



Universidad Nacional de La Plata
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Secretaría de Postgrado
Instituto de Derechos Humanos
Maestría Derechos Humanos

Tesis de Maestría

PARTICIPACIÓN CRIMINAL Y PRÁCTICA JURISDICCIONAL

CONTRADICCIONES Y DIFICULTADES DE PROCEDIMIENTO EN LA IDENTIFICACIÓN DE
FIGURAS DELICTIVAS Y EN LA APLICACIÓN DE LA LEY A DELITOS COMETIDOS

CONJUNTAMENTE POR JÓVENES Y ADULTOS,

EN EL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE LA PLATA (PROV. DE BS. AS.)

ENTRE LOS AÑOS 1997 Y 2012

Autora: **ABOG. NELLY ALFONSINA GARCÍA**

Director: **DR. GABRIEL M. A. VITALE**

Diciembre de 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
OBJETIVOS	5
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD	6
METODOLOGÍA	7
ESTRUCTURA GENERAL DE LA TESIS	9
CAPÍTULO I	11
DIFERENCIAS DE JUZGAMIENTO EN EL SISTEMA DE LA JUSTICIA PENAL BASES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCESO PARTICULAR	11
CAPÍTULO II	14
EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL. BREVE RESEÑA HISTÓRICA	
LEGISLACIÓN NACIONAL	14
- Surgimiento del Código Penal Argentino	15
- Sanción de la ley 25.767	17
- Anteproyecto actual de reforma al Código Penal	21
LEGISLACIÓN PROVINCIAL	22
- Antecedentes	22
- Competencia	23
- Imputados mayores y menores. Procedimiento	24
- Primeras prácticas en la materia	26
- Decreto ley 10.067/83	28
DIFERENTE CONCEPCIÓN DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN PERSPECTIVA COMPARADA	29 30
CAPÍTULO III	36
NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS	
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	36
CONSTITUCIÓN NACIONAL. REFORMA	38
NUEVA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	44
CAPÍTULO IV	47
APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL	
PARTICIPACIÓN CRIMINAL: NOCIONES GENERALES	49
MODALIDADES DE LA PARTICIPACIÓN	50
OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN	54
PRINCIPIOS RECTORES DE LA PARTICIPACIÓN: IDENTIDAD DE LA FIGURA DELICTIVA	57
PRIMEROS CASOS ANALIZADOS	59
OTROS CASOS	66

CAPÍTULO V	79
ERRORES JUDICIALES: RESPONSABILIDAD	
AFECTACIÓN DE GARANTÍAS POR ERRORES JUDICIALES	83
CAPÍTULO VI	109
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	115

“(…) A las diez de la noche fuimos juntándonos a una cuadra escasa de la tejeduría. Uno de los nuestros falló; don Eliseo dijo que nunca falta un flojo. Pensé que luego le echarían la culpa de todo. Estaba por llover. Yo temí que alguien se quedara conmigo, pero me dejaron solo en una de las puertas del fondo. Al rato aparecieron los vigilantes y un oficial. Vinieron caminando; para no llamar la atención habían dejado los caballos en un terreno. Ferrari había forzado la puerta y pudieron entrar sin hacer ruido. Me aturdieron cuatro descargas. Yo pensé que adentro, en la oscuridad, estaban matándose. En eso vi salir a la policía con los muchachos esposados. Después salieron dos agentes, con Francisco Ferrari y don Eliseo Amaro a la rastra. Los habían ardidado a balazos. En el sumario se declaró que habían resistido la orden de arresto y que fueron los primeros en hacer fuego. Yo sabía que era mentira, porque no los vi nunca con revólver. La policía aprovechó la ocasión para cobrarse una vieja deuda.

Días después, me dijeron que Ferrari trató de huir, pero que un balazo bastó.

Los diarios, por supuesto, lo convirtieron en el héroe que acaso nunca fue y que yo había soñado.

A mí me arrearon con los otros y al poco tiempo me soltaron”.

(Extraído del cuento *El indigno*, de Jorge Luis Borges, incluido en *El informe de Brodie*.

Edición especial para La Nación. Septiembre de 2001)

INTRODUCCIÓN

El tema abordado en la presente tesis surge del conocimiento de ciertas prácticas judiciales, que se han mantenido inalterables en el tiempo a pesar de los cambios legislativos operados. Dichas prácticas han sido registradas en gran medida como integrante de los Tribunales de Menores, hoy Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil, del Departamento Judicial La Plata de la Provincia de Buenos Aires.

OBJETIVOS

El trabajo tiene los siguientes objetivos:

- Dar a conocer las aludidas prácticas judiciales intentando, mediante el planteo de caminos alternativos, adecuarlas a los estándares internacionales de derechos humanos.
- Exponer y develar, las serias contradicciones que su aplicación genera y que aún se mantienen vigentes.
- Analizar brevemente los antecedentes históricos, como también los hechos contemporáneos que contribuyeron a un nuevo diseño y cambio de paradigma en la manera de concebir los derechos de los niños, jóvenes y adultos.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Específicamente, el problema que se plantea en este trabajo se refiere a la existencia de determinadas razones en las mencionadas prácticas por las cuales los jóvenes (menores de edad) y los adultos pueden en forma indistinta encontrarse imputados, procesados y condenados por un delito diferente, a pesar de haber cometido el mismo hecho, en forma conjunta e integrando un común tipo delictivo, y no obstante haber contado los respectivos jueces de garantías, desde el inicio de la Investigación Penal Preparatoria, con idénticas actuaciones sumariales.

Tal particularidad en el diligenciamiento de los casos analizados ha impedido la uniformidad en la tipificación delictual y quebrantado la correcta aplicación de los distintos grados de participación de los actores.

JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD

Es necesario destacar la importancia de los resultados de la presente investigación y el valor de los elementos de análisis que puede aportar al consecuente proceso de mejoramiento en el tratamiento de los casos relativos a la problemática expuesta, basada fundamentalmente en su singularidad dado que, no se conocen trabajos anteriores en la temática, tanto por el abordaje del planteo objeto de estudio como por los datos empíricos que se aportarán. Asimismo resultará relevante como un modo de contribuir con la comunidad judicial en la reparación de las consecuencias de una realidad que afecta directamente los derechos de todo justiciable.

Para intentar calibrar la dimensión del problema que se plantea resulta de interés en este punto aportar alguna cuantificación surgida de estadísticas oficiales:

De acuerdo con información del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, de las casi 700.000 Investigaciones Penales Provisorias –IPP- que se iniciaron en el año 2012, el 4% (cerca de 28.000) correspondieron al Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil (menores de 16 a 18 años). En 2013 fueron 28.892 y en 2014, 29.155. El porcentaje de participación del fuero respecto del total de IPP se mantiene estable al menos desde el año 2009. Sin embargo, en los homicidios dolosos la participación de los menores es mayor que en el total de delitos: un 14% en 2011 y un 13% en 2012.

Por otra parte, esos informes de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia provincial detallan además que “(...) en el año 2012, aproximadamente el 21% de las IPP iniciadas en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, incluye al menos un imputado/sindicado mayor de edad”. En 2011 la participación de adultos había sido del 20%, y en 2010 un punto menos. En los últimos informes disponibles, se expresa que “(...) del total de IPP por homicidios dolosos iniciadas en el primer semestre de 2013, la participación de sindicados/imputados menores de edad mantienen aquella incidencia cercana al 14%, siendo de destacar, como se detalla en el capítulo correspondiente, que en las investigaciones donde se los involucra existe, en un alto porcentaje (33.3%), la participación de coimputados mayores de edad.

Es por ello que el tema tratado adquiere singular relevancia, no solo por el valor que representa su abordaje desde lo conceptual sino también por la implicancia demostrada respecto de la magnitud de los casos encuadrados dentro de la problemática que, como se observa, expresan las estadísticas oficiales disponibles (que por otra parte solo mensuran aquellos hechos que pudieron resultar esclarecidos).

Consecuentemente, la búsqueda de un mejoramiento en las prácticas utilizadas para el manejo de esas causas, al ser acompañada, como necesariamente resulta deseable, de un estándar ético y jurídico en la actividad conjunta de los jueces, ayudará además a la recuperación de la credibilidad en la justicia mediante el conocimiento de la verdad de los hechos, garantía que debe imperar en todo sistema democrático y republicano.

Esta exploración como trabajo único y singular proporcionará además nuevos conocimientos sobre el tema y servirá de punto de partida para otras investigaciones y trabajos relacionados.

METODOLOGÍA

Para llevar a cabo esta investigación se utilizó el estudio de casos y la comparación sistemática como estrategia metodológica, a fin de analizar los distintos procesos y sus resultados y posibilitar a través de ellos la comprensión, profundidad, riqueza, expansión y experiencia características propias del método cualitativo (Sampieri, 2010) cuyo estudio fenomenológico a través de la recolección de datos se aborda en esta tesis. En este sentido, el análisis de casos llevado a cabo es de tipo instrumental y también explicativo. Los expedientes de los Juzgados fueron herramientas y fuente primaria de la investigación evaluados con el objeto de indagar sobre las prácticas judiciales y formular conclusiones al respecto fundadas en estándares jurídicos internacionales de derechos humanos. Además se utilizaron otras fuentes de datos como búsqueda de nueva información que permitieron interactuar con el resto de los ya obtenidos.

Esta tarea se inició con la detección de expedientes de naturaleza jurídica penal, es decir en aquellos en los que se investigaba la comisión de un hecho ilícito y la intervención de menores de edad que habían participado con adultos. La cotidianidad laboral en el

Fuero de Menores y el rol profesional que allí ejercía la autora de esta tesis en calidad de Secretaria facilitó el acceso a los expedientes.

El paso siguiente fue extraer de esta documentación la identidad del coimputado mayor de edad y el juzgado interviniente, y con estas referencias concurrir a la Unidad Funcional de Investigación, a los Tribunales Orales Correccionales o Criminales, a Cámara Penal de Apelación y Garantías o en su caso, al Juzgados de Ejecución Penal y por último, dependencias de los Archivos correspondientes, ello según el estado en que se encontrara el proceso, a los efectos de tomar vista del expediente. Así, mediante su lectura fue posible recopilar información para proceder al cotejo y posterior estudio de las causas vinculadas entre sí. La posibilidad de consultar los expedientes en los citados organismos dependientes de la Suprema Corte de Justicia resultó dificultosa, dado que la secuencia procesal exigía el recorrido de estos instrumentos por distintas áreas, lo que entorpeció su seguimiento y ubicación en forma inmediata, sobre todo teniendo en cuenta que los procedimientos de ambos fueros, menores de edad y adultos no corren en forma paralela, circunstancias que demoraron el tiempo estipulado para llevar a cabo la investigación. Nuevamente el cargo público que ejercía en ese entonces, facilitó el acceso a documentos, sin embargo, dada la complejidad antes mencionada, se decidió descartar, para este estudio, tanto aquellos casos cuya documentación fuera incompleta, así como las causas nos concluidas procesalmente, situación bastante común en el fuero de adultos.

Como se indicó más arriba, el criterio de accesibilidad fue determinante para radicar el estudio en el Departamento judicial de La Plata. Es necesario recordar que la Ley 13.634, en el artículo 4to implica prohibición legal para difundir detalles de las causas de menores a los fines de reservar su identidad. Pero también es importante señalar una particularidad histórica ya que el primer Tribunal de Menores de la Provincia de Buenos Aires, que data del año 1937, se radicó exclusivamente en este distrito siendo el de mayor trayectoria en materia de niñez.

En cuanto al período de estudio seleccionado, es de destacar que el año 2007 se configura como bisagra ya que comienza a aplicarse la Ley de Responsabilidad Penal

Juvenil N° 13634¹ y el Código Procesal Penal (Ley 11.922)², ambas legislaciones adecuadas a los estándares internacionales y regionales de los DDHH. Ante tales modificaciones, se optó por trabajar en dos bloques de casos: cuatro casos comprendidos entre los períodos 1997-2006 sometidos al anterior régimen penal que responde al decreto Ley10067/83 y luego, seis casos sucedidos entre los años 2007 y 2012 sujetos a la aplicación de la nueva ley.

Seleccionada la documentación, se desarrolló la etapa de confrontación de casos y a partir de ello comenzaron a advertirse e interpretarse repetidas contradicciones que surgidas indistintamente en cualquier etapa del proceso y vinculadas todas ellas al problema planteado, resultaron circunstancias que permitieron, mediante un minucioso análisis, indagar sobre las causas, efectos y consecuencias del fenómeno objeto de estudio. El contenido de esta información y su resultado no pretende ser representativo a nivel cuantitativo, pero sí paradigmático y significativo en cuanto a la identidad del problema y a la necesidad de considerar formas alternativas de resolver las discrepancias y disparidades de criterio detectadas.

Por otro lado, la búsqueda y consulta de literatura especializada relacionada con la legislación penal de adolescentes y adultos, tanto en materia sustantiva como adjetiva a nivel provincial, nacional e internacional, análisis de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de los casos contenciosos, opiniones consultivas y demás doctrina atinente al tema de los derechos humanos, constituyeron un valioso aporte para el esclarecimiento del tema.

Por último, el contacto diario y directo con magistrados y funcionarios competentes en razón de la materia, coadyuvaron a los objetivos y resultados de la presente investigación.

ESTRUCTURA GENERAL DE LA TESIS

La misma ha sido planteada mediante el desarrollo de una serie de capítulos.

¹ Ley 13.634 Régimen Penal del Niño (BO. 2/2/07).

² Ley 11.922 Código Procesal Penal de la Prov. de Bs. As (B.O. 23/01/97).

En el **primer capítulo** se explica el procedimiento que, de acuerdo a la actual legislación, se aplica en aquellos casos en que se imputan delitos a mayores y menores de edad que actuaron en un hecho en forma conjunta.

En el **segundo** se describe un breve tratamiento legislativo respecto al instituto de la participación y su evolución en el plano nacional y provincial. A su vez se mencionan otras legislaciones desde una perspectiva comparada.

Seguidamente, el **tercer capítulo** alude a la normativa internacional, específicamente a la Convención sobre los Derechos del Niño, su incorporación a la Constitución Nacional y demás instrumentos internacionales que conforman el "corpus juris" de protección de los derechos del niño, niñas y adolescentes. Además, se hace referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y se desarrolla su incidencia en todos aquellos instrumentos vinculados al tema de esta tesis.

El **cuarto capítulo** analiza la aplicación de las normas de la parte general del Código Penal en aquellos delitos cometidos por adultos y menores de edad en forma conjunta. Las modalidades de la participación, su conceptualización y también otras formas de intervención. Se exponen en el mismo un conjunto de casos concretos analizados como apoyo del desarrollo del trabajo.

A continuación el **capítulo quinto** aborda el tema de los errores judiciales como consecuencia de las diferentes resoluciones judiciales y la afectación de derechos y garantías producto de esos errores. También plantea el marco legal comprendido por los estándares internacionales y regionales en función del resguardo que debe cumplir el estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Finalmente, en el **sexto capítulo** se exponen las conclusiones finales de la investigación y se presentan propuestas tendientes a intentar resolver algunas de las dificultades y contradicciones planteadas durante el desarrollo del trabajo.

CAPÍTULO I

DIFERENCIAS DE JUZGAMIENTO EN EL SISTEMA DE LA JUSTICIA PENAL

BASES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCESO PARTICULAR

La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, que garantiza en la provincia de Buenos Aires³ el principio de justicia especializada, conforme al mandato dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ -2002- y demás instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, sienta las bases de juzgamiento dentro de un proceso particular, más favorable que el aplicado a los mayores de edad. Conviene subrayar que, si bien la garantía de un debido proceso no resulta innovadora, pues es la misma que la utilizada para los adultos, la diferencia está en que el joven no sólo tiene las garantías y derechos procesales de un mayor de edad, sino que además tiene los propios por su condición de niño y entre otros, la de ser juzgado por un órgano especializado.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos humanos (2011), ha sostenido que “(...) una consecuencia evidente de la pertinencia de atender de forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos (...)”. Asimismo ha hecho referencia “(...) a un tratamiento especial y una magistratura especializada”. Sí pues, la especialización requiere leyes, procedimientos e instituciones específicas para niños (...)”⁵.

³ Ley 13634 de Responsabilidad Penal Juvenil (RPJ) sanc. 28/12/06, prom. Con obs. Por D. 44/07, 18/01/07 Boletín Oficial 2-02-07.

⁴ “Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular (...)” (Weinberg, 2002: 495).

⁵ Comisión Interamericana de Derechos humanos, Relatoría sobre Los Derechos de la Niñez: “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. OEA documentos oficiales; OEA Ser. L/V/II Doc. 78, Luxemburgo, 2011. “Principio de Especialización” Pág. 23. Citas: a) Corte IDH condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28-08-02 Serie A N° 17, párrafo 109. b) C.IDH. Informe número 41/99 Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores Detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999. Párrafo 125”.

Terragni Martiniano (2007: 1113-1120) plantea también el principio de justicia especializada y coincide en determinar la obligación de establecer una justicia penal juvenil singular, particular y exclusiva.

Siguiendo este orden de ideas, es importante destacar que la justicia penal juvenil por su particularidad, no declina en aquellos casos en que se imputen delitos a personas mayores de edad, que conjuntamente han intervenido con jóvenes. Más aún, de la ley de Responsabilidad Penal Juvenil –RPJ- surge un criterio de competencia exclusiva en el que determina que la Investigación penal preparatoria con relación a niños, jóvenes y adultos, es llevada a cabo por el Fiscal especializado, sin perjuicio de las comunicaciones a los juzgados de garantías del joven y del mayor de edad⁶. Es decir, que el adulto desde un inicio y durante el transcurso de la etapa preliminar de investigación se encuentra a disposición del fiscal especializado del joven y sujeto a todas las medidas y resoluciones que surjan durante la misma, hasta el requerimiento de elevación a juicio, circunstancias que a partir de esta petición queda a disposición del fiscal de juicio y juzgados en lo correccional o Tribunal Criminal de adultos.

Como excepción a esta regla la ley establece que en aquellos casos complejos y que se justifiquen, podrá intervenir un fiscal no especializado que tome a su cargo la persecución con relación sólo a los adultos⁷.

Por otro lado, estas observaciones encuentran relación con otra regla que denota la obligatoriedad de poner en conocimiento el veredicto y sentencia, sólo en los supuestos en que el adulto haya sido absuelto o condenado a una pena inferior en relación a la condena del Juzgado o Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil, que con anterioridad ha dictado veredicto y sentencia condenatoria, por lo que la justicia de mayores deberá remitir copia autenticada de la sentencia y en tal caso el Juzgado o Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil, que haya dictado la sentencia deberá de oficio, revisar en concordancia con el veredicto y sentencia remitido, incorporada a la causa⁸.

⁶ Ley 13.634 Art. 66: “Cuando en hechos criminales o correccionales se encuentren imputados conjuntamente niños y mayores, o hubiere delitos conexos, el Fiscal del Joven practicará la investigación penal preparatoria, comunicando su intervención a los Juzgados correspondientes (...)”.

⁷ Ibid “(...) Cuando la complejidad del caso lo justifique, podrá requerir del Fiscal General la asignación de un Fiscal no especializado que, tome a su cargo la persecución penal con relación a los coimputados mayores”.

⁸ Ibid Art. 67: “Si los mayores coprocesados fueren absueltos, o condenados a pena inferior a la aplicada a los niños, procederá la revisión de oficio del proceso, para lo cual el Juez que hubiere conocido remitirá inmediatamente de ejecutoriada la sentencia, copia autenticada de la misma al Juzgado o Tribunal de la Responsabilidad Penal Juvenil a efecto de que previa vista al Agente Fiscal, al Defensor y Asesor de Incapaces, dicte un nuevo pronunciamiento”.

Es importante dar a conocer, que si bien este procedimiento ha sido producto de la transformación jurídica de la adecuación a los estándares de juzgamiento, tendiente a garantizar la seguridad jurídica en aquellas causas seguidas a mayores y menores, lo cierto es que a poco de verificar el funcionamiento práctico y su resultado se advierte, que mayores y menores de edad, se encuentran en forma indistinta imputados, procesados y condenados por un delito diferente a pesar de haberlo cometido en forma conjunta e integrando un común tipo delictivo.

Esta dificultad que conspira con la posibilidad de hallar las variantes participativas de un hecho ilícito, en los que intervienen dos o más personas ha sido ya una constante, no sólo en la actual legislación sino que proviene también de leyes precursoras, como la primigenia ley 4.664 de creación de Tribunales de Menores⁹ y posteriormente Decreto-ley 10.067¹⁰ en el orden provincial, ambas basadas en un contexto político, económico y social totalmente distinto del actual, y que preveían también a través de disposiciones específicas, el procedimiento que debía llevarse a cabo en aquellos delitos cometidos en forma conjunta por mayores y menores de edad.

⁹ Diario de Sesiones, Senado de la Provincia de Bs.As. 5ta. Sesión Extraordinaria. Ley 4664 sancionada 21/12/1937, Promulgada 2/01/1938.

¹⁰ Decreto-ley 10.067/83.

CAPÍTULO II

EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

LEGISLACIÓN NACIONAL

Precede a toda codificación relacionada con el Derecho Penal de Menores el proyecto presentado por Carlos Tejedor en el año 1865, cuya primera expresión la descubrimos en el artículo 2, inc. 1º del título III al referirse a los menores de diez años, como exentos de toda pena y reconoce como imputables a los mayores de diez años pero menores de catorce, cuando actuaran con discernimiento. La pena a imponer en este caso era reducida y quedaban sujetos a igual que los adultos al tratamiento de la participación criminal, de acuerdo a la exhaustiva distinción entre autores principales, cómplices y auxiliadores o factores¹¹.

Este proyecto no llegó a sancionarse y si bien ejerció una gran influencia sobre el primer código Penal Argentino, sancionado en 1886, fue receptado y cobró vigencia en varias provincias entre ellas, la Provincia de Buenos Aires, lo que dio motivo a que algunos autores denominaran al proyecto “Código Tejedor”¹².

