectuar “*apreciaciones de hecho más exhaustivas para determinar*” la gravedad objetiva del hecho.

En consecuencia, la Casación –por mayoría– resolvió hacer lugar a los recursos de las defensas, anuló la sentencia del Tribunal Oral de Menores por “*defecto de fundamentación sobre la necesidad de pena*” y envió el caso a otro Tribunal para que dicte un nuevo pronunciamiento.

En suma, la propuesta dogmática formulada por el Juez García puede ser sintetizada en las siguientes pautas:

- conforme el propio orden que contiene el art. 4, decreto ley N° 22.278, la primera pauta que debe ser analizada a la hora de discutir y/o establecer la necesidad de pena es la “*modalidad del hecho*”;
- en esta pauta debe analizarse la gravedad del injusto, el aporte personal concreto realizado al suceso, la edad precisa del adolescente al momento de su comisión y demás circunstancias personales que permitan establecer el grado de comprensión y el rango de autodeterminación en su ejecución;
- si de dicho análisis no puede afirmarse una entidad relativa en punto a su gravedad, debe concluirse –sin más– en la innecesariedad de sanción penal en el caso. De lo contrario, queda habilitado el análisis de las restantes pautas del art. 4, ley N° 22.278, a los efectos de completar el estudio sobre la necesidad o no de castigo penal juvenil.

4. REFLEXIONES FINALES

Si bien resulta claro que este precedente –como en rigor todos los fallos que se inscriben en la pretensión de armonizar el régimen vigente a las exigencias mínimas de la CDN– no logra zanjar el déficit normativo que supone la vigencia del decreto ley N° 22.278, lo cierto es que desarrolla una interesante propuesta dogmática del complejo y “contingente” art. 4, de la citada norma.

Como lo afirma el juez García en este fallo “*surge sin esfuerzo el núcleo de la cuestión ínsita en el citado art. 4: el juez o tribunal debe dar fundamentos pertinentes y ajustados a la ley sobre la necesidad de imponer una pena*”.

En esta misma línea, el juez Jantus, en el precedente “[J, LE](#)”¹⁰, con absoluta elocuencia sostuvo que

¹⁰ CNCCC, Sala III. “[J, LE](#)”. Causa N° 852/2014. Registro N° 165/2015. 17/6/2015.

...la redacción del art. 4° de la ley citada, desprovisto del marco prescriptivo supranacional, claramente conduciría a la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma, puesto que, se contrapone abiertamente con los paradigmas del derecho penal juvenil ideado por los convencionales... Sin embargo, como adelanté, es posible determinar racionalmente los alcances del poder estatal en el derecho penal juvenil, si esa norma es interpretada desde los parámetros consignados en la Convención del Niño y los documentos internacionales relacionados con la materia.

En tanto institución de garantía e instrumento de protección del derecho al acceso a la justicia, cuando la Defensa Pública asiste al colectivo de la infancia y adolescencia en conflicto con la ley penal, emergen determinadas especificidades que no pueden ser soslayadas a la hora de gestionar una defensa eficaz.

Un estándar que debe satisfacer una Defensa Pública especializada –en tanto exigencia de defensa eficaz– debe estar condicionada por un permanente trabajo de interpretación y adecuación de la normativa vigente a los estándares internacionales.

Es por ello que, a mi criterio, una cuestión central que debe asumir la Defensa Pública especializada en la materia es desarrollar y profundizar una dogmática –en clave de derechos específicos– del artículo 4, decreto ley N° 22.278, a fin de reducir la operatividad del castigo de modo que la justificación (y, por ende, la imposición) de la pena sólo pueda quedar habilitada a los casos de mayor gravedad.

BIBLIOGRAFÍA

Beloff, Mary. 2016. *¿Qué hacer con la justicia juvenil?* Buenos Aires: Ad- Hoc.

Guemureman, Silvia. 2011. *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales de menores: los Tribunales Orales de la Ciudad de Buenos Aires.* Buenos Aires: Ed. Del Puerto.