Posteriormente y a pocos años de la sanción del primer Código Penal Argentino, se proyectaron varias reformas, una de ellas la llevada a cabo en 1891 por los Doctores Piñero, Rivarola y Matienzo. Este trabajo si bien no fue aprobado, constituye el primer antecedente directo de las actuales normas sobre participación en el cuerpo normativo penal vigente¹³.

¹¹ El redactor cita como fuente de inspiración el art. 120 del Código de Baviera y Las Partidas (L.9 tít. 1 P 7). En el Título IV destinado a la atenuación legal de la pena, en el artículo 2do. y como subtítulo la Edad del delincuente. La segunda parte del proyecto la divide en dos libros, cuyo título IV se refiere a los autores principales, en el título V a los cómplices y en el título VI a los auxiliadores o factores. Disponible en [Books.google.com.ar/books?id=3yooAQAAMAAJ](https://books.google.com.ar/books?id=3yooAQAAMAAJ). Argentina Carlos Tejedor 1866. Proyecto de Código Penal para la República Argentina. 24/03/2014.

¹² Zaffaroni E. y Arnedo (1996: 123), argumentan que “es incorrecto referirse al “proyecto tejedor” y que es preciso hablar del “Código Tejedor”, ya que éste fue gradual y sucesivamente aprobado por la mayor parte de las provincias –a excepción de Córdoba- antes de su sanción por parte del Congreso Nacional”.

¹³ Fierro (2001: 197) cita “el Título V del proyecto de 1891 ‘De las personas responsables cuyo art. 69 considera como autores, incluyendo a los que toman parte en la ejecución del hecho, a los que suministran una cooperación esencial y a los instigadores. (...) fija por exclusión la calidad única de cómplices, expresando que lo serán aquellos que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperen en la

Sin embargo, la idea de introducir amplias reformas al Código de 1886, hizo que el movimiento renovador legislativo a solicitud del Poder Ejecutivo, presentara una nueva revisión al citado Código y es así como en el año 1906 surge un proyecto el que incorpora algunas normas provenientes de la modificación anterior, de manera que produce el quebranto del orden sistemático de la estructura de la versión originaria del Código. En materia de participación si bien las normas del proyecto de 1891 sobre autoría, no fueron innovadas, sí respecto a la complicidad, categoría que después de un minucioso estudio resultó íntegramente sustituida por un nuevo régimen.

A propósito de ello, y con una nueva concepción surgen observaciones al Código Penal realizadas por el senador Julio Herrera, y sus críticas al nuevo proyecto de reforma de 1906. Es de destacar en primer lugar el cuestionamiento de la doctrina que se sustenta en relación a la pena y el delito, proveniente de la “Escuela Clásica”, cuyos seguidores entendían que lo importante era la materialidad del hecho, prescindiendo del conocimiento del autor. Es así que en oposición a ese concepto, propone tener en cuenta, las peculiaridades de la persona que delinque, subjetividades que a la hora de decidir e imponer la pena, debían indefectiblemente prevalecer (Nuñez, 2011).

Por otra parte en lo referente al tema que nos ocupa sostenía que: “(...) era preciso diferenciar a los autores de los cómplices, ya que ambos estaban separados los unos de los otros, por su naturaleza física y moral, por sus caracteres y pasiones y por el peligro desigual que su impunidad presentaría (...)”, “(...) la mayoría de estos conceptos adquirieron gran resonancia y valioso aporte para la doctrina penal (...)” (Nuñez, 2011).

- Surgimiento del Código Penal Argentino

Finalmente fue el proyecto de Rodolfo Moreno (h), el que dio impulso a la creación del Código Penal Argentino -CP-, sancionado el día 30 de septiembre de 1921 mediante ley 11.179. Este código que aún hoy nos rige con algunas modificaciones, ha sido el resultado de un largo proceso acompañado de previos y varios intentos legislativos que sin resultar estos menos importantes, posibilitaron sobre la base de alguno de ellos, la

ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos, acercándose al concepto actual de complicidad (...)”.

redacción definitiva del texto de la ley. Respecto al tema de la participación criminal reproduce la regulación del proyecto de 1891, con fundamentos precisos, elabora y determina categorías de participación, evidenciando un gran progreso en materia penal por su coherencia y sistematización. “Considera autores a los que ejecutan materialmente y a los que presten ayuda, sin la cual el hecho no hubiera podido realizarse. Se aplica la pena de los autores a los instigadores. Toma en cuenta a los cómplices como los que cooperan de cualquier otro modo (...)”. “En la exposición de motivos hace a este respecto un largo estudio, examinando los proyectos de las comisiones anteriores, con sus antecedentes y fundamentos, el Código Tejedor con sus notas y el proyecto de Villegas Ugarriza y García, como asimismo la doctrina y la legislación comparada”.

Moreno se preocupó además de proyectar preceptos completamente nuevos en cuanto se refiere a la responsabilidad de los menores de edad y señaló que: “(...) en esta materia, nuestra legislación era de lo más incompleta, siendo continuas las observaciones que se hacían en los Tribunales. La comisión que presidí teniendo en cuenta, principalmente los preceptos de códigos extranjeros, los últimos proyecto para Suiza y Alemania, las conclusiones de nuestro Congreso Penitenciario de 1914 y las observaciones de la encuesta principalmente las contestaciones de los doctores Ramos y Coll, redactó los artículos que contiene la nueva legislación. Abandona francamente el criterio tan fustigado del discernimiento; autoriza medidas tutelares respecto a los menores, confiere facultades amplias a los jueces, teniendo siempre en cuenta los medios que disponemos para la prevención y represión (...)” (1922: 101-103). A su vez incluye criterios de juzgamiento discrecionales basados en la peligrosidad y gravedad del hecho penal¹⁴.

Posteriormente se promovieron varias iniciativas que fracasaron al proponer la recepción de la fórmula del estado peligroso. Dentro de la filiación positivista se destaca el Proyecto Coll-Gómez de 1936, y neo-positivista, el Proyecto Peco de 1941. Otras

¹⁴ “(...) supo escapar de la influencia del Positivismo que había irrumpido en esa época; es el primer Código que unifica la legislación penal y da cumplimiento al mandato Constitucional, salvo en lo que respecta a la falta y contravenciones. Continuó la línea de respeto a la dignidad humana, concretando dos aspiraciones caras a Irigoyen, la abolición de la pena de muerte y la no introducción de la peligrosidad sin delito”. V. Zaffaroni, E. “Tratado de Derecho Penal” t. 1, 1980 1º Edición, p.432/433.

iniciativas fueron el Proyecto Soler de 1960 y el elaborado en 1974 por la comisión creada por ley número 20.509.

En forma paralela a esos proyectos de sustitución del Código Penal, se promovieron varias reformas parciales, una de ellas y bajo la influencia de sustraer a los menores de edad del Código Penal para ser sometidos a un régimen especial, fue la ley 14.394 del año 1954 constituyendo una norma complementaria no codificada.

Es indudable que este Código Penal, ha sido objeto de múltiples reformas que produjeron la desnaturalización de su espíritu y se ha visto alterado no sólo por una serie de leyes, sino además por decretos y decretos-leyes que modificaron su versión original. La ley 17.567 del 12 de enero de 1968 reformó el Código Penal. Luego la ley 21.338 del 25 de junio de 1976 restableció todas las reformas que esa ley le hizo al Código Penal en el año 1968¹⁵. Fue frecuente en nuestro país que, como consecuencia de la irrupción de gobiernos de facto se aprobaran reformas penales que afectaron las normas constitucionales. Finalmente el Congreso de la Nación, ya recuperado el estado de derecho, en agosto de 1984, restauró la mayoría de los textos de la Ley 11.179 (Righi, 2007: 20-23).

- Sanción de la ley 25.767

Luego de las primeras reformas legislativas de flexibilización normativa aprobadas después de la recuperación democrática, surgen como consecuencia del desarrollo de campañas de ley y orden, nuevas iniciativas destinadas a endurecer el sistema legal construidas sobre la influencia conjunta de necesidades coyunturales del momento, que acompañan las ideologías imperantes de la época e inspiran la creación de objetivos que hacen a la política criminal (Righi, 2007: 22).

A partir de esta concepción y volviendo al tema que nos ocupa, el de la participación, viene al caso, hacer un análisis de la ley 25.767¹⁶ que se gestó como respuesta a las reiteradas demandas de seguridad ciudadana, canalizadas a través de los medios de difusión, y que fueron incorporadas con posterioridad a la agenda del gobierno de turno.

¹⁵ [En línea] en:[http:// es wikipedia.org/wiki/código Penal de la Nación Argentina](http://es.wikipedia.org/wiki/código_Penal_de_la_Nación_Argentina). Consulta realizada 9/9/2014.

¹⁶ Ley 25.767 (B.O 1-9-2003 n° 30224 p. 1. Sanc. 20-8-2003, Prom. 6-8-2003).

Estas circunstancias logran coincidir con un régimen de endurecimiento de las penas que ya se venía gestando y que también formó parte de la época denominada “mano dura”. Además esta ley va a adquirir posteriormente justificación y sustento en un hecho trágico y trascendental que conmovió a la sociedad toda, como fue el homicidio del joven Axel Blumberg en el marco de un secuestro extorsivo cometido en la localidad de La Reja, Provincia de Buenos Aires.

En este contexto se llevan a cabo una serie de proyectos cuyo común denominador preveía el aumento de la escala penal del delito respectivo, para todos aquellos casos cometidos por adultos con la intervención de menores de edad. Si bien la naturaleza de las propuestas enunciadas en los debates parlamentarios, evidenciaban como objetivo primordial una diversidad de propósitos, lo cierto es que las pautas más significativas establecían que la agravante tendría lugar a los efectos de: “(...) desalentar la utilización de menores para delinquir o su intervención en la comisión de delitos”. “(...) que la mayor severidad punitiva tuviera efecto disuasivo (...)”; que al mismo tiempo “(...) los adultos debían saber que formar, alentar y acompañar a un menor en el delito, era un hecho grave, que conllevaría necesariamente una mayor responsabilidad de su parte (...)”. “(...) preservar a los menores e intentar que no sean educados ni influenciados hacia el delito (...)”¹⁷.

Por otro lado, los proyectos abordaban indistintamente el contenido subjetivo de la norma, y así mientras algunos tomaban como referencia a la persona que se valiera o sirviera de un menor de edad inimputable o no, otros tenían como punto de partida la inducción o instigación, y el resto al que determinare a un menor.

Por último se resolvió como aproximación de las distintas propuestas, la más comprensiva de todas, pues el resto presentaba un concepto más restrictivo en cuanto a la interpretación, por lo que su expresión en sentido literal quedó redactado de la siguiente manera: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de 18 años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Flores Jonathan Gabriel, Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, causa 38330, 09-04-2014.

hubiere participado en el mismo”, y así quedó incorporado como agravante en la parte general del Código Penal el artículo 41 quater a través de la ley 25.767 sancionada el día 6 de agosto de 2003¹⁸.

Esta nueva normativa pasa a ser un dispositivo legal extensivo de los tipos penales de la parte especial del Código Penal, y al mismo tiempo que integra un articulado asistemático en la estructura de la versión originaria de la parte general de dicho Código, incorpora un elemento descriptivo del tipo objetivo, normativo o subjetivo, complementando las penas ya previstas en los delitos tipificados (Milei y Leale, 2004).

De manera que, aquellos delitos que integran distintos títulos del Código Penal a saber: “(...) delitos contra las personas –la vida- contra la integridad sexual -la libertad” entre otros, y que son considerados bienes jurídicos protegidos, la mencionada reforma da lugar a otro bien jurídico para proteger, los menores de edad y su incolumidad, en estos casos y específicamente, cuando han intervenido junto a un mayor en algunos de los hechos descriptos y tipificados por el CP.

Como resultado, la incorporación de la norma, ha llevado a consecuencias no advertidas por los legisladores y a poco de su vigencia comenzaron las dudas interpretativas acerca del significado del texto, su falta de certeza respecto a la determinación y vinculación con otras normas del Código Penal.

Viene al caso, tener presente las expresiones de Carlos S. Nino en cuanto a que: “La formulación de normas utilizando un lenguaje corriente hace que la expresión de la intención del legislador se encuentre limitada por defectos que presentan los lenguajes naturales. Además, el uso de un lenguaje natural compromete al legislador con la consecuencia de que sus expresiones sean interpretadas de acuerdo con el significado que a ellas les atribuyen las costumbres lingüísticas del grupo social al que las normas van dirigidas. Es verdad que los símbolos lingüísticos no tienen porqué tener otro significado que el que les otorga quien los usa. Sin embargo, esto se encuentra condicionado, en el derecho, por la dificultad de conocer la intención de los legisladores, a los que muchas veces sobreviven sus normas, y por la convención

¹⁸ B.O. 1-09-2003 n° 30224, p. 1, ley 25.767, sanc. 29-08-2003, Prom. 6-08-2003.

vigente en la dogmática actual, de que la intención del legislador no es un criterio decisivo para atribuir significado a sus palabras, sino que tienen prelación sobre él la determinación de cómo serían razonablemente interpretadas por sus destinatarios y las consideraciones acerca de la relación que debe guardar la norma en cuestión con otras que integran el sistema jurídico (...). También los legisladores están condicionados, en la expresión de su intención, por las leyes y reglas de inferencia lógica. Un análisis lógico de los enunciados legislativos puede llevar a descalificarlos o a mostrar consecuencias no previstas por sus autores. Debe tenerse en cuenta que las normas que un legislador sanciona, se insertan en un sistema integrado también por otras normas, por lo cual, de la combinación de las normas que un legislador dicta con las otras que ya pertenecen al sistema o forman parte de él en un futuro, podrán derivarse consecuencias no advertidas quizá por dicho legislador, o bien surgir problemas lógicos –como contradicciones, redundancias- que no se presentan en las normas aisladas, sino una vez que entran en relación con el resto del sistema jurídico (...)" (Nino, 1993: 247-248).

Los distintos planteos de los tribunales de Casación Penal en cuanto a la interpretación de esta nueva norma, y las objeciones de constitucionalidad que formularan, han sido despejadas de toda duda por la Suprema Corte de Buenos Aires en uno de sus primeros fallos atinentes al tema y en el que no sólo expresa una apreciación de lo que implica el verdadero sentido de la letra de la ley, sino que además determina el significado jurídico de la intervención de un menor de edad, en un hecho penalmente relevante con la participación de un mayor, a través de las formas de autoría o participación ya previstas en la parte general del sistema penal¹⁹. En igual sentido y en reciente fallo, en el que se cita además lo sustentado coincidentemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰.

¹⁹ S.C.J.B.A. "Flores Jonathan Gabriel, Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa 38.330, 9-04-2014.

²⁰ S.C.J.B.A. P. 117.092 "Fiorini, Cristian y Veloso, Agustín, Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de Ley", causa 32.781. 13-08- 2014. Material obtenido en la "Jornada sobre doctrina y jurisprudencia de la SCJBA en materia penal", en dependencias del Instituto de Estudios Judiciales, 27 de noviembre de 2014, La Plata. Es importante señalar en este fallo el voto del Dr. R. Petiggiani: "(...) el término "intervención" que emplea la norma debe entenderse en el sentido amplio del concepto de participación, es decir aquél que involucra a la pluralidad de personal que toman parte en la ejecución de un delito, sin discriminar las diversas categorías de partícipes que prevé el Código Penal (...)".

- Anteproyecto actual de reforma al Código Penal

Finalmente, es importante hacer mención, al actual anteproyecto del Código Penal de la Nación Argentina, llevado a cabo por una comisión, presidida por el Dr. E. Raúl Zaffaroni, prestigioso jurista, cuyas primeras palabras en la Exposición de Motivos determinan la finalidad de la obra al decir: “(...) El presente Anteproyecto pretende cubrir una urgente necesidad y, al mismo tiempo, retomar la línea de una tradición legislativa codificadora nacional que se remonta a un siglo y medio y aún más lejos. La historia de nuestra codificación penal es compleja y la experiencia indica que siempre ha sido demorada, aunque en los períodos de estabilidad política fue encarado con extrema seriedad y por parte de personajes muy destacados. Contra las preocupaciones de nuestros libertadores regionales, que estaban obsesionados por reemplazar las leyes penales coloniales por códigos modernos y claros, nuestras autoridades posteriores, especialmente argentinas, dejaron de lado esas preocupaciones, enfrascadas en los avatares de una larga y accidentada vida política (...)”. Más adelante el autor continúa con un exhaustivo desarrollo histórico de los antecedentes y proyectos de codificación penal argentina. Aborda además temas sensibles como “(...) las campañas de ley y orden tendientes a fomentar la represión selectiva (...)” y advierte un panorama en que: “(...) la dignidad de la persona y los límites al poder punitivo del estado de derecho se hallan en constante riesgo. La conflictividad social dice ser clara en muchos países. Por regla general, los países de más marcada estratificación social son los que padecen servicios de seguridad más deteriorados, con frecuencia infiltrados por el llamado crimen organizado y con altas tasas de delincuencia policial. En nuestro país, en el plano legal, el panorama se ha vuelto caótico como resultado de la implosión del Código Penal de 1921 y de la multiplicidad de leyes penales especiales, como también de normas injertadas en leyes de la más diversa índole, cuya naturaleza –penal o no penal- muchas veces queda en duda. Nuestros jueces deben sentenciar válidos de una maraña de disposiciones legales que cada día resiste más una elaboración razonable de la doctrina que haga previsible decisiones. La certeza del derecho es requisito de toda materia jurídica, pues es lo que hace previsible la conducta y de este modo permite la coexistencia sobre base racional que, en definitiva, no es más que el objetivo general del derecho, expresado en el ordenamiento jurídico argentino en el Preámbulo de la Constitución Nacional. Para afianzar la justicia y para asegurar los beneficios de la

libertad, es menester proveer seguridad en la forma de certeza, o sea de previsibilidad (...)²¹.

Así mismo, remitidos a la parte general del anteproyecto específicamente al Título “Ámbito Material y Personal” se observa la cautelosa intención de apartar nuevamente mediante la sanción de una ley especial, la aplicación del futuro Código Penal a los menores de edad en conflicto con la ley penal, al dejar sentado que “(...) el Código se aplicará a los hechos cometidos por mayores de diez y ocho años de edad, no así a los menores cuyo régimen quedará establecido por una ley especial. No obstante, el texto no impone la sanción de una nueva ley en la materia ni la requiere. El actual régimen dispone la aplicación del Código en la medida en que la ley vigente lo refiere, o sea, a los menores entre diez y seis y diez y ocho años (...)²².

Respecto al Instituto de la participación, el anteproyecto alude a la “Concurrencia de Personas” y en esta materia la comisión prefirió no innovar, teniendo en cuenta que hasta el presente, ya sea por vía doctrinaria como jurisprudencial no se han puesto de manifiesto dificultades que condujeran a vacíos o huecos de punibilidad sensibles. No obstante denota disminuciones de las penas de acuerdo al grado de participación y responsabilidad del agente.

LEGISLACIÓN PROVINCIAL

- Antecedentes

Si bien el Código Penal y sus modificaciones aportan reglas de fondo en cuanto a la participación, ha sido la ley de creación de tribunales de menores y sus sucesoras, las que instituyen los procedimientos a seguir cuando intervienen conjuntamente en un hecho delictivo mayores y menores de edad. Y ciertamente los primeros atisbos relacionados con esta temática, se encuentran en la ley 4.664 que crea el primer Tribunal de Menores en la Provincia de Buenos Aires.

Esta ley responde a un modelo difundido por la Escuela positiva que fue receptado por las legislaciones de América Latina, a fines del siglo XIX siendo sus razones, la

²¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2014). *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, 1º Edición, marzo.

²² Ibid. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

necesidad de imponer un orden con la implementación de medidas de seguridad en pos de la defensa social, y fue llevado a cabo a través de diversos modos, que luego se transformaron en reglas. Especialmente en Argentina y focalizada en Buenos Aires, la nueva doctrina criminológica tuvo su mayor esplendor, como matriz naciente de una sociedad conservadora-liberal. Es así que en lo referente a lo normativo, todas ellas se encuentran vinculadas al espíritu de aquel modelo. (Domenech y Guido, 2003: 39-40).

Desde los albores, los debates parlamentarios de las leyes referidas a la infancia, permiten identificar una comunidad de saberes que aportan conocimiento en pos de la salvación del menor (Platt, 2001: 13-27).

Los propios legisladores, lo afirmaban con claridad “(...) el problema de la niñez culpable o abandonada ha sido estudiada por higienistas, filántropos, pedagogos y juristas”, los que han determinado la acción del legislador.

Producto de esta concepción la citada ley primigenia concibe, un juez único, especialista y misionero que se imponía sancionar, corregir y educar al menor, protegerlo y ampararlo, rodeado además de tres saberes: jurídico que venía dado por su condición letrada, el médico especializado en psicopedagogía, y por último el que devenía de los llamados visitantes, que debían ser como el juez, especializados (Domenech y Guido, 2003: 20-22).

- Competencia

La competencia en razón de la materia, estaba dividida en dos, una de carácter penal y otra asistencial, y dentro del procedimiento se requería para ambas la práctica de un informe médico el que debía versar sobre la condiciones actuales de salud del menor: sus antecedentes hereditarios; los datos antropológicos; un diagnóstico sobre las características psicológicas; un dictamen acerca del destino u ocupaciones apropiadas a su naturaleza y también un informe en el que constara una amplia información de los hechos y del concepto, medios de vida y ambiente concerniente a la persona del menor, sus padres, tutores o guardadores.

- Imputados mayores y menores. Procedimiento

Con relación a la competencia penal y respecto al tema específico que se aborda, la ley 4.664 en el art. 4to. disponía que “(...) cuando en hechos criminales o correccionales se encuentren imputados conjuntamente mayores y menores de dieciocho años o hubiera delitos conexos, se practicará una doble instrucción sumaria que se elevara a los respectivos tribunales, poniendo desde el primer momento a disposición del Juez de Menores, al menor detenido (...)”. “Si los mayores coprocesados fueren absueltos o condenados a pena inferior a la aplicada a los menores, procederá la revisión de oficio del proceso, para lo cual el juez del crimen que hubiera conocido en la causa principal, remitirá inmediatamente de producirse la sentencia ejecutoria, copia auténtica de la misma al Tribunal de Menores a los efectos de un nuevo pronunciamiento relacionado con los menores afectados”.

En la búsqueda de fundamentos para la última parte de este artículo con el objeto de interpretar la articulación en el procedimiento mediante el verdadero espíritu de la ley, fue necesario acudir al debate parlamentario, y es así como a través de las palabras del diputado Lobos, miembro informante durante el debate llevado a cabo, se toma conocimiento del cabal sentido de la norma. En su parte pertinente expresaba: “(...) el funcionado policial, mientras el Juez no intervenga, labrará dos sumarios por separado repitiendo en cada uno de ellos todas las constancias necesarias para la comprobación del delito y para determinar la responsabilidad de los inculpados, sumario que será elevado a su respectivo Juez. En esta forma se evita que el menor deba esperar la sustanciación íntegra del sumario correspondiente al o a los mayores, el cual concluido llegaría a manos del Juez del Crimen y recién entonces se informaría al Tribunal para Menores, como aparecía en el artículo 7 del proyecto sancionado por el Senado (...). El concepto de la revisión de la causa a que se refiere el segundo apartado del artículo 4º es simplemente poner al Tribunal en conocimiento de la sentencia más benigna dictada por el Juez del Crimen para el mayor partícipe, y sin substanciarse procedimiento alguno el titular del Tribunal para Menores deberá producir una breve y simple resolución que puede ser confirmatoria de su anterior decisión si no existe razón para modificar el pronunciamiento (...)”²³.

²³ Diario de Sesiones. Cámara de Diputados. Período 84. 16º Reunión. 15-12-1937. Legislatura de la Provincia de Buenos Aires.

Interpretados los principios generadores que inspiraron al legislador al dictar esta disposición, se observa la influencia benéfica y la concepción integral del deber del Estado en la llamada protección a la infancia. Por otro lado, el interés por apartar cuanto antes al menor de edad del alcance de la ley penal, como así de los procedimientos ordinarios, constituyeron en definitiva el fin perseguido por el codificador.

Es dable advertir que si bien en ese contexto histórico existía una preocupación por los delitos cometidos por menores de edad conjuntamente con adultos, lo cierto es que la última parte del artículo 4to. ha resultado solo visionaria, pues nunca tuvo aplicación y se puede afirmar que tampoco con leyes posteriores que reprodujeron esta disposición restablecieron su vigencia. -En la cotidianeidad de las prácticas judiciales y sin tener conocimiento de los motivos de la inobservancia, la autora de esta tesis ha sido partícipe de este procedimiento, pues el ingreso a la actividad judicial en el Tribunal de Menores nº 1 de esta ciudad, le permitió que trabajara en el marco de esta ley y sus sucesoras-.

Sin perjuicio del tema en tratamiento, y para señalar que la ley 4.664 fue esencialmente una ley procesal al establecer un procedimiento especial, verbal y actuado, es preciso hacer mención a las amplias facultades que la legislación otorgaba a la figura del juez entre ellas: la de instruir, procesar y dictar sentencia. No obstante, aun cuando el menor de edad fuera absuelto, la libertad era dispuesta a condición de no encontrarse material o moralmente abandonado o en peligro moral, de acuerdo a las constancias detectadas en los estudios esenciales, en su caso disponía como medida tutelar y sin límite de tiempo, la llamada “internación provisoria”, que en la práctica no era otra cosa que una privación de la libertad, en una institución dependiente de la Dirección de protección de la Infancia. Los hechos no eran revisados por las instancias de apelación y las penas se aplicaban de acuerdo a lo dispuesto en la ley 10.903.

Prueba de ello, surge de los expedientes confeccionados por los tribunales de Menores y de los que se desprenden a simple vista, la actuación de diferentes saberes, instituciones y prescripciones legales que dan legitimidad al proceso judicial y que en función de las ideas científico-jurídicas imperantes en la época, sumado a la valoración de la prueba a través de la convicción sincera, así se resolvía.

El mayor interés del proceso no estaba puesto en la materialidad del hecho delictivo, sino en el conocimiento de las conductas del menor de edad y su entorno familiar. Así surge la información contenida en los expedientes correspondientes a los informes elaborados por el médico del Tribunal y el Visitador, quienes a igual que el Juez debían cumplir con el requisito de la especialización para el ejercicio del cargo. Resulta importante dar a conocer que en principio el visitador-cuya función era realizar informes en el domicilio de la familia del menor de edad- era designado por la Dirección General de Protección a la Infancia. Con posterioridad esta facultad paso a ser materia exclusiva del Juez por lo que el desempeño del cargo de visitador recaía en una persona que formaba parte del plantel del juzgado cuyos requisitos a tener en cuenta eran su experiencia y su destacada trayectoria. También es dable hacer mención y obra en las actuaciones, que la declaración indagatoria era prestada ante el Juez y el Asesor, a diferencia del adulto que se hacía en presencia de personal policial, que estaba legitimado para llevar a cabo este acto procesal.

- Primeras prácticas en la materia

Como dato probatorio para obtener un mayor conocimiento respecto a la aplicación de la normativa, junto a las concepciones del positivismo criminológico y su escuela con los sistemas y principios científicos plasmados en las leyes en primer lugar, y adaptados en lo sucesivo, en el trámite de los expedientes judiciales, se expone en esta tesis algunas partes esenciales del tercer expediente de carácter penal, por un hecho cometido en forma conjunta entre un menor de edad y un adulto. Dicho expediente fue tramitado a partir de la creación del Tribunal de Menores n° 1 del Departamento Judicial La Plata en el año 1939. Con la colaboración del personal del Archivo Histórico dependiente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia Buenos Aires, se tuvo la oportunidad de extraer dicha documentación y proceder a su lectura.

Causa n° 3 caratulada: Tribunal de Menores n°, La Plata, 2 de enero de 1939, “N.N., Pedro-defraudación-Bragado”.

De fs. 1 a 17 obra actuación policial de la localidad de Bragado y entre sus piezas se encuentra a fs. 8/9, declaración indagatoria prestada por el adulto coimputado ante las autoridades de la seccional interviniente. Ya a fs. 31 luce en sede judicial la

declaración indagatoria del menor de autos, realizada en presencia del Asesor de Menores. Se resuelve conforme a lo dispuesto en los artículos 11 y 18 de la ley 4.664, decretar la internación del imputado, en un establecimiento dependiente de la Dirección General de Protección de la Infancia, solicitándose en la oportunidad la práctica de un informe médico, e informe ambiental.

A fs. 41 corre agregado el examen médico psicológico y de la parte pertinente se desprende que la madre del menor es de nacionalidad española, trabaja en su propia casa, padre fallecido. De los antecedentes personales, se destaca una serie de enfermedades comunes. También consigna que el imputado “(...) ha iniciado relaciones sexuales (...) toma vino (...). Del examen somático fisiológico y clínico surge entre otras consideraciones “(...) cabeza bien conformada, cejas normales, pupilas iguales, visión normal, orejas grandes, fosas nasales libres, oído normal (...) vientre depresible indoloro (...)”. Examen psicológico: atención espontánea normal, percepción normal, memoria, evocación y filiación, juicio bueno (...) aplicación de test de Binet y Simon, modificado por Terman (...) inteligencia normal. Vida afectiva, emotividad normal (...) rasgos predominantes del carácter humilde, afable. Hábitos: “(...) tabaquismo y onanismo por influencia del ambiente. Desde el punto de vista médico presenta hábito asténico de Stiller. Desde el punto de vista psicológico intelecto normal. Conclusiones: “(...) no se encuentra afectado de alienación mental o demencia en sentido jurídico. Se debe tratar en lo posible la depuración de los factores ambientales (...)”.

A fs. 50 y en virtud de lo dispuesto por el art. 18 de la ley 4.664 y art. 9 de la ley 4.372, el Juez resuelve la libertad bajo fianza real del menor acusado, a cargo de su madre, fijándose la fianza en la suma de pesos 200 moneda nacional.

A fs. 56 obra informe ambiental practicado por personal del establecimiento donde se encontraba el menor privado de su libertad y del mismo se extrae: “(...) que en la casa se observa orden y limpieza, buenos antecedentes y condiciones morales de la madre (...)”.

Se llama a autos para sentencia con fecha 2 de febrero de 1939 y el día 4 del mismo mes, el magistrado a través de elementos probatorios (denuncia, secuestro e

indagatoria) y por medio de su convicción sincera declara la autoría y condena a Pedro N. a la pena de tres meses de prisión en suspenso con costas (arts. 172, 42 y 44 del CP). No consta en el expediente remisión y adjunción de copia de sentencia autenticada con relación al adulto²⁴.

El siguiente recorrido legislativo nos sitúa en la época en que Argentina se encontraba bajo gobiernos de facto y no existían dudas sobre la preferencia de un sistema tutelar antes bien procesos cercanos a la Constitución. Es por ello que la Provincia de Buenos Aires, modifica la ley 4664, profundiza el modelo tutelar y el acercamiento al debido proceso es minúsculo. Se sanciona el Decreto ley 10.067²⁵.

- Decreto ley 10.067/83

Poco se puede extraer de este Decreto ley 10.067, ya que mantiene la ausencia de bilateralidad en el proceso penal, el rol promiscuo del Asesor de Menores, igual valoración de las pruebas, restricción en la interposición de recursos, pero sí se puede decir que estableció un procedimiento penal, civil y asistencial, de los que carecía su antecesora. Amplía la concentración del poder jurisdiccional, y le asigna una nueva competencia judicial: la de ejecución penal. No sólo el juez será el órgano de instrucción, sino también de sentencia y ejecución. Además incorpora las faltas y las contravenciones cometidas por menores de 18 años. Se acentúa la función de protección y amparo de aquellos menores que se encontraran material o moralmente abandonados o corrieran peligro de estarlo.

No obstante existió un cambio en la imposición del nombre que se le asigna, y que se denominó “Patronato de Menores” y según D’Antonio “se denomina patronato del Estado la función social que el Estado asume y ejercita en cumplimiento de su deber de protección de los sectores más débiles, tutelando a los menores de edad por intermedio de los funcionarios designados a tal fin”, legislación que no solamente estatúa respecto a la competencia jurisdiccional de los Tribunales Menores, sino también atribuciones desde otros lugares administrativos, donde compartían espacios de poder que no dejaban de ejercer en forma concurrente y coordinada con el fuero específico.

²⁴ Causa nº 3. Tribunal de Menores nº 1 La Plata. Departamento Histórico de la SCJ.B.A.

²⁵ Idem.

Este decreto ley debía aplicarse en conexión con la ley nacional 22.278²⁶ al decir que cumplidos los requisitos citados en el artículo 4to. de la citada ley, el juez previo traslado al Asesor de Incapaces o en su defecto defensor particular, pronunciará mediante el dictado de sentencia, si corresponde o no aplicar sanción, debiendo resolver respecto al destino del joven. En caso de no aplicar condena y absolver, podrá disponer una medida tutelar hasta la mayoría de edad²⁷. Medida que inspirada en la concepción proteccionista, no dejaba de representar una verdadera privación de la libertad.

Y con relación al tema específico abordado, es decir a los delitos que cometían en forma conjunta menores de edad y adultos, la legislación repite en el art. 27²⁸ iguales términos que su antecesora, pero con una trivial innovación ya no se trata del juez del crimen que hubiera intervenido, simplemente dice “juez” y agrega “previa vista al Asesor”.

Dada la época en que se sancionó el Decreto ley 10.067 y con la ausencia de un estado de derecho resulta imposible, conocer los motivos de la ínfima modificación de este artículo, e incluso aquellos que decidieron no derogarlo en la última parte, teniendo en cuenta la falta de operatividad y eficacia.

DIFERENTE CONCEPCIÓN DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN

Si bien la actual Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, cuenta con idéntica disposición, difiere en su concepción ya que el actual interés del legislador ha sido el de aplicar la citada regla a los efectos de acercar el derecho penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, con el objeto de evitar resoluciones futuras contradictorias o disímiles y así restablecer paulatinamente un estándar de juzgamiento,

²⁶ B.O. 28-08-1980. Ley 22.278, sancionada 25-08-1980.

²⁷ Decreto - ley 10.067/83, art. 38: “Cumplido los requisitos establecidos por el art. 4º de la ley 22.278, el juez, previa vista por tres días al Representante del Ministerio Público y al defensor particular en su caso, dictará sentencia respecto a si corresponde o no aplicar sanción, y al destino del menor. En los casos en que no se aplique sanción penal o se absuelva, se podrá disponer tutelarmente del menor hasta la mayoría de edad”.

²⁸ Decreto-ley 10.067/83, art. 27: “Cuando en hechos criminales o correccionales se encuentren imputados conjuntamente mayores y menores de 18 años, o hubiere delitos conexos, se practicará una doble instrucción sumaria que se elevará a los respectivos jueces poniendo al menor detenido desde el primer momento a disposición del juez competente. Si los mayores coprocesados fueren absueltos, o condenados a pena inferior a la aplicada a los menores, procederá a la revisión de oficio del proceso, para lo cual el juez que hubiere conocido remitirá inmediatamente de ejecutoriada la sentencia copia autenticada de la misma al juzgado de Menores a efectos de que previa vista al Asesor dicte un nuevo pronunciamiento”.

que si bien resulta diferenciado para los menores de edad por ser más favorable que el aplicado a los mayores, responde cabalmente a los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

PERSPECTIVA COMPARADA

En el marco de esta innovación, se hace referencia a otras legislaciones reguladas en diferentes provincias que fueron sancionadas con anterioridad a la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil de la provincia de Buenos Aires y han sido una fuente genuina de diseño y proyección jurídica para los posteriores proyectos. Resulta importante dar a conocer que en este devenir “no han sido pocas las jurisdicciones que a pesar de la vigencia de una ley de fondo severamente cuestionada (el régimen penal de la minoridad Decreto-ley 22.278 vigente)²⁹ han hecho importantes esfuerzos por incorporar institutos y prácticas a su normativa procesal tendientes a garantizar el derecho al debido proceso de los adolescentes que transitan por el sistema penal” (UNICEF, 2009).

“Es dable recordar que si bien el ordenamiento jurídico argentino determina que la ley de fondo que regula la materia penal es de carácter nacional o federal, es decir una norma dictada por el Congreso Nacional, la Constitución Nacional ha reservado a cada jurisdicción la facultad de regular su materia procesal local. Esto ha ocasionado una enorme disparidad en la cantidad y calidad de las normas que regulan el procedimiento aplicable a personas menores de edad en materia penal en el país” (UNICEF, 2009:7).

“(…) De todas formas, aun así es válido reseñar la mayor cantidad de normas provinciales adecuadas existentes y que puesta en práctica su aplicación estricta, resultaron, ejemplos concretos a reproducir. Aquellas que no superaron el rango de una mera declaración de principios, ingresaron a la agenda de discusión para facilitar la tarea de quienes debían tornarla exigible y aplicable en cada caso concreto” (UNICEF, 2009).

²⁹ La ley 22.278, relativa al Régimen Penal de la Minoridad, fue publicada en el Boletín Oficial el 28 agosto de 1980, y modificada por última vez en 1989 por la ley 23.742. Por lo tanto, esta ley fue concebida y promulgada por la última dictadura militar, y no por las instituciones democráticas de gobierno.

Las provincias de Neuquén, Córdoba y Mendoza, entre otras, han creado Juzgados especializados que intervienen en la etapa de instrucción y Tribunales que realizan el juicio de delitos imputados a adolescentes. Por su parte la provincia de Buenos Aires distingue entre Juzgados de Garantías del joven, y Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil, que de acuerdo a determinados delitos se transforman en Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil. Además cuenta con Fiscalías y Defensorías del Joven. Se impone el procedimiento oral en todas las etapas.

En la provincia de Neuquén la competencia está dada por el Juzgado Penal de Garantías especializado, las fiscalías y el Tribunal Penal de Juicio para Niños y Adolescentes, este último también con competencia para resolver en grado de apelación los recursos interpuestos contra resoluciones del Juzgado Penal de Garantías especializado (UNICEF, 2009).

Precisamente y acorde a los órganos instituidos es importante dar a conocer cómo la provincia de Neuquén articula en la normativa³⁰, el procedimiento en los casos en que intervienen conjuntamente mayores y menores de edad. En tal sentido el art. 58 dispone: “Cuando en relación a los mismos hechos penales se encuentren imputados conjuntamente niños y adolescentes, por una parte, y mayores de dieciocho (18) años, por la otra, serán competentes para la tramitación de las causas seguidas contra los menores los Juzgados Penales de Garantías y de juicio establecidos en la presente Ley”. “Las decisiones de los órganos judiciales con competencia penal en niños y adolescentes no podrán ser, en ningún caso, más gravosas para el joven que las dictadas por los jueces penales con competencia para personas de dieciocho (18) años o más. El incumplimiento de esta disposición será causal del recurso de casación o, si la sentencia estuviere firme, de revisión”.

La provincia de Córdoba de acuerdo a la legislación³¹ cuenta con una Cámara de Menores que interviene para conocer y resolver en única instancia delitos de

³⁰ Ley 2.302 de Protección integral del niño y del adolescente, sancionada el día 7 de diciembre de 1999, promulgada el día 30 de diciembre de 1999. Biblioteca del Congreso de la Nación. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar. Consulta realizada: 9-09-2015.

³¹ Ley 9.053 “Protección Judicial del niño y del adolescente”. Sancionada el día 30 de octubre de 2002 y promulgada en noviembre de 2002. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar. Consulta realizada: 9-09-2015.

adolescentes punibles, en la imposición de penas o medida socioeducativa y/o correctiva, cuando la declaración de Responsabilidad hubiera correspondido a otro Tribunal y en recursos de apelación.

Además el fuero está conformado por un Juzgado de Menores de Prevención y un Juzgado Correccional -con competencia para aquellos delitos que se les atribuyen a niños y/o adolescentes punibles- y otras estructuras como las Fiscalías y las Asesorías de Menores.

En relación a la coparticipación o conexión con mayores de edad, el art. 50 de la 9.053 reza: “Cuando en el mismo hecho hubieren participado un mayor de 18 años y un niño o adolescente, la Investigación penal Preparatoria estará a cargo del Fiscal de instrucción, el que inmediatamente deberá dar intervención al Juez de Menores en lo Correccional para que proceda al resguardo y vigilancia del niño o adolescente con arreglo al art. 63, remitiéndole copia de los requerimientos y resoluciones recaída en la causa. El Tribunal de Juicio se limitará, en su caso, a la declaración de Responsabilidad del niño o adolescente, debiendo remitir copia de la sentencia al Juez de Menores en lo Correccional interviniente”.

Según el art. 63: “en el supuesto previsto por el art. 48, el Juez de Menores remitirá al Fiscal de Instrucción y al Tribunal de Juicio los informes y antecedentes requeridos. Mientras durare la investigación, el Juez de Menores podrá aplicar las medidas tutelares provisionales o urgentes, o la privación cautelar de libertad, cuando correspondiere y le fuere requerida por el instructor o el Tribunal de Juicio”.

Asimismo la ley 9.053 establece: “Si el Tribunal de Juicio hubiere declarado la responsabilidad del niño o adolescente, el Juez deberá remitir las actuaciones que obraren en su poder, y los estudios y peritaciones realizados, a la Cámara de Menores para que se pronuncie sobre la imposición de la pena o de las medidas que fueron procedentes con arreglo a la legislación vigente”.

El art. 48 hace mención a los casos de conexión y acumulación en aquellas causas tramitadas en los Tribunales de Menores.

En la provincia de Mendoza, la organización de la justicia en el ámbito penal está constituida en el régimen jurídico especial³² por un Tribunal en lo Penal de Menores, un Juzgado en lo Penal de Menores y el Ministerio Público Fiscal y Pupilar -conformado por el Agente Fiscal y el Defensor de Menores-.

Respecto a la participación de mayores y menores de edad de acuerdo al art. 147 de la ley 6.354 establece que “la justicia en lo penal ordinaria se pronunciará sobre la responsabilidad penal y aplicarán las normas del régimen penal de menores vigente”. “Cuando en el curso de la audiencia surgiera la modificación de la imputación contenida en la requisitoria fiscal, y así lo decidiera el Juez, se notificarán en el mismo acto a las partes contra la resolución que así lo decida, procederá el recurso de reposición”.

En síntesis, cuando el delito es cometido por adultos y jóvenes, las provincias han adoptado diferentes soluciones. En algunos casos interviene sólo la Justicia especializada o la Justicia ordinaria declarando la responsabilidad penal juvenil y la Justicia especializada debe resolver la imposición de sanciones (Mendoza). En otros casos, la etapa de investigación penal preparatoria es conjunta y luego se realiza un juicio oral a los adultos y otro a los jóvenes (Buenos Aires) o el trámite es independiente desde el comienzo (Neuquén).

Todas estas observaciones se deben relacionar con el órgano competente en la ejecución de la sanción, en Buenos Aires, Mendoza y Neuquén, entre otras provincias, el control está a cargo del Tribunal que la impuso. Por ende, no se prevé un Juez que se dedique exclusivamente a la ejecución de la sanción.

Resulta importante hacer mención que la mayoría de las provincias cuentan con la asistencia de un cuerpo técnico interdisciplinario auxiliar único. En la provincia de Buenos Aires a partir de la implementación de la ley de Responsabilidad Penal Juvenil, este cuerpo fue conformado con los recursos humanos de diferentes disciplinas y en principio resultaron ser los mismos miembros que integraban los planteles técnicos de los tribunales de Menores.

³² Ley 6354 “Régimen Jurídico de Protección de la minoridad”. Sancionada el 22 de noviembre de 1995 publicada el 28 de diciembre de 1995. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar. Consulta realizada: 9-09-2015.

Además de las legislaciones provinciales citadas, se buscó indagar ciertos puntos de coincidencia con algunos países respecto al modo en que las instituciones jurisdiccionales proceden ante similares situación. Resulta interesante en primer lugar citar lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia sancionado en la República Oriental de Uruguay mediante ley 17.823 –vigente- en su art. 76 inc. 13 establece que “en el caso de hechos con apariencia delictiva en que se hallen involucrados adolescentes junto a personas mayores, la autoridad policial lo hará saber simultáneamente al juez letrado de adolescentes y al penal de turno, quienes actuarán en forma paralela, comunicándose recíprocamente las alternativas de la causa”³³.

Por su parte Brasil en el Estatuto da Criança e do Adolescente sancionado mediante ley 8.069, el art. 172 establece que el adolescente aprehendido en flagrante acto de infracción será inmediatamente encaminado a la autoridad policial competente y como párrafo único agregado al artículo citado dispone que habiendo repartición policial especializada para la atención de adolescente y tratándose de un acto delictivo practicado en coautoría con un mayor de edad, prevalecerá la atribución de la repartición especializada que a posterior de las providencias necesarias y conforme al caso, encaminará al adulto a la repartición policial propia³⁴.

Por otro lado, la República Federal de México a través de la ley “Para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, hace mención específicamente en el art. 125 que: “cuando hubiesen intervenido adultos y menores en la comisión de hechos previstos por las leyes penales, las autoridades respectivas se remitirán mutuamente copia de las actuaciones del caso. Se aplica supletoriamente lo dispuesto por el Código Federal de Procedimiento Penal”³⁵.

³³ Ley 17.823 “Código de La Niñez y Adolescencia” República Oriental del Uruguay. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drlidifusion@bcn.gob.ar Consulta realizada: 9-09-2015.

³⁴ Ley 8.069 “Estatuto da Criança e do Adolescente”. Art. 172: “O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente. Párrafo único. Havendo repartição policial especilizada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional practicado em co-autoria com maior, prevalecerá a atribuição da repartição especializada, que, após as providências necessárias e conforme o caso, encaminhará o adulto à repartição policial propia”. Impreso na Imprensa Oficial do Estado Curitiba Paraná, agosto 2004.

³⁵ “Ley de Protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes” de la República Federal de México publicada el día 25 de mayo de 2000 y modificada el día 19 de agosto de 2010. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drlidifusion@bcn.gob.ar Consulta realizada 10-09-2015.

Y por último España a través de la ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal Juvenil en el Título III Capítulo I, Reglas Generales, art. 16 inc. 5to. dispone :“Cuando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1 (menores de edad) el juez de instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como comprueba la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenido en el apartado 2 de este artículo³⁶.

Más allá de la exigua representación que se le pueda adjudicar a las similitudes derivada de esta institución tanto nacional como internacional, lo cierto es que a partir de la recepción de los sistemas de derechos humanos se vislumbran efectos jurídicos estatales a través de redefiniciones internas que analizadas de manera integral y armónica conducen a un entendimiento e interpretación uniforme y esclarecedor de sus reglas, todas ellas tendientes a la satisfacción de necesidades comunes, concordantes con los instrumentos regionales e internacionales.

³⁶ Ley Orgánica 5/2000 de diciembre de 2001 sobre “Responsabilidad penal de los Menores”. España. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar Consulta realizada: 10-09-2015.

CAPÍTULO III

NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Con el surgimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, se crea un nuevo estándar en relación con la condición jurídica de la infancia. Instrumento internacional, adoptado y ratificado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su art. 49.

El advenimiento de este nuevo paradigma, ha producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Esta transformación suele resumirse en el paso de una concepción de los “menores” –una parte del universo de la infancia- como objetos de tutela y protección segregativa, a la consideración de niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho.

La sucesión de reformas, se encara a partir de la ratificación por parte de la comunidad internacional de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que no es un documento más de derechos humanos, sino la carta fundamental que traza el cambio de una era de situación irregular, a una de protección integral de derechos de la infancia y cuyo antecedente lo encontramos en la Convención Americana³⁷. Ambos instrumentos forman parte de un conjunto de normas vinculadas o *corpus juris* de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que deben ser considerados al interpretar el significado del art. 19 de la Convención Americana³⁸, y del art. VII de la Declaración Americana³⁹, los cuales garantizan el derecho de los niños a medidas de protección especiales por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre los Tratados, OEA, n° 36, 1144, UNTS, 123, entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

³⁸ En la Comisión Interamericana de Derechos humanos, Relatoría sobre Los Derechos de la Niñez; “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en Las Américas”, art. 19: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

³⁹ Art. VII: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales.

El concepto de *corpus juris* en materia de niñez se refiere al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes. La Comisión Interamericana se ha referido a este concepto señalando que “(...) para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia (...)”⁴⁰.

Por lo tanto “el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 (...), sino que incluyen a los fines de su interpretación, las disposiciones comprendidas en las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, la propia Convención sobre los derechos del Niño (...) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (en adelante “Reglas de Beijing” de 1985), las Reglas sobre Medidas no Privativas de la Libertad (en adelante “Reglas de Tokio” de 1990), las Reglas para la Protección de Menores privados de la Libertad (en adelante “Reglas de la Habana” y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (en adelante “Directrices de Riad”) de 1990, además de los instrumentos internacionales de alcance general (...)”(Andreu; Antkoniak; Ayala; Beloff y otros, 2014: 450).

Complementariamente, este *corpus juris* no sólo está integrado por las referidas normas convencionales, sino también incluye a los efectos interpretativos, las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante “Comité de los Derechos del Niño”) en cumplimiento de su mandato, como así también, la Observación General N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. Tal

⁴⁰ CIDH, Informe n°. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr.72.

perspectiva representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños (Andreu; Antkoniak; Ayala; Beloff y otros, 2014: 450).

El 27 de septiembre de 1990 el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley 23.849 mediante la cual aprobó la Convención de los Derechos del Niño. Fue promulgada el día 16 de octubre y su publicación en el Boletín Oficial se practicó el 22 del mismo mes y año. Posteriormente el 4 de diciembre, fue ratificada en sede internacional.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. REFORMA

La Reforma Constitucional de 1994 introdujo una serie de modificaciones especialmente en lo que se refiere a derechos y garantías. Consecuencia de ello se dio una alteración en el orden de prelación jerárquica con relación a las leyes, al incorporar los tratados internacionales en el art. 75, incisos 22 a 24 equiparándolos a la misma jerarquía constitucional. A partir de esta modificación los tratados internacionales adquieren un orden superior a las leyes.

Por lo tanto la Convención Internacional sobre los derechos del Niño incorporada en el artículo citado, reviste jerarquía constitucional y es aplicable a los menores de dieciocho años de edad. También se aplican a los menores de edad las disposiciones contenidas en otras convenciones internacionales con determinados aspectos particulares que los comprenden. Además, rigen indefectiblemente y para citar como parte sustancial del tema, las normas del debido proceso contempladas bajo la denominación de garantías judiciales en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (García Méndez, 2006: 20), y entre otros el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que también consagra el derecho al debido proceso legal en el art. 14⁴¹ y señala diversas garantías aplicables a toda persona acusada de un delito, normativa que los Estados parte asumen el compromiso de respetar, garantizar y adoptar las medidas que fuesen necesarias para hacer efectivos esos derechos y garantías.

⁴¹ Constitución Nacional Argentina, Instrumentos Internacionales, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 14: “Todas las personas son iguales (...)” en: Constitución Nacional Argentina (2014). Ed. Zavallia, p. 145.

Este compromiso que deben asumir los Estados signatarios surge de las disposiciones de los arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos humanos en cuanto a la obligación de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella (...)” y el “deber de (...) adoptar”, “(...) las medida legislativas o de otro carácter que fueran necesarias, para hacer efectivos los derechos y libertades” contenidos en el Tratado, lo que implica un deber a cargo no sólo del órgano legislativo, sino, al mismo tiempo, de los restantes poderes del Estado.

Argentina ya había dado un paso importante al incorporar los tratados a la Constitución Nacional, sin embargo durante muchos años permaneció en una situación de inobservancia frente al deber dispuesto en el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en esa etapa en la provincia de Buenos Aires, era frecuente y se cuestionaba cada vez más, el debate sobre la legalidad del proceso penal de menores. “(...) Ante el silencio del cuerpo normativo interno, la labor de los abogados litigantes, defensores de derechos humanos, funcionarios y muchos más, ha resultado fundamental para dar plena eficacia a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos en el plano nacional” (Andreu; Antkoniak; Ayala; Beloff y otros, 2014: 456). También “(...) han sido los operadores jurídicos quienes a falta de disposición expresa, se han atrevido a mirar más allá de la frontera nacional y han aplicado la norma de origen internacional con el objetivo de dar efectividad a los derechos humanos. En estos procesos internos la jurisprudencia fue sumamente relevante pues asignó carácter operativo a los tratados permitiendo que los derechos que consagraban fueran directamente exigibles ante los tribunales en ausencia de ley reglamentaria (...)” (Andreu; Antkoniak; Ayala; Beloff y otros, 2014: 9). No obstante era evidente que buena parte de los magistrados y funcionarios demostraran a través de sus resoluciones, cierta reticencia a los cambios producidos. El poder jurisdiccional ejercido sobre decisiones institucionales tutelares naturalizadas y fuertemente arraigadas, y la ausencia de adecuación a los estándares de juzgamiento en el orden interno, dificultaban llevar a cabo la aplicación de la nueva normativa internacional, pese al compromiso asumido por el Estado.

Ya en el año 1999, la Cámara Penal de Apelación y Garantías de San Nicolás en un fallo sin precedentes nacionales declaró la inconstitucionalidad de las normas de procedimiento penal contenidos en el decreto-ley 10.067/83, que disponía que el Juez de Menores pronunciara auto de responsabilidad y –eventualmente- aplicara sanción penal, sin exigir la previa acusación por parte del Agente Fiscal. El fallo expresaba que “(...) el art. 18 de la Constitución Nacional dispone que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo y que es inviolable la defensa en juicio de la persona (...). Las garantías que en materia penal asegura y consagra esa norma constitucional, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (...). En el caso que no sea respetado, se lesionarán irreparablemente los principios de legalidad, debido proceso y defensa en juicio al verse confundidas en un mismo órgano ambas funciones (la de acusar y la de juzgar), convirtiendo al juez en parcial y vedándole al imputado la posibilidad de defenderse de la acusación que, un órgano diferente al que debe juzgar, le dirija los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional son para todos los habitantes, ya sean mayores o menores (...)”.

Este “leading case” muestra una nueva interpretación del ya añejo procedimiento de menores que se propagará en los nuevos proyectos de ley para comenzar a modificar el sistema vigente⁴².

Al mismo tiempo el Comité de los derechos del Niño en las Observaciones Finales dirigidas al Estado argentino -septiembre de 2002- recomendaba “(...) la necesidad de tomar las medidas necesarias para que el Congreso apruebe sin tardanza el proyecto integral de los derechos del niño y el adolescente”. Por otro lado para que “(...) vele por que la legislación provincial en su conjunto se ajuste plenamente a disposiciones y principios de la Convención (...)”.

Y por último el Comité recomienda al Estado “(...) la revisión de sus leyes y prácticas del sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las

⁴² Vitale, Gabriel M. y Abalos Cecilia, “Análisis Histórico, Legislativo y Judicial en el tratamiento de la Infancia” en: *Revista RAP* n° 23.5, Provincia de Buenos Aires, Actualidad Jurídica Provincial y Municipal Bonaerense, Año IV n° 48, marzo 2007. Causa 20534 “B.S.D s/homicidio culposo y lesiones culposas”.

disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40 así como con otras normas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (...)⁴³.

En tal sentido, en la provincia de Buenos Aires se dieron una serie de innovaciones locales, las que por distintos motivos, especialmente por dificultades técnicas y resguardo de constitucionalidad se vieron postergadas o frustradas. Ejemplo de ello fue la sanción de la ley 12.607 de Protección Integral de los Derechos del Niño y del Joven, de la provincia de Buenos Aires, suspendida y posteriormente derogada, por violación a las reglas constitucionales y convencionales, objeciones que partieron del ejercicio practicado por los jueces sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas. Esta función atribuida a los magistrados entre otros funcionarios, parte de la exigencia que impone la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH- a los Estados para cumplir con las obligaciones que surgen a su respecto en materia de derechos humanos.

Precisamente y en este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana⁴⁴ al decir que “(...) se ha logrado percibir claramente que muchos de los casos que se someten a su conocimiento, llegan a la sede internacional precisamente, porque ha fallado la justicia interna (...). El control de convencionalidad, tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el ámbito internacional dicha función la realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos -IDH – y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH, a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con la declaración de incompatibilidad de las

⁴³ www.unicef.org/argentina_30-01-2015 www.derechoshumanos.unlp.edu.ar. El Comité de los derechos del Niño es un órgano del Sistema de Naciones Unidas para la Promoción y la Protección de Derechos humanos, creado en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño e integrado por expertos independientes, que supervisa la forma en que los Estados partes cumplen las obligaciones derivadas de la Convención. El Comité también controla la aplicación de los dos protocolos facultativos. Además interpreta el contenido de los artículos de la Convención mediante Observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de Debate. También en la Constitución de la Nación Argentina en el apéndice donde incorpora Instrumentos internacionales, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace mención en el art. 43 al establecimiento del Comité de los Derechos del Niño, p. 258 Ed. Zavalía, 2014.

⁴⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un órgano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de esta Entidad, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos entre otros Tratados de Derechos Humanos, a los cuales se somete el llamado Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH (ver, entre otros, caso Arellano vs. Chile). En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el que deben realizar los agentes del Estado y principalmente, pero no exclusivamente, los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) para analizar la compatibilidad de las normas internas, los funcionarios públicos deben actuar en el ámbito de sus competencia y atribuciones. En este sentido, el objetivo del control es verificar la conformidad de las normas internas y su interpretación y aplicación, con la CADH y otros instrumentos de derechos humanos que vinculen al Estado y que exista una correcta aplicación de dichos estándares (...)”⁴⁵.

Más aún, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Almonacid Arellano y otros y Trabajadores cesados del Perú” al exponer los lineamientos básicos del control de convencionalidad ha sostenido: “(...) Cuando un Estado ha ratificado un Tratado como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’, ex officio (...)”. En igual sentido en su voto razonado el Juez Cançado Trindade expuso: “ 3. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana (...)”⁴⁶.

En atención a lo expuesto precedentemente y teniendo en cuenta que estos conceptos permitirán obtener en principio una de las causales que coadyuvan a dar respuesta al planteamiento del problema de esta tesis, será necesario extender el tema para una mejor comprensión. Por ello cabe agregar que “(...) en definitiva, todo el aparato de poder

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). “Control de Convencionalidad”, en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* n° 7. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> Consulta realizada: 20-06-2015.

⁴⁶ Gil Domínguez, Andrés (2008). *El Control de Convencionalidad*, Buenos Aires; Ediar p. 63-66.

público está obligado siempre a aplicar las normas de origen interno de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente. En el derecho internacional, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

En otras palabras, “este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (arts. 1.1 y 2). Esta obligación de garantía, se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Esto implica que los Estados deben adoptar medidas en el ámbito interno (artículo 2 de la CADH) que permitan la compatibilidad de sus normas internas con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, el goce y el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Estas medidas no se agotan en la adopción o expulsión de leyes, sino también en la interpretación de la normativa interna de manera conforme a la CADH (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

“(...) Por su parte, el control de convencionalidad también tiene fundamento en el artículo 29 de la CADH, en la medida en que todos los poderes u órganos del Estado que han ratificado la CADH se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH, lo que implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH”.

Asimismo, “la necesidad de realizar un control de convencionalidad emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio del *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 26), así como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, dan cuenta del compromiso que tienen los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el

mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público, debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

“(…) También es un principio internacional recogido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 27), que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales. En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente. En este sentido, el control de convencionalidad goza de sólidos fundamentos jurídicos en normas convencionales y en normas y principios de derecho internacional público (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

NUEVA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El 29 de diciembre de 2004 se sancionan en la provincia de Buenos Aires la ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño -promulgada por el Poder Ejecutivo el 14 de enero de 2005 y publicada en el Boletín Oficial el 27 de enero de 2005-; la ley 13.634 sobre el sistema de responsabilidad juvenil y la ley 13.645 correctiva de la anterior, ambas complementarias de la ley 13.298, que fue suspendida en el mes de febrero de 2005 por la presentación que realizara la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires solicitando la inconstitucionalidad de los art. 2, 35 incisos f) y h) y 37 de la citada ley. Con fecha 28 de febrero de 2007 la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, resolvió declarar extinguida la controversia por haberse tornado abstracta la cuestión litigiosa, lo que importó el cese de la medida cautelar sobre la ley y consecuentemente la vigencia y aplicabilidad del régimen de la ley 13.298, y las modificaciones introducidas durante su suspensión cautelar en el texto original por la ley 13.634 (Villaverde, 2007: 1217-1225).

Esta última sucesión de leyes, receptan el nuevo paradigma de la infancia en la provincia de Buenos Aires, y sustituyen al antiguo modelo del Patronato de Menores regulado en el ámbito local por la primigenia ley 4.664 y luego el decreto-ley 10.067

por espacio de sesenta años aproximadamente. La nueva legislación se aparta totalmente de la denominada doctrina de la situación irregular del niño, y la sustituye por una doctrina inspirada en su protección integral que vela por su interés superior, al considerarlo un sujeto de derechos más que un objeto de modificación. En el aspecto penal los rasgos más sobresalientes son, la mayor aproximación a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, el plus de garantías especiales, más un refuerzo de la posición legal de los jóvenes y adolescentes por su especial condición de ser menores de edad y una mayor responsabilidad por sus actos delictivos.

Estos aspectos de la nueva legislación provincial permitieron concluir con la tarea pendiente de adecuación interna, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, constituyeron el fin de prácticas arraigadas en antiguas concepciones y la supresión de un sistema enmarcado en la toma de decisiones judiciales inconstitucionales.

El tan anhelado debido proceso con sus correspondientes garantías en materia penal, adquiere un nuevo perfil que lejos de constituir un modelo técnico estable, deberá resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, ello en atención a la posibilidad de incorporar nuevos principios y derechos, de acuerdo a la progresividad de éstos, en la medida de darles operatividad cual garantía inmediata y no como un revalúo del derecho de defensa en juicio. Los principios como el “interés superior del niño” o “pro homine” actúan como un valor implícito en las fórmulas, que por su propia calidad imponen una toma de posición (Gozaíni, 2004: 34-35).

Por otro lado resulta importante, dejar sentado que dado a que la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos trabaja con las opiniones y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos, de los informes especiales y de los informes sobre casos individuales, donde en cada situación se estudian los componentes de los requerimientos de un juicio justo y del debido proceso que comportan ciertos requisitos y condiciones, viene a consideración hacer referencia lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su OC/16/99 con relación al debido proceso legal “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer

valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (...) para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación (...)” (Gozaíni, 2004: 64-65).

Por otro lado de la OC/08/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se desprende que “(...) no es el propósito de la Corte hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías, basta señalar qué debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el art. 27.2. Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tiene la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. El concepto de derecho y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de otros”⁴⁷.

Estas observaciones y referencias tienden a tomar conocimiento de la importancia que revisten los contenidos esenciales de las garantías y el debido proceso y de cómo se puede hacer una realidad práctica y efectiva en una nueva institución cuyo respaldo viene acompañado por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, [en línea] en: www.corteidh.or.cr/indexphp/opiniones-consultivas. Consulta realizada: 26/01/2015.

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL

El impacto que en el derecho local tuvieron los avances significativos a nivel internacional de la temática de los derechos humanos, ha provocado en los penalistas argentinos la necesidad de reconsiderar la justicia de menores, permitiendo salir de largos años de autonomía del fuero, que lo relegaron del notable desarrollo del derecho penal evidenciado en las últimas décadas del siglo pasado.

Si bien es cierto que esa influencia del derecho internacional se dio en todos los estamentos de la justicia penal, es en el área de los delitos del menor de edad donde se han verificado con mayor contundencia los cambios en la valoración de su especificidad, modificando no solo los paradigmas clásicos del derecho de menores sino planteando nuevamente la discusión de la justicia penal juvenil dentro de un contexto mayor que se cuestiona cuáles debieran ser los parámetros de la justicia penal para todos los ciudadanos, dentro del estado de derecho democrático en que vivimos (Beloff, 2007: 275).

De manera que, el nuevo status jurídico destinado a los jóvenes en conflicto con la ley penal obtenido a través de la adecuación del derecho interno al marco legal de protección internacional de derechos humanos, sobre los derechos del niño en la justicia de Menores, hizo que la comunidad judicial en su actividad jurisdiccional reflexionara sobre las legítimas respuestas al accionar juvenil que colisiona con la norma de índole penal.

Y es así como a partir de estas reflexiones, la mayor parte de la doctrina ubica al derecho penal juvenil dentro de la ciencia del derecho penal, ya que por tratarse de un derecho especial sobre el juzgamiento de los delitos cometidos por jóvenes, integra nuestro derecho positivo a través de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y que por carecer de presupuestos punitivos, hay que acudir a la parte especial del Código Penal, así como también a la aplicación de la parte general del citado código, además de los delitos comprendidos en leyes especiales.

Por el contrario, es importante dejar sentado que no todas las figuras penales pueden aplicarse a los jóvenes sometidos al proceso penal juvenil, en principio debemos tener en

cuenta que hay delitos que muy difícilmente podría cometer un menor de dieciocho años de edad y por otro lado, se encuentran aquellos que el Estado renuncia a la potestad punitiva como lo establece la ley nacional 22.278⁴⁸.

En este orden de ideas ha sido necesario analizar a través del estudio del Código Penal Argentino, cómo las normas se aplican con motivo de la comisión de un hecho que el legislador ha tipificado como delito, y con igual sentido e idéntica vigencia, aquellas normas de la parte general del código para todos los partícipes, ya sea menores de edad o adultos.

Cierto es, que la mayoría de las normas y principios científicos de la parte general de la legislación penal, son aplicables a los ilícitos de jóvenes, sin perjuicio de los específicos que le corresponden. Otro tanto, puede afirmarse respecto a las disposiciones sobre la aplicación de la ley penal en sus ámbitos espaciales y temporales, tanto con relación a las penas, a la condena de ejecución condicional, a la tentativa, al concurso real e ideal, como a la extinción de la acción y de la pena (Viñas, 1983: 12), y a la participación criminal.

Y es precisamente en este último punto, como así también en lo referente a las contradicciones que se presentan cuando hechos tipificados como delitos son cometidos conjuntamente por jóvenes y adultos, donde se hizo hincapié para desarrollar este trabajo con el fin de esclarecer las dificultades que se plantean a través de la práctica jurisdiccional.

A tal efecto se analizaron específicamente los casos del Departamento Judicial de la Plata, Provincia de Buenos Aires, en principio aquellos comprendidos durante los períodos 1997-2006 sometidos al anterior régimen penal y luego, los casos examinados entre los años 2007 y 2012 sujetos a la aplicación de la nueva ley llamada de

⁴⁸ Ley 22.278, art. 1º: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años con multa o con inhabilitación”.

Responsabilidad Penal Juvenil (Ley 13.634)⁴⁹ y del Código Procesal Penal (Ley 11.922)⁵⁰, ambas legislaciones adecuadas a los estándares internacionales.

PARTICIPACIÓN CRIMINAL: NOCIONES GENERALES

En primer lugar resulta importante definir brevemente algunos conceptos que se utilizan en el presente trabajo. Conceptos que a lo largo de la investigación se irán remontando y replanteando.

Inicialmente se hará referencia al concepto de autor, palabra que solo se definirá doctrinariamente, ya que la legislación nacional carece de una efectiva determinación. Ello dio motivo a la creación de diferentes teorías de gran relevancia para la doctrina y la jurisprudencia.

En líneas generales y para un mayor entendimiento se puede afirmar que autor es quien ejecuta por sí mismo la acción. Es el sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquél que lo realiza y del que puede decirse “ese hecho le pertenece” (Donna, 1998: 9).

Por otro lado se abordará el significado de la participación criminal entendida en sentido amplio, como la concurrencia de varias personas (participantes) en la comisión de un hecho ilícito y en sentido estricto, comprendería únicamente a quienes toman parte en un delito ajeno (partícipes), es decir excluyendo a los autores y coautores. Son partícipes también en sentido restringido los cómplices y los instigadores. Los cómplices a su vez pueden ser necesarios o secundarios (Breglia Arias y Gauna, 1994: 161).

Así conceptualizada la participación en un sentido general, lo más importante de ella radica en que el grado de intervención que se le adjudique a un individuo en un hecho ilícito, determinará la pena a imponerle.

⁴⁹ Ley 13.634 Régimen Penal del Niño (BO. 2/2/07).

⁵⁰ Ley 11.922 Código Procesal Penal de la Prov. de Bs. As (B.O. 23/01/97).

MODALIDADES DE LA PARTICIPACIÓN

Resulta necesario hacer mención que la temática a tratar, se encuentra ubicada en la parte general de nuestro Código Penal en el Título VII del Libro Primero, en los art. 45-49.

El art. 45 del Código Penal, encuadra en primer lugar a los coautores (aquellos que toman parte en la ejecución del hecho), seguidamente a los cómplices necesarios (los que prestan un auxilio o cooperación de tal carácter sin el cual no habría podido cometerse) y por último a los instigadores (los que determinan directamente a otro a cometer el delito)⁵¹.

Si bien en la citada norma, el legislador no ha determinado en forma explícita, en qué circunstancia una persona se considera autor de un delito, sí define a los coautores, a quienes no sólo realizan conjuntamente la acción principal o típica consumativa, sino a quienes toman parte en su ejecución cumpliendo actos que integran la objetividad y la subjetividad del suceso delictuoso, con su presencia activa y concomitante queriendo el hecho como obra propia.

Reiteradamente la doctrina ha señalado que, resulta importante para el desarrollo y comprensión de los distintos actores intervinientes en un hecho delictivo, tener siempre como punto de inicio la determinación de su autor, lo que permitiría con posterioridad analizar la situación de cada partícipe. Es así, que para recordar la definición de autor se señala que es aquel que domina el hecho, que retiene en sus manos el curso causal, que puede decidir sobre el sí y el cómo, o más brevemente dicho, la configuración central del acontecimiento.

⁵¹ Art. 45 “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”, en: Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar R, *Código Penal y leyes complementarias*, Bs. As. Ed. 3º 1994 y 5º edición 2003. Resulta importante vincular este artículo con la legislación internacional, específicamente con el Estatuto de Roma en su art. 25.1 donde se puede afirmar que constituye y cristaliza un avance en derecho penal internacional de manera sistemática, reagrupando las distintas modalidades de intervención, como: “(...) autoría inmediata o directa, autoría mediata, el facilitador de la comisión, el cómplice o encubridor o que colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de un crimen, contribuya de algún otro modo en la omisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan finalidad común (...)”. También con el Convenio de Ginebra, art. 33 respecto a la autoría y con relación a la teoría del dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, en: Donna, Edgardo, *Código Penal sistematizado con la Constitución Nacional, Los tratados Internacionales*, Ed. La Ley Buenos Aires, 2012.

En otras palabras, se puede afirmar que de varios concurrentes en un hecho, “es autor el que actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual”⁵². Esta definición, fue construida con posterioridad en la necesidad y circunstancias de establecer un concepto más esclarecedor, a través del desarrollo de distintas teorías⁵³.

Por otro lado, a diferencia del concepto de autor y coautor, seguidamente surge la figura del cómplice o partícipe primario y se define como aquel que no toma parte en la ejecución del hecho, pero coadyuva a ella con su aporte, presta un auxilio o cooperación de tal entidad y naturaleza que el hecho no se hubiera podido cometer en la forma en que se lo ejecutó, de no existir dicho aporte. Consecuentemente, existe complicidad siempre que la supresión del aporte se traduzca en una variación de la ejecución del hecho. “(...) tendrán la pena establecida para el delito (...)”⁵⁴.

Y por último el artículo 45 del CP hace mención a la figura del instigador entendiéndose por tal a aquellos que “hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo y a los que impone la misma pena que a los ejecutores del delito (...)”⁵⁵.

Sostiene Andrés J. D’Alessio en su Código Penal comentado que “el instigador es quien hace surgir en el autor la decisión de cometer el hecho, es decir que provoca el dolo en aquel. Lo determina al suceso, aunque sin poseer el dominio del mismo” (2011: 533).

⁵² Zaffaroni, Eugenio (2000). *Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, Bs. As.: Ediar, única Ed., p. 306 explica que “la teoría del dominio del hecho fue enunciada por Welzel en 1939 y es la que predomina en la doctrina contemporánea. Conforme a ella ‘el autor es el que domina el hecho, que retiene en sus manos el curso causal que puede decidir sobre el sí y el cómo, la configuración central del acontecimiento’”.

⁵³ Roxin, Claus “Las formas de participación en el delito: Estado actual de la discusión” ponencia presentada en: *Jornadas de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra*, 28 al 29 de mayo de 1997 de Barcelona, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año V n° 9 (01-01-1998) p. 463-487.

Sánchez Mercado, Miguel Ángel “La Participación Delictiva y la Teoría de la Accesoriedad Limitada”, en: *Revista Derecho Penal*, Buenos Aires n° 1, (2006) ps. 221-49. Este autor considera que” en el caso de intervención de varias personas, resulta capital determinar con precisión cuál de ellas es autor, para poder calificar luego al resto de los que intervinieron y cita a (Hurtado, PG, p. 856 pf 2184).

Righi, Esteban, *Derecho Penal parte General*, Buenos Aires 1ra. Ed. Lexis Nexis, 2007. p. 376-392, se expresa en el mismo sentido.

⁵⁴ Art. 45 CP citado en página previa 53.

⁵⁵ V. Fallo de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos en causas n° 2929, 2947 y 2948 caratuladas “R., G”; “B., H. A., J. L; G., S. G.”; “C., S. R., L., A. N”. Sobre Recurso de Casación. Disponible en: <http://cerca-del-derecho.blogspot.com/2008/09fallo-de-la-sala-primera-del-tribunal> Consulta realizada: 01/07/2014.

Avanzando en el análisis de la participación y la escala penal aplicable, el legislador ha reconocido la forma de complicidad o participación secundaria al mencionar en el art. 46 del Código Penal a aquellos que participan en el delito de manera no indispensable para su comisión. Según la doctrina son los que prestan una ayuda o cooperación sin los cuales el hecho lo mismo hubiera podido cometerse, y serán alcanzados por su actuación con la misma pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de 15 a 20 años y si fuese de prisión perpetua, se aplicará prisión de 10 a 15 años⁵⁶.

También ha sido objeto de consideración normativa, la conducta del partícipe en cuya manera de concurrir al hecho quepa la posibilidad de una intención distinta del ejecutor principal en el momento en que éste realiza el acto constitutivo más el agregado de un plus delictual, por lo que el exceso en que incurre el autor principal, no lo perjudicará y sólo responderá por el hecho que prometió ejecutar.

Esta limitación de la complicidad se encuentra reglada en el art. 47 del CP específicamente cuando dice: “Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase la pena del cómplice se determinara conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa”.

No obstante resulta interesante advertir la situación particular respecto a la comunicabilidad e incommunicabilidad de las circunstancias personales, no solo en las relaciones sino también en las calidades, cuyo motivo ha sido determinar si esos accidentes de naturaleza personal, determinantes respecto de la responsabilidad de los partícipes en el delito, reside en saber si esos accidentes tienen influencia respecto de los partícipes a los que no les corresponden. En estos casos ya no se aplicará lo dispuesto en el art. 47 sino lo dispuesto en el art. 48 que establece “las relaciones,

⁵⁶ Art. 46 del Código Penal Argentino: “Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince (15) a veinte (20) años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez (10) a quince (15) años”.

circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe⁵⁷.

Por la regla del art. 48 las circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad (v.gr. emoción violenta, inimputabilidad)⁵⁸ y las excusas absolutorias (v gr. error o ignorancia de hecho), sólo tienen efecto beneficioso respecto del partícipe a quien corresponde, sean o no conocidas por los demás partícipes⁵⁹.

Por el contrario, las circunstancias agravantes específicas de un tipo penal se comunican (propagan) a los partícipes o autores que las conoce, sea que éstas se relacionen a la modalidad comisiva del hecho, o a calidades y relaciones personales⁶⁰ de cualquiera de los intervinientes. Exceptúa el caso en que la modalidad personal tenga efecto agravatorio de la penalidad prevista para el delito, pero que no haya sido establecida con referencia a él, sino que mire a la especial calidad de la persona implicada en él, para reprimirlo con mayor severidad. No se incluyen dentro del sistema del art. 48 las causales de justificaciones ni las circunstancias agravantes genéricas⁶¹.

La excepción total y permanente a los principios de participación se encuentra en el art. 49 del CP “(...) No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta”.

Y por último no se debe soslayar el impacto y connotación que produjo la incorporación del instituto de la participación en el art. 41 quáter del Código Penal como causal de

⁵⁷ Art. 48 del Código Penal (texto según Ley 11.221, de fe de erratas).

⁵⁸ Breglia Arias, Gauna Omar R. “Código Penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado” Buenos Aires, Astrea, p. 170 cita Cfr. Terán Lomas, Derecho Penal, t. 2, p. 169. Cita además a Núñez, Ricardo C “Derecho Penal T II p. 305-308.

⁵⁹ Breglia Arias, Gauna Omar R. “Código Penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado” Buenos Aires, Astrea p. 170. Comentario al art. 48 “Comunicabilidad e incomunicabilidad de situaciones personales”.

⁶⁰ Ibidem. En p. 171 hace referencia a las calidades o relaciones personales, “como el sacerdote, encargado de la educación o guarda. Relaciones o vinculaciones, como la condición de ascendiente o descendiente”.

⁶¹ Idem. Tales condiciones son las previstas en los arts. 40 y 41 del CP, o la reincidencia del art. 50, que en concurrencia con el derogado art. 51, elevaban la pena en relación a quien incurría en ella.

agravación genérica, para aquellos casos en los que un mayor de edad comete un delito de los enumerados en ese Código, actuando como partícipe con la intervención de menores de 18 años de edad.

Estas diversas formas de intervenir, pueden determinar, diferentes consecuencias jurídicas, dado que algunas presentan mayor penalidad que otras, cuyos parámetros van desde un agravamiento de la pena, como en las circunstancias citadas precedentemente; la misma pena a aplicar que la establecida en el delito; o la reducción al grado de tentativa hasta la posibilidad de la no aplicación.

Es decir, la legislación argentina determina un criterio diferenciador con aplicación de diversas penas para los distintos tipos intervinientes de acuerdo al grado de participación y responsabilidad, y señala una escala penal, que por regla general va en orden descendente, y así se observa que se impone igual pena, a excepción de lo dispuesto en el art. 41 quater; a los autores, coautores y partícipes necesarios e instigadores, y reduce la misma para los cómplices secundarios, contemplándose además la posibilidad de eximir en los casos que ella precisa.

OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN

En primer lugar, es necesario dejar sentado que no siempre el acontecer de un hecho que la ley describe y tipifica como delito es tarea de una sola persona. Cuando un hecho se comete con la intervención de dos o más individuos, se puede afirmar que es un caso de participación, cuya motivación va a resultar de una serie de contribuciones que se vinculan a un hecho común en virtud de una concurrencia voluntaria de los que participen, y un propósito que converge a la producción de un delito determinado que no sólo es llevado a cabo por el ejecutor material del ilícito junto a la responsabilidad que le asiste por su accionar, sino también, por aquellos que de alguna forma contribuyen con la prestación de su obrar a la concreción del hecho dañoso. Es decir, no sólo el que efectúa la acción típica es responsable, sino también todos aquellos que de una forma u otra cooperan, asisten, contribuyen a que ésta se produzca, en un sentido efectivo y amplio. No hay coautoría si no existe otro autor, como no hay complicidad si no hay un autor de acción típica descripta por la figura, por lo tanto la participación es

accesoria, es dependiente de un hecho principal, que es esencialmente el hecho del autor (Fierro, 2001: 528-531).

En contraste con lo anteriormente expuesto y ubicados en la parte especial de la legislación penal, se observa que los delitos contenidos en el CP, se refieren a la realización del hecho punible por una única persona, por ejemplo en el delito de hurto “(...) el que se apoderare (...)” u homicidio “(...) al que matare (...)”. No obstante cada tipo de la parte especial aparece complementado por las prescripciones contenidas en la parte general, cuando de varios intervinientes se trata, siendo tarea específica para este estudio remitirse al título “Participación Criminal” en la medida en que se determine que varios concurren al mismo hecho y distinguir en quién ha cumplido el papel de protagonista y aquel que sólo ha tenido una función secundaria (Bacigalupo, 1999: 485).

Esta forma de legislar lleva a que los principios de la participación sirvan para todos los delitos, salvo claro está cuando una ley específica indique lo contrario. Al establecer la cuestión en forma general para todos los ilícitos se evita la repetición para cada uno de los delitos en particular (Soler, 1983: 242).

Se observa que en el plexo normativo, específicamente en la parte especial del Código Penal, también existen ciertas figuras delictivas que requieren, para su configuración, el concurso obligatorio del actuar delictuoso de dos o más personas. Se trata de casos de participación llamada necesaria (ej. el aborto de médico diplomado sobre la mujer, art. 86 del CP) o de codeincuencia como la conformación de “banda” o “asociación ilícita”.

Es oportuno reseñar que históricamente tanto la doctrina como la jurisprudencia debatían con una interpretación ambigua, el significado del concepto de “banda” relacionándolo a la asociación ilícita como sinónimo, o por el contrario, la intervención de una pluralidad de personas era suficiente para su configuración, sin perjuicio de reunir otros requisitos al respecto, en tal sentido, la necesidad de un acuerdo previo, un grado mínimo de organización etc., no siendo suficiente, por regla general, la mera pluralidad. Por otro lado el máximo Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha delimitado el concepto al sostener en sus fallos que para configurar una “banda” sólo es necesario que la pluralidad de sujetos que la conformen tenga por fin la

de cometer un ilícito determinado, lo cual en manera alguna implica identificar aquel concepto con el de asociación ilícita a que se refiere el art. 210 (Simaz, 2006: 2136).

No obstante, y dada la complejidad de la figura que denota los requisitos del concepto de “banda” respecto a su conformación y grado de participación de los sujetos que la integran, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos, con el voto de la mayoría de sus miembros se expide y modifica sus precedentes mediante una minuciosa hermenéutica. A tal efecto entiende que “para determinar la existencia de la banda aludida en el art. 167 inc. 2 del CP debe analizarse por lo menos tres cuestiones: número mínimo de integrantes, finalidad de cometer delitos: determinado e indeterminados y por último qué tipos de aportes tienen que realizar al hecho, es decir, si todos deben ser coautores o si se incluye también otros partícipes”. Deja en claro que la banda no tiene finalidad de cometer pluralidad de delitos indeterminados, por lo cual no se identifica con la asociación ilícita del art. 210. Respecto a “(...) la pluralidad de agentes tiene regulación en la parte general del Código Penal (arts. 45 a 49) distinguiendo la referida participación eventual, en donde no es exigido por el tipo penal un determinado número de interviniente, por lo cual basta con que sea cometido por una sola persona, y la participación necesaria regulada en la parte especial, donde sí es requerida la pluralidad de partícipes para la configuración del delito. Por otra parte sostiene que la participación necesaria está dada por aquellas figuras básicas que la requieren y otros, en las calificadas como por ejemplo las de primer supuesto los (arts. 134 y 210 del C. Penal) y en las del segundo, el Código lo legisla de dos modos diferentes: por un lado, los supuestos en los cuales se califica la figura básica por la intervención de cierto número –especificado- de sujetos, así los (arts. 80 inc. 6° 119 inc. d del C. Penal); y por el otro, los casos de comisión en banda, (arts. 166 inc. 2, 167 inc. 2 y 184 inc. 4) del Código Penal (...)” (Simaz, 2006: 2136-2140).

“(...) La actual diagramación de las figuras legales involucradas sólo permite definir a la banda como la asociación de tres o más personas de acuerdo con la estipulación de la mentada norma (...). Ergo, es necesario que tres sean los sujetos que conformen la estructura organizativa denominada “asociación” o “banda”. La Corte resuelve entonces, por mayoría de opiniones, que el número mínimo para conformar la banda es el de tres y que a efectos de su integración no es menester que todos sean coautores,

bastando con la participación primaria, siempre que al menos intervenga uno en carácter de autor. No obstante merece una aclaración respecto a los instigadores o partícipes secundarios, quienes no pueden conformar la banda, pues ellos no cometen el robo en banda; ello sin perjuicio de que respondan por las normas generales de participación criminal (arts. 45-46 CP). (...)Por otro lado podemos referirnos a la asociación ilícita (art. 210° del Código Penal)⁶² este delito requiere, por lo menos la concurrencia de tres voluntades distintas que se asocien a esos fines, es decir con el objeto de cometer ilícitos indistintamente, o la conformación de una banda en la que intervienen dos o más personas, pero en este caso la reunión debe darse al sólo efecto de cometer un delito determinado (art. 167 inc. 2do. del CP)⁶³.

Para mejor un entendimiento se puede sostener que hay delitos que necesariamente deben reunir el concurso de varios individuos y otros en los que, si bien no se requiere la misma exigencia, la intervención de varias personas resulta ser accesorio a la figura principal. También en algunos casos, el concurso de personas funciona como agravante de ciertas figuras, como en el delito de violación (art. 119 del Código Penal)⁶⁴.

PRINCIPIOS RECTORES DE LA PARTICIPACIÓN: IDENTIDAD DE LA FIGURA DELICTIVA

En este sentido surge el interrogante: ¿cuáles son los principios rectores de la participación criminal?

Son varios, entre ellos el de accesoriedad que ya se mencionara, el de la convergencia subjetiva y objetiva, el de comunicabilidad y el llamado principio de identidad de tipo, este último de gran trascendencia en el presente trabajo, ya que permitirá destacar la importancia de su estudio para lograr una justa aplicación de los principios propios de la participación criminal.

⁶² Art. 210 del Código Penal. “Será reprimido con prisión o reclusión (...) el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación (...)”.

⁶³ Art. 167 inc. 2do. del Código Penal: “se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años (...). Si se cometiere en lugares poblados y en banda (...)”.

⁶⁴ Art. 119 del Código Penal: “Será reprimido con reclusión o prisión (...). En los supuesto de los dos párrafos anteriores la pena será (...) si (...) d) El hecho fuere cometido por dos o más personas (...)”.

Se afirma que para imputar a los distintos partícipes que han intervenido en la ejecución de un hecho, la comisión de uno o más ilícitos, como expresan algunos autores deben constituir algo jurídicamente unitario. Cabe aclarar que las distintas acciones deben convergir en conformar uno o más delitos debidamente encuadrados en la ley, es decir que consiste en una acción típicamente antijurídica o a varias. Un ejemplo práctico presenta Guillermo Fierro (2001: 525) y cita a Beling y a Soler para expresar gráficamente lo antedicho: “Si dos sujetos acuerdan que uno de ellos, A, irá esa noche a robar a Cayo y que el otro, B, tratará de estafar a Ticio, es evidente que no han resuelto el hecho en común, A no es partícipe en la estafa de Ticio y B no lo es en el robo a Cayo, precisamente, dice Beling, porque sus actividades divergen de tal modo que no hay ningún tipo común para los dos.

En cambio, las respectivas acciones pueden ser de hecho divergentes y converger, sin embargo, en una figura: por ejemplo, si A y B, para infundir temor al público, convienen en que uno suscitará un tumulto en el puerto y el otro dará gritos de alarma en el parque, su delito está cometido en participación, porque existe un tipo (art. 211 del CP) que absorbe esas dos formas de actividad en una unidad llamada intimidación pública” (Fierro, 2001: 525).

Y para reforzar esta idea se expone otro ejemplo ilustrativo: una persona vigila en la puerta de un comercio, otra ingresa portando un arma e intimida al dueño, otra traslada a los clientes a una habitación y se apodera del dinero recaudado y otros efectos; ellas concurren a integrar un común tipo delictivo: robo calificado por el uso de arma (art. 166 inc. 2do. del CP)⁶⁵.

En síntesis la pluralidad de sujetos activos es, pues, un elemento esencial para configurar una hipótesis participativa. Ese conjunto de varias personas puede ser imprescindible o meramente circunstancial, pues a veces existen metas y objetivos que no pueden ser alcanzados individualmente y, por ello, se impone la necesidad de sumar esfuerzos y dividir el trabajo, mientras que otras veces la unión consiste en una concurrencia fortuita o accidental. Otra característica distintiva de las variadas formas

⁶⁵ Art. 166 inc. 2do del CP: “Será reprimido (...) Inc. 2do. Si el robo se cometiera con armas o en despoblado y en banda (...)”.

que asume la participación reside en el hecho de que el accionar de los diversos partícipes (instigadores, cómplices primarios y secundarios) es siempre atípico, pues si así no fuera estaríamos en presencia de un autor y no de un partícipe. Esta modalidad en la comisión del hecho delictivo se encuentra reglada en el sistema punitivo vigente (Fierro, 2001: 1-2).

PRIMEROS CASOS ANALIZADOS

Llegados a este punto a través de un análisis dogmático conceptual acerca del instituto de la participación, y avanzado el planteo y desarrollo de esta tesis, resulta necesario para su prosecución, visibilizar el material probatorio documental, y así posibilitar su estudio mediante la confrontación de las causas sustanciadas en los fueros respectivos, para definir el encuadre legal de la figura jurídica desde el inicio de la instrucción sumarial hasta el resultado del último acto jurisdiccional.

Se hará referencia en principio a cuatro casos comprendidos entre los años 1997 y 2006, diligenciados antes de la sanción de la ley de Responsabilidad Penal Juvenil n° 13.634 y modificatorias extraídos en primer lugar de los Tribunales de Menores, y también aquellos pertenecientes a Unidades Funcionales de Investigación, Tribunales en lo Criminal o Juzgados en lo Correccional, todos del departamento judicial de La Plata. Dicha documentación resultó de utilidad para llevar a cabo una posterior investigación a través de casos instruidos entre los años 2007 y 2012 con la incipiente transformación de los Tribunales de Menores en Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil (Ley 13.634 y modificatorias).

Dada la prohibición legal establecida para difundir detalles relativos a la identidad de los jóvenes, se respetará la confidencialidad de la fuente⁶⁶.

A continuación se detallan los siguientes casos:

1) *Se trata de la concurrencia de dos individuos, uno de ellos N.N. Jorge, menor de edad (16 años) y un adulto, N.N Carlos, los que intervienen en la consumación de un*

⁶⁶ Ley 13.634, art. 4to: “Todo proceso que tramite ante estos Fueros tendrá carácter reservado, salvo para el niño, representantes legales o guardadores de hecho y las partes”.

robo en el mes de marzo del año 1998. Las actuaciones se inician en sede policial por el delito de robo, siendo derivadas en original y copia, a sus respectivos ámbitos de competencia. De la causa seguida a N.N. Jorge por ante el Tribunal de Menores n° 1 de La Plata, surge la aprehensión de ambos presuntos autores, por hallarse imputados del delito de robo, sosteniéndose esta figura delictiva durante todas las instancias que transitó el proceso del joven. Así se observa en la declaración indagatoria y en el posterior dictado del auto de procesamiento. De la sentencia pronunciada surge la declaración de autoría y responsabilidad penal de N.N. Jorge por el delito de robo cometido en la ciudad de La Plata –art. 164 del Código Penal- y no se le aplica pena en función de lo dispuesto en el art. 4 inc. 3ro. última parte de la ley 22.278 que dice: “Si fuese innecesario no aplicarle sanción, lo absolverá...”.

En cuanto al adulto N. Carlos, se advierte desde el inicio de las actuaciones policiales la aprehensión juntamente con el menor de edad por el delito de robo, siendo solamente notificado el mayor de edad en sede policial por Averiguación de ilícito y la disposición de libertad. Con la derivación y recepción del original de las actuaciones, el señor Agente Fiscal en la Investigación Penal Preparatoria resuelve como único acto procesal jurisdiccional proceder al archivo de las mismas, de conformidad a lo dispuesto en el art. 268 última parte del C.P.P. Que dice (...). “En caso que a juicio del Agente Fiscal no hubiera prueba suficiente sobre la existencia del hecho o de la autoría del mismo, podrá proceder al archivo de las actuaciones”.

Del análisis del presente ilícito, se desprende que iniciadas las actuaciones policiales por la comisión del delito de robo y derivadas a sus respectivos ámbitos de competencia, el Juez de Menores a través de la tarea de investigación, mantiene la tipificación delictiva hasta el dictado final del acto jurisdiccional que es la sentencia, responsabilizando al joven menor de edad N.N. Jorge por el delito de robo que desde el principio se le imputa.

Respecto a la actuación policial y judicial vinculadas al adulto N. Carlos, se advierte en principio la aprehensión del nombrado junto a un menor de edad, por hallarse imputado del delito de robo, sin embargo en dependencias de la seccional policial, se lo notifica de la aprehensión solo por averiguación de ilícito El Agente Fiscal, cuya función exclusiva es la de practicar toda diligencia a fin de acreditar la existencia de

un ilícito y la autoría, archiva el expediente, sin haber iniciado una exhaustiva investigación para determinar si hubo o no delito y en su caso probar la participación o no del adulto.

De ambos procedimientos resulta que el joven, menor de edad, es juzgado como único autor material del delito de robo. De lo dispuesto por el Agente Fiscal en las actuaciones vinculadas al adulto N. Carlos, no resulta claro si existió o no delito y en caso de haber ocurrido, su encuadre legal y la participación o no que le cupó al adulto. Mediante providencia, cita el art. 268 última parte del C.P.P y no especifica en principio los fundamentos del archivo y si este se debió por no contar con prueba suficiente sobre la existencia del hecho, como indica la norma, o no haber obtenido aquella prueba que determine a su autor, máxime si tomamos en cuenta que desde un inicio se trataba de dos imputados.

2) *Este caso se inicia por un hecho, cuyas actuaciones se instruyen en una comisaría de la provincia de Buenos Aires en el año 1997 por los delitos de lesiones culposas y lesiones graves, víctima N.N. resultando inculpados N. N Sergio, menor de edad de 17 años y dos adultos N. Luis y N. Hernán, actuaciones que fueron derivadas a los órganos competentes, Tribunal de Menores n°1 y Fiscalía de Investigación respecto a los adultos. Con el fallecimiento de la víctima, acreditado mediante certificado y encontrándose las actuaciones en etapa preliminar, el Juez de Menores resuelve con los elementos convictivos que obran en el expediente, recalificar el hecho adecuándolo a la figura de homicidio en riña, manteniéndose esta tipificación durante el desarrollo del procedimiento. Así se advierte de los autos judiciales que el joven, menor de edad, es indagado, procesado y condenado por la comisión de este delito. De la sentencia dictada en el año 1999, surge que N. Sergio es declarado autor penalmente responsable del delito de Homicidio en Riña, cometido en la ciudad de La Plata en perjuicio de N.N. y se aplica pena.*

Según el Código Penal en su artículo 95 capítulo III reza: “Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las terminadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quienes la causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.”

En cuanto a la investigación vinculada a los adultos, surge con fecha mes de marzo del año 1997 una resolución dictada por la Fiscalía actuante, en la cual se plantea una cuestión de competencia y de cuya parte pertinente se extrae: “(...) ante la presencia de dos hechos independientes con una misma víctima, uno vinculado a un accidente de tránsito y otro relacionado con golpes con posterioridad a aquel, pudiendo otorgar naturaleza culposa al primero y excediendo el segundo la competencia conferida (...)”, se resuelve dar intervención a señor Agente Fiscal en turno para que intervenga en la presente investigación ante la posible comisión de lesiones dolosas(...)”. Con el fallecimiento de la víctima continúa la intervención de la Fiscalía con competencia en delitos dolosos por el delito de homicidio simple, procesado N. Luis e imputado N. Hernán. Superada las instancias –fiscalía y defensoría- Se llama autos para dictar sentencia.

De la sentencia pronunciada por el Juez en lo Criminal con fecha septiembre del año 2001 surge veredicto condenatorio, N. Luis es declarado autor penalmente responsable del delito de homicidio simple, art. 79 del Código Penal. y se aplica pena. Respecto a N. Hernán, veredicto Absolutorio. Sentencia confirmada.

Del análisis de los casos tanto con relación a N.N. Sergio menor de edad, como a los adultos involucrados se verifica a través de la confrontación una serie de tipificaciones discordantes que recaen y reafirman el objeto principal de estudio. En primer lugar de las actuaciones llevadas a cabo en el Tribunal de Menores nº 1, surge un encuadre legal, homicidio en riña, que responsabiliza a todos los intervinientes por igual. Esta tipificación, que se sostiene hasta el último acto jurisdiccional, pronunciado por el Juez de Menores, resulta relevante por cuanto se advierte una precipitación de la situación jurídica que alcanza también a los adultos, quienes adoptan a partir de esta tipificación una eventual posición que pareciera ya definida.

Sin embargo, de la sentencia dictada con posterioridad a los mayores de edad, no se advierte una correlación con la pronunciada al menor de edad en cuanto a la tipificación delictual –homicidio en riña- ya que el Juez en lo Criminal resolvió condenar a uno de los adultos, como autor del delito de homicidio simple, mientras que para el restante dispuso la absolución.

De haber existido una investigación en forma conjunta, es decir llevada a cabo sólo por un órgano judicial, quizás se hubiera definido la participación de los imputados y la relación causal entre la muerte de la víctima y el autor.

3) *El siguiente caso está referido a delitos contra la propiedad, cometido en la ciudad de Berisso por tres individuos, siendo uno de ellos menor de edad, N. José de 17 años y los restantes adultos, N. Malvina y N. Jorge.. Las actuaciones se inician en el mes de abril del año 2001 en la Seccional Primera de policía de la citada localidad por la comisión de los delitos de robo calificado y robo de automotor. Con la aprehensión de los presuntos autores, se da intervención a las autoridades judiciales. De las actuaciones que obran en el Tribunal de Menores n° 3 departamental y relacionadas con el joven N. José, se desprende que el mismo ha sido indagado por hallárselo imputado en sendos delitos. No obstante, en el auto de procesamiento que se dicta con posterioridad en favor del joven se recalifican los hechos mediante las figuras de privación ilegítima de la libertad y robo calificado en los términos de los artículos 141 y 166 inc. 2do. del Código Penal, figuras delictivas que de acuerdo a los fundamentos esgrimidos por la magistrada, resultan de la existencia de semiplena prueba e indicios vehementes de ambos delitos y motivos fundados para determinar que N. José es responsable.*

Pronunciado el veredicto, de la sentencia se extrae que N. José es absuelto libremente por el delito de privación ilegal de la libertad y sí, declarado autor penalmente responsable por el delito de robo calificado, por haber sido cometido con armas y no se le aplica pena –art. 4 inc. 3ro. última parte de la ley 22.278- disponiéndose la inmediata libertad.

Del procedimiento llevado a cabo en la Unidad Funcional de Investigaciones, relacionadas con los adultos, surge con fecha 3 del mes de mayo de 2001 el auto que dispone el requerimiento del dictado de la prisión preventiva de la imputada Malvina y así se resuelve: “(...) convertir en prisión preventiva la detención de la nombrada por el hecho que constituye ‘prima facie’ el delito de robo calificado por haber sido perpetrado en poblado y en banda en los términos del art. 167 inc. 2do. del Código Penal” e igual resolución respecto a N. Jorge.

Posteriormente, en la audiencia preliminar el Ministerio Público Fiscal peticona la celebración de juicio abreviado para la procesada N. Malvina, y solicita una pena de 3

años y 8 meses de prisión por el delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y se llega a un acuerdo con el Defensor e imputado en la calificación del delito y la pena.

Cumplimentado el juicio abreviado, el Tribunal Oral en lo Criminal declara a N. Malvina autora penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda –art. 167 inc. 2do. del Código Penal y confirma el pedido de pena. Sentencia firme.

Respecto a la situación procesal de N. Jorge corre agregado la solicitud de captura y el auto que lo declara en rebeldía.

Del análisis de ambas causas y su cotejo se advierte durante la tramitación cambios fundamentales en la tipificación delictual, modificaciones que resultan discordantes a la hora de arribar al último acto procesal, como es la sentencia y que si bien estos nuevos encuadres legales sostienen la base fáctica –robo- divergen sendos pronunciamientos por las condiciones de agravamiento de este ilícito, Respecto al menor de edad se lo responsabiliza por el delito de robo agravado por el uso de arma, en cuanto al adulto por haberlo cometido en poblado y en banda. Importa destacar también la incidencia doctrinal del concepto de banda ya que para constituirla es necesaria e indispensable la concurrencia de tres personas como mínimo destinados a cometer un delito determinado. Según algunos autores, de ser así y considerando la adecuación típica formulada por el Tribunal bajo la nomenclatura de robo en poblado y en banda, hace presumir la participación del menor de edad, junto a los adultos. Es dable mencionar además que de acuerdo a estos delitos, el monto de las penas, difieren notablemente.

4) *Este último caso está relacionado también con un delito contra la propiedad, cometido por cuatro individuos, dos de los cuales N. David y N. Miguel resultan ser menores de edad de 17 y 16 años. Surge de las actuaciones que ambos fueron indagados en el Tribunal de Menores n° 2 departamental, por hallarse imputados del delito de hurto (art. 162 del C.P.) en causa caratulada “N. David y otro –hurto- La Plata” ilícito cometido en compañía de los adultos, N. Ofelia y N. Lisandro, el día 31 de julio de 1998 en una vivienda sita en La Plata, donde ingresan y sustraen objetos de valor.*

Además de los mencionados autos se desprende la continuidad de la tipificación inicial y habida cuenta que el delito de hurto impone una pena que no excede los dos años de prisión, la Titular del Tribunal de Menores n° 2 resuelve en el mes de septiembre de 1998 declarar a ambos menores de edad no punibles, en el marco del artículo 1 de la ley 22.278 que dice: “..No es punible...Tampoco lo es el que no haya cumplido 18 años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años...”.

De la causa caratulada “N. Ofelia y otro –Hurto- seguida a los adultos ante el Juzgado de Transición n° 2 Departamental, se resuelve con fecha febrero de 2001,”... tener como autores “prima facie” a N. Ofelia y N. Lisandro responsables del hecho tipificado en el considerando segundo. Recalificar los hechos investigados en la presente causa como robo calificado por el uso de llave, en los términos del art. 167 inc. 4to. en relación al art. 163 inc. 3ro. del Código Penal, y ordenar la detención de N. Ofelia y N. Lisandro por las consideraciones expuestas precedentemente...”.

Con fecha 16 de julio de 2001, prestan declaración N. Ofelia y N. Lisandro a quienes se los indaga por el delito de robo calificado por el uso de llave, en los términos de los artículos precedentemente citados.

Dictada la sentencia con fecha octubre de 2004, obra veredicto condenatorio para ambos procesados por el delito de robo calificado por el uso de llave falsa, art 167 inc. 4to. en relación al art. 163 inc. 3ro. del Código Penal.

De la lectura del expediente tramitado ante el Tribunal de Menores n° 2 surge que los jóvenes, menores de edad, fueron indagados por el delito de hurto previsto en el artículo 162 del Código Penal que dice: “ Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena” y si bien por este delito el Estado renuncia a la potestad punitiva, se desprende que el encuadre legal permaneció inmutable hasta el último acto declarativo de no punibilidad.

En cuanto a las actuaciones relacionadas con los adultos, resulta que ha habido una variación en la calificación legal a partir del auto de detención, sustituyéndose el delito de hurto por el delito de robo agravado por el uso de llave, que impone una mensuración de pena entre uno y seis años de prisión. Calificación que se mantuvo firme.

OTROS CASOS

Seguidamente se dan a conocer el segundo grupo de casos.

1) Se presenta este caso con la concurrencia de dos personas, una de ellas menor de edad y la restante adulto, ambos intervienen en forma conjunta en un delito contra la propiedad, cometido con armas el día 27 de agosto de 2007 en un comercio de venta de ropa, sito en calle 63 y 137 de la ciudad de La Plata. En el procedimiento policial interviene personal de la Secc. 4ta. de Policía de La Plata quienes proceden a la aprehensión de los presuntos autores en la calle 32 entre 23 y 24, en circunstancias en que se daban a la fuga a bordo de un ciclomotor e incautan en poder de uno de ellos una navaja y en poder del que manejaba la moto, dinero de curso legal. En el acto se les comunica que se encuentran imputados del delito de robo calificado en grado de tentativa.

Un día después mediante proveído judicial, se resuelve modificar la tipificación cuyo texto indica que “(...) advirtiéndole la suscripta que de las presentes actuaciones no resultan elementos de juicio suficientes que ameriten el grado de tentativa, procédase a re-caratular la causa como robo calificado en los términos del art. 166 inc. 2do. Del C. Penal (...)”.

El menor de edad queda detenido en el centro de Recepción de Jóvenes. Se le recibe declaración por hallarse imputado del delito de robo calificado por el empleo de armas art. 166 inc. 2do. del CP. El día 9 de mayo de 2008 obtiene la libertad egresando del Centro Cerrado El Castillito.

De la acusación surge que la Sra. Agente Fiscal estima probado los hechos y reconoce al menor de edad, como autor penalmente responsable del delito de robo calificado y solicita 7 años de prisión. Por otro lado la Defensa peticiona la absolución para su pupilo, exención de pena o pena mínima.

De la sentencia surge que se declara al menor de edad, autor penalmente responsable del delito de tentativa de robo calificado por el uso de arma, art. 42 y 166 inc. 2do. del C.P. y no se aplica pena.

Respecto al adulto E. David, el Tribunal en lo Criminal n° 2 Departamental lo declara autor del delito de robo calificado por el uso de arma y lo condena a la pena de 6 años de prisión. Sentencia de fecha 9 de abril de 2010 dictada en causa 3161/A1727.

Del inicio de las actuaciones, se desprende que los presuntos autores son aprehendidos después de cometido el hecho ilícito y en circunstancias en que se daban a la fuga a bordo de un ciclomotor, siendo imputados del delito de tentativa de robo calificado por el uso de armas. Derivadas a sus respectivos ámbitos de competencia, el juez del joven, modifica la tipificación de la figura delictiva como robo calificado por el uso de armas. No obstante durante el dictado de la sentencia retoma la calificación legal sustentada por la instrucción en sus inicios, declarando como único autor penalmente responsable del delito de tentativa de robo calificado por el uso de armas al joven de autos, sin considerar la intervención del adulto.

Por otro lado el mayor de edad E. David, que participó en el hecho desde un inicio junto al joven, ha sido procesado y condenado a una pena de 6 años de prisión a cumplir, por el delito de robo calificado por el empleo de armas, art. 166 inc. 2do. del Código Penal.

A simple vista, se desprende que si bien en sendas causas se mantiene el encuadre legal de la figura básica con su agravante, difiere notablemente la determinación del mínimo de ilicitud penal, al considerar el juez de Responsabilidad Penal Juvenil, que el delito por el cual se responsabiliza al menor de edad, ha sido cometido en grado de tentativa y no con la certeza de la consumación como resulta del veredicto condenatorio dictado a favor del adulto, y si bien el decisorio en grado de tentativa resulta más favorable para el joven, por la significativa reducción de la pena, no ha sido así para con el adulto que resulta gravemente perjudicado en el tratamiento e interpretación del juzgador al considerar al hecho como consumado.

2) *Este caso se refiere también a la comisión de un delito contra la propiedad, en el que actúan dos personas una de ellas menor de edad. El hecho ocurre el día 7 de febrero de 2008 en un supermercado, sito en la calle 25 entre 34 y 35 de la ciudad de La Plata, lugar donde mediante intimidación con arma blanca, que portaba el menor de edad, sustraen parte de dinero que poseía uno de los empleados en su indumentaria y el resto, de la caja registradora, dándose los autores inmediatamente a la fuga. Son aprehendidos por personal policial, a los pocos instantes en el interior de una vivienda aparentemente abandonada, sita en calle 34 entre 25 y 26, incautándose en poder de ambos, dinero y prendas de vestir. Interviene en el procedimiento la Seccional 4ta. de Policía de La Plata. Se instruye sumario imputados ambos por el delito de robo calificado por el empleo de armas.*

Con relación a la sustanciación del proceso del joven, la Sra. Agente Fiscal formula acusación por estimar probado los hechos y la responsabilidad penal del imputado, para quien solicita la pena de seis años de prisión, con más accesorias legales por el delito de robo calificado por el empleo de armas, art. 166 inc. 2do. del CP.

Por su parte el Defensor, pide la absolución libre de su asistido y de no considerarse, subsidiariamente peticiona cambio de calificación legal por no hallarse en poder del menor de edad, el arma blanca utilizada.

De la sentencia se desprende que el menor de edad, es declarado autor penalmente responsable por la comisión del delito de robo simple en los términos del art. 164 del Código Penal, imponiéndole la pena de dos años de prisión más accesorias y costas, pena que fuera reducida en su mitad, atento a la facultad del art. 4to. Inc. 3ro. de la ley 22.278. Sentencia apelada y confirmada por la Sala 2da. de la Cámara Penal de Apelación y Garantías Departamental.

Con relación al adulto se tramitó la IPP 1624/08 en la UFI n° 4 Defensoría n° 8, actuaciones que fueron elevadas a juicio tipificándose el delito como robo agravado por empleo de arma blanca y participación con un menor de edad arts. 166 inc. 2do y 41 quater del CP. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 1, en causa 299/3645 y acumulada, mediante juicio abreviado, condena a N. Diego (adulto) a la pena de seis

años y diez meses de prisión por el delito de robo agravado por el empleo de arma blanca y participación de un menor de edad.

De la confrontación de ambos pronunciamientos, surge nuevamente la no correspondencia entre sí. No obstante mantenerse la base fáctica del delito, para sendas decisiones, no ha sido así con respecto a uno de los autores a quien se le endilga un delito agravado por el uso de arma blanca que impone una pena superior al delito de robo simple. No es lo mismo robo agravado por el uso de arma blanca contemplado en el artículo 166 inc. 2do. del Código Penal que impone una pena mensurada entre reclusión o prisión de cinco a quince años, que robo simple, cuya clase de pena es prisión entre un mes y seis años -art. 164 del CP-. Finalmente se ha advertido de las actuaciones la ausencia de análisis, fundamentos y cita legal respecto a la participación que les cupo en el ilícito a ambos autores.

3) *El siguiente caso trata la concurrencia de tres personas, una de ellas menor de edad que intervienen en un delito contra la propiedad. Las actuaciones se inician con la intervención de la Seccional Policial 6ta. de La Plata por el delito de robo calificado por el uso de arma y por su comisión en poblado y en banda, ocurrido el día 4 de septiembre de 2009 en el comercio sito en la calle 120 y 527, lugar donde irrumpen y mediante la exhibición e intimidación con armas de fuego, despojan a los clientes que se hallaban en la ocasión de sus pertenencias, como así también del dinero recaudado, siendo aproximadamente la suma de \$8.000. En el momento de huir los autores producen disparos.*

El Ministerio Público Fiscal solicita la detención de los imputados por la comisión de los delitos de robo doblemente calificado por el empleo de arma de fuego y por haberse cometido en poblado y en banda -arts. 166 inc. 2do y 167 inc. 2do. del CP-.

En el marco del art. 308 del C.P.P. y con esta tipificación es indagado N. Javier, sosteniéndose la misma calificación en el auto de prisión preventiva.

De la audiencia preliminar surge que el Ministerio Público Fiscal peticona la celebración de juicio abreviado, solicitando una pena de 5 años y 6 meses de prisión para el joven por el delito de robo calificado por el empleo de arma de fuego apta para

el disparo. Llegan a un acuerdo con el Defensor en la calificación del delito, pero con diferente pena, 6 años y 8 meses de prisión.

Celebrado el juicio abreviado el día 10 de mayo de 2009 se resuelve declarar coautor penalmente responsable al joven N. Javier por el delito de robo calificado por uso de arma de fuego apta para el disparo -art. 166 inc. 2do, Primer párrafo del CP- y se impone la pena de 3 años y 4 meses a cumplir -pena reducida de acuerdo al art. 4to de la ley 22.278-.

Respecto a la intervención de los adultos N. Carolina y N. Román surge de la I.P.P 29216/09 que resultan imputados por los delitos de robo doblemente calificado por el empleo de arma de fuego y por haberse cometido en poblado y en banda. Se mantiene dicha tipificación en circunstancias de recibírseles declaración -art. 308 del C.P.P-) y en la elevación a juicio de fecha 17 de enero de 2011. En junio de 2012 se dicta veredicto, del que surge que N. Carolina es declarada autora penalmente responsable del delito de robo calificado por uso de arma apta, agravado por participación de menor y en concurso ideal con portación de arma de uso civil. N. Román autor responsable por el delito de robo calificado por empleo de armas en poblado y en banda.

Previo al estudio y comparación de ambos procedimientos, es preciso tener presente, el análisis ya realizado en el primer grupo de casos con relación al significado doctrinario del concepto de banda y así continuar con el propósito de esta tesis.

En primer lugar, surge al iniciarse las actuaciones, la comisión del delito de robo doblemente calificado por el empleo de arma de fuego, en poblado y en banda artículos 166 inc. 2do y 167 inc. 2do. del CP. Posteriormente y durante las actuaciones celebradas en sede judicial con relación al menor de edad, se advierte un cambio de tipificación de las figuras delictivas mencionadas, y así surge del llamado a indagatoria, la imputación del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, tipificación que se mantiene durante el transcurso del juicio abreviado y por el que se lo condena a la pena de 3 años y 4 meses a cumplir.

Por otro lado, se advierte que en relación a N. Carolina, mayor de edad, ha sido declarada autora penalmente responsable del delito de robo calificado por uso de arma apta, agravado por participación de un menor y en concurso ideal con portación de arma de uso civil, circunstancias que confrontadas con las actuaciones correspondientes al Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil, resultan coincidentes lo mismo que el encuadre legal de la figura jurídica, sin perjuicio de la portación de arma de uso civil en concurso ideal y la aplicación del art. 41 quater del Código Penal.

Y por último la tercera persona interviniente, N. Román mayor de edad, fue declarado autor penalmente responsable por el delito de robo calificado por el empleo de armas en poblado y en banda, artículos 166 inc. 2do. y 167 inc. 2do. del Código Penal.

Aquí es dable preguntarse ¿N. Román con quién conformó la banda? De hallarnos ante un error, qué grado de participación tuvo en los hechos? circunstancias nuevamente que permiten reflexionar respecto a la participación criminal y práctica jurisdiccional.

4) *Este caso está referido a un hecho ilícito, cometido por una persona adulta del sexo femenino, y dos del sexo masculino, menores de edad. Las actuaciones se inician a través de personal de la Seccional 1° de Policía de la localidad de Berisso. El hecho es cometido el día 30 de septiembre de 2009 en un comercio sito en la calle 10 y 159. Ingresan los tres imputados quienes portando arma de fuego intimidan a los presentes, sustraen la recaudación de la caja registradora, procediéndose en forma inmediata a la aprehensión de la presunta autora y posteriormente de los dos menores de edad también presuntos autores. En el momento de la aprehensión se secuestra un revolver calibre 22 corto y un cuchillo. Interviene la UFI de Flagrancia y se tipifica el delito como robo calificado por el uso de arma de utilería y por uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede acreditarse y por haber intervenido menores de edad.*

Por el mismo hecho el Juez de Garantías de adulto tipifica el hecho como robo calificado por el empleo de arma, cuya penalidad se incrementa por la participación de un menor -art. 166 inc. 2do. 1° párrafo y 41 quater-. Se convierte en detención la aprehensión de la adulta y convocada a audiencia a prestar declaración en el marco de la tipificación citada, se niega a declarar.

De la pericia del arma, revolver calibre 22 corto resulta que “(...) no se halla apta para su utilización en el tiro práctica ya que posee varias faltantes (...)”.

Elevada la causa a juicio el día 26 de agosto de 2010, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 departamental dicta sentencia el día 2 de febrero de 2011 declarando a N. Anabela, autora penalmente responsable por los delitos de robo calificado por el empleo de arma de fuego no apta y en poblado y en banda y agravado por la participación de menores de edad, imponiéndole la pena de 8 años y 6 meses de prisión.

Por otro lado y en relación a los jóvenes, menores de edad surgen actuaciones sumariales paralelas, en la que consta que el Ministerio Público Fiscal, solicita al señor Juez de Garantías convertir la aprehensión de los imputados en detención. Dándose cumplimiento a ella y tipificando el hecho como robo doblemente calificado por el uso de arma de fuego, en poblado y en banda en los términos de los artículos 166 inc. 2do. y 167 inc.2do. del CP.

El día 9 de marzo de 2012 el Ministerio Publico Fiscal del Joven, desiste de la acción y solicita el sobreseimiento total de ambos menores de edad, por los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego no apta para el disparo y por su comisión en lugar poblado y en banda en concurso ideal -arts. 54, 166 inc. 2do. In fine, 167 inc. 2do. del CP y art. 40 de la ley 13.634-, argumentando en la petición la Sra. Agente Fiscal, “(...) la no concurrencia de las víctimas al juicio oral y no tener interés en la prosecución de la investigación (...)”. Por lo que el Tribunal resuelve, el sobreseimiento y dispone la inmediata libertad de ambos jóvenes. Respecto a las actuaciones de la coimputada N. Anabela, surge el cumplimiento efectivo de la condena.

Analizadas ambas actuaciones se advierte desde un principio diferentes tipificaciones una de ellas el robo agravado por el uso de armas en poblado y en banda y otra que consta en las actuaciones del Juzgado de Garantías de adultos como robo agravado por el uso de arma. En esta circunstancia no se menciona en poblado y en banda y sí la participación de un menor de edad. Con esta tipificación, se llama a indagatoria a la

imputada adulta. Finalmente el Tribunal Oral, dicta sentencia condenatoria respecto de N. Anabela. Declara su responsabilidad por el delito de robo calificado por el empleo de arma de fuego no apta en poblado y en banda, agravado por la participación de menores de edad. Diferente ha sido la imputación que se atribuye a los menores de edad: robo doblemente calificado por el uso de arma de fuego apta, en poblado y en banda. Aquí si bien resulta identidad de la figura jurídica surgen discrepancias en cuanto a la aptitud del arma empleada, circunstancias que deben tenerse muy en cuenta ya que el monto de la pena aumenta o disminuye según tenga el arma aptitud para el disparo o no. A los fines de la interpretación de las normas del proceso penal juvenil y del adulto, sin perjuicio del plus de garantías del joven, es sabido que ambos gozan del principio de oportunidad, parten de una misma directriz toda vez que es el fiscal del joven quien practica la investigación penal preparatoria, cuando en estos hechos se encuentren imputados conjuntamente niños y mayores o hubiera delitos conexos, hasta el requerimiento de elevación a juicio. Si bien es cierto que la tipificación puede variar en su encuadre jurídico, no es menos cierto que ésta debe abarcar para todos los participantes. Por otro lado, vistos los fundamentos y razones dadas por la Fiscal para peticionar el sobreseimiento de los menores de edad, éste debería haber alcanzado al adulto, mediante una debida correspondencia entre los procesos. Sobre todo teniendo en cuenta que el argumento por el cual se dicta sobreseimiento podría haber recaído para todos los intervinientes, sin perjuicio de reconocer que el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires prescribe ciertos extremos legales para que un adulto obtenga el sobreseimiento total o parcial, o de lo contrario haber analizado desde un principio el grado de participación de los imputados toda vez que de surgir que uno de ellos actuó con el grado de partícipe secundario, no se hallaría configurada la banda y se estaría en presencia de un delito de robo agravado por el uso de arma no apta y por la intervención de menores de edad. Por lo tanto la condena a la persona mayor de edad, hubiera sido de menor cuantía.

5) *El caso siguiente se refiere a la comisión del delito de robo, en el que intervienen dos menores de edad y un adulto. Hecho ocurrido en un local de ferretería sito en la calle 38 y 115 de La Plata el 20 de marzo de 2009, donde sustraen mediante intimidación con arma de fuego, un celular, llaves pertenecientes a una vivienda y*

llaves de una moto y se dan a la fuga en un rodado. Interviene la Secc. 2da. de Policía cuyas actuaciones se inician por el delito de tentativa de robo calificado.

El juez de Garantías, a pedido del Ministerio Público Fiscal hace lugar a la solicitud de detención y tipifica el hecho como robo calificado por el uso de armas (art. 166 inc. 2do. del CP).

Se procede a la detención de uno de los menores de edad N. Diego y con fecha 25 de junio de 2010 recupera la libertad, dada la facultad que otorga a los Agentes Fiscales el art. 40 de la ley 13.634 (principio de oportunidad). De la resolución surge que se halla imputado del delito de robo calificado en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2do. y 42 del CP).

Con relación al adulto N. Rodríguez, el Ministerio Público Fiscal también solicitó la detención por hallarse imputado del delito de robo calificado por el uso de armas en grado de tentativa.

Cumplimentada la aprehensión de N. Rodríguez, seguidamente se convierte en detención por hallarse imputado del delito de robo calificado por el uso de arma e intervención de menores de edad, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 166 inc. 2do. 2do. párrafo y 41 quáter del CP.

Dictada la prisión preventiva de N. Rodríguez (adulto) modifican el ilícito como robo con armas (art. 166 inc. 2do. segundo párrafo del CP) y disponen su alojamiento en una unidad carcelaria. Obra solicitud de excarcelación y ante la negativa, el señor Defensor apela. La Cámara Penal de Apelación y Garantías departamental, se expide confirmando la detención.

Requerida la elevación a juicio, no surge modificación alguna respecto a la tipificación del delito manteniéndose la figura como robo calificado (art. 166 inc. 2do. segundo párrafo del CP).

Elevada la causa al Tribunal Oral Criminal n° 4 departamental con fecha 23 de agosto de 2011 dictan veredicto condenatorio y en la sentencia declaran a N. Rodríguez, autor

penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego (art. 166 inc. 2do. segundo párrafo y lo condenan a pena de 6 años y 9 meses de prisión.

Como se advierte de las actuaciones seguidas a N. Rodríguez mayor de edad, no surge el grado de participación en el ilícito, ni tampoco se cita el art. 41 quater por la intervención de los menores de edad.

6) *Este último caso se refiere a otro delito contra la propiedad, cometido 4 de enero de 2012, en un restaurante sito en la calle 15 entre 56 y diag. 74 de La Plata. Lo llevan a cabo tres personas dos de ellas menores de edad, quienes irrumpen en el local, mediante violencia y sustraen un LCD color negro, marca "Samsung", un equipo musical marca "Duraband", color gris y la suma de ciento ochenta pesos (\$180). Son aprehendidos por personal el mismo día del hecho a quienes se les notifica en presencia de familiares que se hallan imputados, del delito de tentativa de robo calificado, por su comisión en poblado y en banda.*

Igual tipificación en la conversión de la aprehensión en detención y con la misma calificación son indagados. Elevadas las actuaciones al Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil departamental y el 25 de septiembre de 2012 se celebra juicio abreviado para los menores de edad N. Kevin y N. Jonatán dictándose veredicto condenatorio para ambos. Respecto a N. Kevin como coautor penalmente responsable del delito de robo calificado, por su comisión en poblado y en banda (art. 167 inc. 2do. del C). En julio de 2013, previo diferir la sanción, se resuelve no aplicar pena.

Con relación a N. Ignacio queda a disposición del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil 2 departamental.

En cuanto al adulto N. Miguel Ángel, surge de las actuaciones que la causa elevada a juicio, tramitó ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5, sosteniéndose la tipificación inicial (robo calificado por su comisión en poblado y en banda, art. 167 inc. 2do. del CP).

Dictada la sentencia con fecha 2 de marzo de 2012 surge veredicto condenatorio a N. Miguel Ángel como “(...) autor penalmente responsable por el delito de robo simple, art. 164 en relación al art. 41 quater por participación de menores de edad, imponiendo la pena de 1 año y 2 meses de prisión de cumplimiento efectivo (...)”.

En este último caso, y a partir de la comparación de ambos procedimientos surge una evidente contradicción en la identidad de la figura jurídica, en virtud de haberse calificado el injusto constitutivo del delito de robo simple a favor del adulto, agravado por la intervención de menores de edad, lo que comporta un acto de desproporción inaceptable en contra de los jóvenes.

Si quien la ley considera sujeto al juzgamiento en el fuero de mayores, como es el caso de N. Miguel Ángel; que enfrenta un cargo menor que el de los jóvenes involucrados, sostener una calificación mucho más severa para ellos, implica violentar los principios más elementales de equidad e igualdad ante la ley.

A la luz del análisis realizado y del estudio comparativo de las actuaciones y sus diferentes resultados, se abordarán las consecuencias que derivan de ello y la importancia de la correcta tipificación de un hecho delictivo. Dado que cada figura es acompañada por la pena a imponer y como se trata de aquellas que restringen la libertad –siendo la mayoría prisión o reclusión- se deberá prestar mayor atención. En este sentido surgen ciertas reglas que de acuerdo a ese encuadre jurídico y mensuración de pena que posibilitan o no la libertad de la persona.

De acuerdo al Código de Procedimiento Penal de la Provincia, el primer estadio del proceso, esto es la investigación penal preparatoria, determina que la detención del imputado no podrá efectivizarse cuando el delito por el que se lo acusa corresponda a una pena que no supere en su término medio: entre el mínimo y máximo previsto, los tres años de privación de la libertad o tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos supere dicho monto (...)⁶⁷.

⁶⁷ Bertolino, Pedro C. (2009: 290), art. 151 ap. 4to:” No procederá la detención cuando al hecho imputado le corresponda una pena que no supere en su término medio, entre el mínimo y máximo previstos, los tres años de privación de la libertad o tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos supere dicho

Asimismo durante el proceso el imputado podrá obtener la excarcelación o la eximición de prisión previo a que el órgano judicial interviniente califique el o los hechos imputados, y determine si con arreglo a dicha estimación es procedente la excarcelación ordinaria y por ende la eximición de prisión requerida⁶⁸.

Otro derecho que tiene el imputado es el de solicitar un juicio abreviado, siempre y cuando la pena privativa de libertad del delito por el cual se encuentra acusado, no exceda de ocho años de prisión⁶⁹.

Algo semejante ocurre con el instituto de la suspensión del juicio a prueba conocido como principio de oportunidad y que surge del Código Penal en su artículo 76 bis. El imputado tiene la posibilidad de peticionar, siempre y cuando el delito por el que se lo acusa se trate de aquellos de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años⁷⁰.

Por el contrario, no debemos soslayar lo dispuesto en el art. 100 de la ley 12.256 de ejecución penal bonaerense. Dicho artículo restringe en el llamado sistema de progresividad de la pena, la referida a la obtención del ingreso al régimen abierto y la libertad asistida a aquel condenado que hubiera cometido homicidio agravado, delitos contra la integridad sexual, privación ilegal de la libertad, homicidio en ocasión de robo, e incendio y otros estragos. Normas todas ellas que también son aplicables en el sistema Penal Juvenil.

monto y cuando de las circunstancias del hecho, y de las características y antecedentes personales del procesado, resulte probable que le pueda corresponder condena de ejecución condicional (...)."

⁶⁸ Bertolino Pedro C. (2009: 326), art. 169: "Podrá ser excarcelado por algunas de las cauciones previstas en este capítulo, todo detenido cuando: 1.- El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo no supere los ocho años de prisión o reclusión. 2.- En el caso de concurso real, ninguno de los delitos imputados tenga prevista una pena superior de los ocho años de prisión o reclusión (...).". Art. 186: "El órgano judicial interviniente deberá calificar el o los hechos imputados y determinar si con arreglo a dicha estimación es procedentes la excarcelación ordinaria y por ende la eximición de prisión (...)."

⁶⁹ Código Procesal Penal de la provincia de Bs. As., p. 686 art. 395: "Si el fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad no mayor de ocho años, o de una pena no privativa de libertad, procedente aún en forma conjunta, podrá solicitar el trámite del juicio abreviado. El imputado y su defensor también podrán solicitarlo".

⁷⁰ "Códigos y Leyes complementarias", Código Penal Argentino, Ed. Del País, p. 19, art. 76 bis: "El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años (...)."

Por último, como regla general de aplicación de la ley penal para los ilícitos, es importante dejar consignado el principio de ley más benigna. De acuerdo a su conceptualización es aquella que debe aplicarse toda vez que al dictarse sentencia o en tiempo intermedio o durante el cumplimiento de la condena resulta ser más favorable que aquella vigente al tiempo de cometerse el hecho⁷¹.

Los estándares internacionales de derechos humanos hacen alusión a una serie de disposiciones concebidas para proteger la libertad individual. Entre las normas específicas del derecho internacional debe hacerse referencia al art 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que estipula: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. También es dable hacer mención al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo párrafo 1 del art. 9 reza: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, organismo responsable de respetar las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados partes en su jurisprudencia, ha dejado en claro que la detención que al inicio puede ser lícita, puede volverse “arbitraria” si se prolonga indebidamente y si no se somete a la revisión periódicamente.

En el sistema regional interamericano, el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal (...). Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios (...). Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o un Tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fuera ilegal”⁷².

⁷¹ Código Penal Argentino, p. 7, art. 2: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”.

⁷² “Constitución de la Nación Argentina”, Apéndice 1, Instrumentos internacionales Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 9, pág. 68. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y

CAPÍTULO V

Si bien desde un inicio la investigación ha sido enfocada desde una práctica jurisdiccional, ello no ha impedido durante su desarrollo, teniendo en cuenta la importancia e incidencia de los derechos humanos y la incorporación en las ciencias del derecho y sus diferentes disciplinas jurídicas, advertir la necesidad de introducir la perspectiva de derechos humanos para pensar los casos recientemente trabajados.

Paralelamente, se deja en claro que el subsiguiente sistema conceptual no se introduce en los casos precedentes, sino que se trata de un capítulo que nos acerca a un abanico de instrumentos jurisprudenciales de derechos humanos significativos que plantean en realidad un llamado de atención ante las situaciones descubiertas.

ERRORES JUDICIALES: RESPONSABILIDAD

Lo expuesto precedentemente permite advertir la importancia que reviste la determinación de la figura delictiva a través del acto de subsunción de una conducta al contenido de la descripción del tipo, que surge del Código Penal y que junto a la simultánea lectura y estudio de ambas actuaciones, facilitarían la percepción de similitud o diferencia del encuadre jurídico y así mediante este accionar se podrían evitar resoluciones contradictorias que conlleven a resultados que atenten contra la verdad jurídica. Como consecuencia de este devenir, resulta necesario hacer referencia a la responsabilidad del Estado cuya actividad, específicamente en la función jurisdiccional, es susceptible de causar daños a los particulares, que de acuerdo con la más elemental noción de equidad y justicia requieran ser reparados.

Santiago Saravia Frías en su obra *Responsabilidad del Estado por error judicial* con acertados criterios aborda este tema y a través de su trabajo define al error judicial como

Políticos, art. 9, p. 143 y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7, p. 79, Ed. 2014, Ed. Zavallía. Otras referencias en concordancia con los instrumentos internacionales que preceden: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales art. 5: “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad (...)”, en: www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf. En el sistema regional africano la Carta Africana de los derechos del hombre y de los Pueblos. Art. 6: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad de su persona. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por motivos y en condiciones previamente determinados por la ley; en particular nadie podrá ser arrestado o detenido arbitrariamente” en: www.oas.org/es/cidh/expresión/jurisprudencia/sistema_africano.asp.

“(…) Todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar. Es así que el “error judicial” es un verdadero acto ilícito o contrario a la ley, cometido por el juez, sea por acción u omisión en el curso del proceso sometido a su jurisdicción. Este autor considera que en el caso específico de la Responsabilidad del Estado por error judicial en el ámbito penal, resultaría importante que en los instrumentos internacionales que tratan especialmente el tema solo referido al caso de las condenas erróneas, se incluyeran explícitamente los principios de reserva, de inocencia y de libertad ambulatoria. Basta que se produzca un daño cierto y actual que implique vulneración a las garantías judiciales y que éste sea imputable al estado por su actividad en el ejercicio de la función judicial, para que la víctima pueda reclamarle su reparación” (s/f: 278 y ss.).

Siguiendo estos conceptos Garcete González expresó que “(…) la tarea de juzgar le incumbe a todos los magistrados, aunque no se agota con el dictado de la sentencia, sino que abarca el conjunto de actos necesarios para arribar a su dictado o bien, aquellos realizados durante el transcurso del proceso que concluyó de un modo anormal. Así serían típicos supuestos que den origen a esta responsabilidad por ejemplo, las omisiones e irregularidades cometidas por un juez en función de un procedimiento que dé lugar a un daño reparable. El error judicial, supone la equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos que no existen; pueden producirse por deficiencias procesales, circunstancias fortuitas, coincidencias fatales. El error judicial no debe ceñirse solamente a los condenados, debe extenderse también a aquellas personas que son detenidas y encarceladas preventivamente para facilitar la comprobación de los hechos y asegurar la acción punitiva del Estado, resultando posteriormente sobreseídas o absueltas al acreditarse su inocencia”.

Sobre el particular, Eduardo Mertehikian señaló que “cuando en general la doctrina de los autores analiza la responsabilidad del Estado en el campo de su actuación jurisdiccional, es común que haga una diferencia entre la responsabilidad ‘in iudicando’ y la responsabilidad ‘in procedendo’, admitiéndose que la primera procede cuando se verifique un error judicial que se traduce en que la sentencia que pone fin al proceso es

injusta, ya que de no haber mediado tal error esa sentencia hubiera tenido un contenido diferente, mientras que la segunda se la caracteriza como el daño producido por un defectuoso o anormal funcionamiento judicial que se verifica durante la sustanciación del proceso, ya sea que ese daño provenga de una conducta de acción o de omisión”⁷³.

“El art. 10 de la CADH y los arts. 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen explícitamente el derecho de toda persona a ser indemnizada en caso de haber sido condenada por un error judicial, o en caso de sufrir una detención ilegal o arbitraria. Todo lo cual se vincula con el reconocimiento explícito de los derechos a la libertad y a la seguridad personal que ambos instrumentos jurídicos internacionales resguardan (art. 7º CADH y art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”⁷⁴.

Si bien la Convención Americana reconoce la indemnización por error judicial lo cierto es que su art. 10 no establece una definición clara de “error Judicial”, sino simplemente establece que “toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”, por lo que ese concepto procede y se construye a través de elaboraciones jurisprudenciales. “(...) En el caso “Baena-Ricardo y otros vs. Panamá”, un caso que hace referencia a sentencias civiles, la Comisión Interamericana presentó a la Corte un argumento somero de la violación del artículo 10. Sin embargo, no evaluó la presente violación, sino que, simplemente, citó el artículo en el apartado sobre reparaciones de la sentencia. Por su parte, la Comisión Interamericana ha abordado el artículo en algunas ocasiones (...)”. “En igual sentido la frase “condenada en sentencia firme” parece hacer referencia a una condena penal, tanto por su significado literal como por el origen de la frase, a saber, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo”.

⁷³ Eduardo Mertehikian citado por Adén Cristina (2013). “Art. 10 derecho a indemnización”, en: Regueira, Enrique Alonso (Dir.) *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Bs. As.: La Ley, p.189.

⁷⁴ Adén Cristina (2013:186) Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 10: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 9.5: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. Art. 14.6: “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena deberá ser indemnizada (...)”. Constitución Nacional Argentina, Apéndice I, Instrumentos internacionales, Ed. En Buenos Aires, 2014 Ed. Zavalía.

“La Comisión Interamericana en algunas ocasiones, apoyó esta interpretación. Por ejemplo en el caso “García-Fajardo y otros vs. Nicaragua”⁷⁵ donde si bien encontró errores en la resolución de la Suprema Corte de Justicia al resolver el caso, entendió que ese fallo “no constituye una sentencia condenatoria, por lo tanto no violó el art. 10. Sentencias firmes, son aquellas inapelables, aunque las definiciones precisas de ‘firme’ se debatieron en otros sistemas de derechos humanos. Según el Informe explicativo del Convenio europeo del 28 de mayo de 1970, una sentencia se considera firme si ha adquirido la fuerza de cosa juzgada, es decir cuando no haya más recursos ordinarios disponibles. La Comisión Interamericana ha indicado que comparte la interpretación sobre las ‘sentencias firmes’ en el contexto del artículo 10”.

En cuanto al término ‘condenada’ parecería que comprende algo más que el encarcelamiento. La decisión de la Comisión en Cirio vs. Uruguay muestra que la palabra ‘condenada’ del art. 10 puede referirse a sentencias que imponen sanciones penales distintas al encarcelamiento. En Cirio, un oficial militar en retiro criticó ciertas acciones de las fuerzas armadas. Como resultado, un tribunal militar “enjuició al peticionario por el crimen de insulto al honor militar”. “(...) El Sr. Cirio fue declarado culpable y recibió “una sanción de por vida que, entre otras cosas, le privaba de su status y beneficios”, incluyendo toda su pensión”. Más de veinte años después, su status y beneficios fueron restituidos, aunque no le cubrieron los montos correspondientes a pagos anteriores. De acuerdo con la Comisión, a pesar de que las autoridades “reconocieron la naturaleza política e ideológica del castigo, no revocaron las resoluciones que lo sancionaron ni brindaron reparaciones completas (...)”. En consecuencia, la Comisión determinó que “(...) Uruguay violó el derecho del peticionario consagrado en el artículo 10. El Informe explicativo del protocolo No. 7 del Convenio Europeo describe de manera similar que el concepto supone “algunas fallas serias en el procedimiento judicial que implican graves perjuicios para la persona

⁷⁵ “García Fajardo y otros vs Nicaragua”. Un gran número de empleados que fueron despedidos solicitaron la protección de su derecho constitucional de huelga ante la Corte Suprema de Nicaragua a través de la interposición de un recurso de amparo. La Comisión encontró errores en la resolución de la Suprema Corte al resolver el caso, y decidió que el Estado había violado los derechos de los peticionarios al debido proceso y a la protección judicial. No obstante, entendió que el fallo de la Suprema Corte “no constituye una sentencia condenatoria” y por lo tanto no violó el art. 10.

condenada”. “(...) Por ello, esto no supone un mero defecto en los procedimientos judiciales, sino que se debe producir un resultado especialmente injusto (...)”⁷⁶.

En el orden interno la Corte Suprema de Justicia de Nación Argentina en el caso “Vignoni, Antonio c/ Gobierno Nacional” señaló los requerimientos necesarios para la configuración del error judicial, afirmando que “sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasar en autoridad de cosa juzgado impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley”⁷⁷.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires en los autos “Barrios Zarza, Antonio contra el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires S/Daños y Perjuicios”. La justicia condenó al Estado bonaerense indemnizar a un hombre que, en una causa por homicidio, pasó un tiempo bajo el régimen de prisión preventiva. Los jueces pusieron énfasis en la responsabilidad objetiva del Estado y del juez por su actividad jurisdiccional⁷⁸.

En síntesis, sin analizar las diferentes reparaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone a los Estados, lo importante es que la institución de la indemnización por error judicial, abriga una serie de garantías y afianza a las personas ciertos derechos, protegiéndolos de los daños ocasionados por resoluciones erróneas o arbitrarias. Estos derechos y garantías surgen del artículo 8vo. de la Convención

⁷⁶ Ankowiak, Thomas (2014). “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, pp. 263-266.

⁷⁷ Adén Cristina op. cit, p. 191 “. Corte Suprema de Justicia de Nación 1988, Vignoni Antonio S, Fallos, 311:1007.

⁷⁸ “Los Errores Judiciales cuestan caros”. El señor Barrios Zarza, Antonio pasó un tiempo bajo el régimen de prisión preventiva en el marco de un caso de homicidio por el que luego fue absuelto. En su voto el Juez Taraborrelli consignó que “el Poder Judicial está facultado para ejercer una especie de control de convencionalidad, es decir controlar si se cumplen las disposiciones legales de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en nuestra Carta Magna. Los jueces pusieron énfasis en la responsabilidad objetiva del Estado y del juez por su actividad jurisdiccional.[en línea] en: www.diariojudicial.com Consulta realizada: 29-04-2015.

Americana⁷⁹ cuya máxima expresión es el derecho al debido proceso, sobre el cual se construye el sistema de protección de los derechos humanos, y cuyos límites al abuso del poder estatal se encuentran representados por la garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención.

AFECTACIÓN DE GARANTÍAS POR ERRORES JUDICIALES

En relación al desarrollo del tema que se examina, los casos traídos en esta tesis de manera puntual representan un exponente paradigmático de una práctica judicial basada en el error. Concepción tenida en cuenta en virtud de la singularidad de los procedimientos llevados a cabo durante la investigación cuyos efectos arrojaron una verdad ficticia que en términos de correspondencia y verificaciones de hipótesis fácticas entre los hechos y la tipificación legal en el cotejo de los expedientes resultaron contradictorios a la luz de las circunstancias de los casos que imposibilitaron determinar cuál de ellos era genuino. Es así que a partir de los resultados se revelan una serie de garantías vulneradas que gravitan indistintamente se trate del joven o del adulto. Ello significó un problema que emana de la responsabilidad estatal por el ejercicio de la función judicial y en este estudio se entiende, que no se agotó sólo en el supuesto del dictado de sentencias erróneas, sino además por la irregularidad o deficiencia con que fueron ejecutados los actos jurisdiccionales, todos vinculados al proceso cuyo objetivo debió orientarse al reconocimiento de los derechos fundamentales procesales encaminados a una decisión con fuerza de verdad legal.

La Corte Interamericana ha señalado que el art. 8.2 de la Convención establece garantías mínimas que, 'por lo menos' deben ser aseguradas por los Estados a toda persona durante el proceso, en plena igualdad, en función de las exigencias del debido proceso legal y en este sentido hace mención a la Opinión Consultiva 11/90 de la que se desprende que "(...) Las mínimas garantías presumen que en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal

⁷⁹“Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Artículo 8 Garantías Judiciales. 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal (...)”. 8.2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas (...)” (Constitución de la Nación Argentina, 2014: 79).

(...)" "Por eso la Convención no impide que los Estados adopten medidas adicionales a aquellas reconocidas en el art. 8.2 asumiendo una extensión 'pro persona' por obra de ordenamientos internacionales y de interpretación jurisprudencial (...)" (Beloff, 2014: 460).

En la búsqueda de una definición respecto al concepto de garantías, la doctrina se ha visto obligada a explicar el verdadero significado haciéndolo dentro de un contexto en el que se incluye para su entendimiento el principio de "no discriminación" y "de igualdad ante la ley". El derecho a la igualdad está reconocido expresamente en el art. 24 de la Convención Americana y reza que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". Por su parte el art. 1.1 de la Convención Americana dispone que "los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Siguiendo este orden de ideas, y bajo estas pautas resulta oportuno dejar sentado que si bien las garantías consagradas en este artículo, se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuyen. Se debe tener en cuenta que específicamente en el caso de los jóvenes, menores de edad, el ejercicio de aquéllas supone por las condiciones especiales en que se encuentran, la adopción de medidas especiales adicionales con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. Medidas éstas que si bien obligan a un tratamiento jurídico diferenciado, no significa discriminatorio con el resto de las personas mayores de edad, más aún por el contrario están en función de la protección especial que le asigna el art. 19 de la Convención americana de Derechos Humanos.

Se puede concluir que "(...) en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende

que en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla (...)”⁸⁰.

Mary Beloff al referirse a las medidas de protección que todo menor requiere, menciona como eje principal la regla del art. 19 de la Convención Americana que reconoce el principio de protección especial a la niñez vigente en el derecho internacional público prácticamente desde sus orígenes y lo consagra normativamente de modo amplio, con lo que queda reservado a la jurisprudencia el fijar sus alcances con el sistema interamericano de protección de derechos humanos” (2014: 449).

Asimismo Beloff plantea la relación entre el art. 19 y los arts. 8 y 25 de la Convención Americana y pone de manifiesto su preocupación al expresar que el problema radica en cómo realizar el contenido de las “medidas de protección” sin afectar el debido proceso legal. Ello teniendo en cuenta que la Corte IDH ya se había expedido respecto al enfoque tutelar clásico que con el criterio de protección tutelar cercenaba el derecho a la libertad de los niños (2014: 456-458).

Ha sido la OC/17 de 2002 la que brindó algunos conceptos respecto a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño, a través de la consulta de la Comisión en relación a la interpretación de los arts. 8 y 25 de la CADH. Los motivos fueron determinar si las medidas especiales establecidas en el art 19 de la citada convención, constituían “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación al niño, y asimismo en esa oportunidad, se solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención American. Como señala Mary A. Beloff, “(...) aborda sólo algunas garantías en particular y no se expide categóricamente sobre el contenido concreto del artículo 19 de la Convención Americana, resultando en definitiva una reiteración de normas relacionadas con la protección de los derechos del niño”.

⁸⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC/17, 28-08-02 párrf. .55 [en línea] en: párr.www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

Es importante agregar que esta consulta, ha tenido como antecedente ciertas prácticas implementadas por países americanos que cercenaban derechos y garantías reconocidos en los arts. 8 y 25 de la Convención cuya vigencia era plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, en el entendimiento que la obligación de protección por el Estado suplía la falta de plenitud de juicio de los menores, criterio que imperaba en menoscabo de las garantías judiciales y protección judicial⁸¹.

Por otro lado en la OC-4/84 la Corte IDH hizo notar que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trata con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideraran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”⁸².

En la Opinión Consultiva 16/99 del 1-10-99 “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, la CIDH aseveró: “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician

⁸¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC/17.

⁸² Corte IDH. Opinión Consultiva OC/04 sobre “Propuesta a la modificación de la Constitución Política de Costa Rica”, párr. 55, [en línea] en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/Serie04_esp.pdf

de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas⁸³.

La referida OC/17 hace hincapié en el interés superior del niño como principio hermenéutico y regulador de toda normativa referente a los derechos del niño. Cita a la Convención sobre Derechos del Niño que alude al interés superior de éste (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”⁸⁴.

Este principio ha sido el eje rector para dar fundamento a toda resolución que emane de los poderes del Estado tendiente a resolver conflictos entre derechos que involucre a los niños.

⁸³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, Garantías del Debido Proceso legal, párr. 119, [en línea] en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

⁸⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Art. 20 inc. 1: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado (...)”. Art. 37 inc. c: “Todo niño privado de la libertad será 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 (...)”. Art. 40 inc. 2 iii): “ (...) Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizará, en particular: que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico y otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerase que ello fuere contrario al interés superior del niño teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”. Constitución de la Nación Argentina (2014). “Apéndice I Instrumentos internacionales con Jerarquía constitucional”, p. 237.

En relación con otras normas la Corte IDH en el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el art. 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁵, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino. De manera específica la Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”⁸⁶

En el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana la Corte interpretó que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiere a menores de edad”⁸⁷.

A su vez la Corte IDH en el caso Fornerón e Hija vs. Argentina ha sostenido que “este Tribunal considera que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior

⁸⁵ Corte IDH caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia (Fondo reparaciones y costas) del 24-02-2012, p. 62 y 63 párrs. 196, 197. Cita en pie de página, Caso “Gelman vs. Uruguay, sentencia 24-02-2011 serie C n° 221, párr. 121 y OC/17, supra nota 122 párr. 99. [en línea] en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

⁸⁶ Corte IDH caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” sentencia (fondo reparaciones y costas) 24-02-2012 p 62 y 63 párrs. 196, 197, Serie 239.

⁸⁷ Corte IDH “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, sentencia 8-09-2005, párr. 134 Serie 130.

Corte IDH “Fornerón e Hija vs. Argentina” sentencia 27-04-2012 párr. 105 Serie 242 pdf. www.corteidh.or.cr/docs/casos.14-08-2015. (Beloff los, 2014: 467-468).

del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”⁸⁸.

Aún más, sobre la base del criterio jurisprudencial de la Corte IDH (medidas especiales de protección a la niñez) y el art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño (interés Superior del Niño) en tanto en todos los precedentes siempre que se intenta definir el interés superior del niño se alude, de formas variadas, a la satisfacción de los derechos de los niños, que se lograría garantizar las medidas de protección prevista por el art. 19 que se comenta: “(...) la razón de la protección especial o reforzada radica en que se considera que en esta etapa de la vida las personas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que requiere atención, cuidados y ayudas particulares por parte de los adultos (...)”.

En definitiva, es propio del Derecho Penal Juvenil que los principios del interés superior del niño y de la protección integral, no pueden ser utilizados para restringir las garantías del Derecho Penal sustantivo y procesal que se les da a los adultos, sino solamente sirven para establecer garantías adicionales, que se agregarán a las establecidas en el Derecho de adultos. Así en el derecho penal juvenil sustantivo se reconocen principios como el de legalidad, culpabilidad, participación y proporcionalidad (de las sanciones) y en lo atinente al Derecho Procesal Penal se admiten principios como el de presunción de inocencia, proporcionalidad (de las medidas cautelares) derecho de abstención de declarar, acusatorio, inviolabilidad de la defensa y en juicio oral con vigencia del principio de inmediación entre otros.

Llobet Rodríguez, en su trabajo *La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los Derechos humanos* considera que el derecho penal juvenil ha puesto mayor énfasis en las sanciones. Otros autores consideran que ha habido más interés en el proceso (Reglas de Beijing y CDN) y en la ejecución 8 (s/f: 401).

⁸⁸ Corte IDH “Fornerón e Hija vs. Argentina” sentencia 27-04-2012 párr. 105 Serie 242 pdf. www.corteidh.or.cr/docs/casos.14-08-2015

En este sentido resulta oportuno hacer referencia a las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo que respecta a las restricciones y alternativas vinculadas a las eventuales sanciones aplicables a los jóvenes y es así como en su art. 37 de la convención surge que los Estados partes velarán porque:

- a) “Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos ni penas crueles inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación cometidos por menores de 18 años de edad”.
- b) “Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

Por otro lado el art. 40 de la Convención reza: inc. 1: “Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringió las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. Inc. 2: “Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:”. Inc. 4: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y suspensión, el asesoramiento, la libertad vigilada (...) 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”⁸⁹.

⁸⁹ Ver Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) arts. 13, 13.1, 13.2, art. 17, 17.1 incs. a), b) y c). Directrices de las naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) arts. 7 y 46. Ley 13.634 de Responsabilidad Penal Juvenil arts. Arts. 33 y 36 inc. 4to.

En relación con el tema la Corte IDH en el caso “Mendoza y otros vs Argentina” y directamente relacionado con la imposición de sanción penal a niños, expresó: “la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que, para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad (...). A la luz del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos (...) la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el art. 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños. La Convención Americana sobre derechos humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas (...) la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños (...)”. “Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños. Por lo tanto la Corte estimó que el Estado violó el derecho reconocido en el artículo 5.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, al imponerles como penas la prisión y reclusión perpetuas”⁹⁰.

Ahora bien, desde una perspectiva integradora en cuanto a los derechos y garantías reconocidos a toda persona ha sido posible advertir a través de la lectura de los expedientes y seguimiento de las investigaciones en los procedimientos llevados a cabo,

⁹⁰ Corte IDH. Caso “Mendoza y otros vs Argentina”. Sentencia 11-05-2013 párrf. 151, www.corteih.or.cr/docus/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf Consulta realizada: septiembre 2015.

que cierta parte de ellos resultaron significativamente vulnerados y que extraídos facilitaron desde un enfoque comparativo revelar otras implicancias que a la luz de los sucesos y en el transcurso del procedimiento impidieron a los justiciables llevar a cabo el ejercicio de sus derechos. Y es así como se percibe la primera restricción de una garantía judicial fundamental que integra el debido proceso penal entendido como derecho a defensa. Obviamente que este quebrantamiento vinculado a otras garantías toma firmeza en la medida que los imputados desconocen los cambios de tipificación legal en el trámite de la causa del otro coimputado –menor o mayor de edad- por consiguiente se inicia una etapa de ausencia en la unidad de identidad del tipo que los despoja de toda oportunidad para el ejercicio de ciertos derechos y recobrar a través del principio de equidad procesal el posterior reconocimiento en la participación del hecho delictivo y la garantía de igualdad con el resto de los justiciables, protección que el Estado tiene el deber de respetar y garantizar. Con relación a este principio la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca que “para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Recuerda la Corte que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas categorías generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (...) y para alcanzar sus objetivos- prosigue el Alto Tribunal- el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”. “El justiciable debe tener el conocimiento que la ley le reconoce el derecho a la defensa y confiar en que contará con él. Debe tener también, la oportunidad de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlo”⁹¹.

En este sentido no sólo los jueces serán los responsables de mantener la igualdad de las partes dentro del proceso, sino también los abogados que en calidad de defensores y por lo tanto como protagonistas en el proceso, deberán desarrollar una actividad que comprenda el conocimiento cabal de los actos jurisdiccionales llevados a cabo en sendos órganos judiciales para conocer qué hechos se le atribuyen a su defendido, cómo

⁹¹ OC-18/03 pár. 123. 17-09-2003 “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. [en línea] en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf
En igual sentido la Corte IDH. En el caso “Baldeón García vs Perú fondo Reparaciones y Costas” pár. 202, 6-04-2006 [en línea] en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf

se dice que los cometió, en qué forma lo hizo y que grado de participación le cupo para que cuente con todos los elementos indispensables para obtener la unidad y verosimilitud en la identidad del hecho para la confección de la defensa. Para ello la Convención Americana en el art. 8.2 numerales c), d) y e) dispone de pautas específicas para el ejercicio del derecho a defensa.

En este sentido cobra importancia señalar aquellas garantías mínimas reconocidas en el art. 8 de la Convención Americana y que no fueron observadas durante la sustanciación de los procesos. Hecha esta salvedad y retomando conceptos de la Convención es dable advertir que el art. 8.2 incisos b) precisa: “(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formal”. Vale decir toda aquella acción y omisión que se le imputa, las razones y fundamentos probatorios y tipificación legal del delito que se le atribuye. Este deber del Estado puede darse en el momento de la aprehensión o durante la transición en caso de encontrarse la investigación en pleno trámite y el imputado goce de libertad. No obstante al referirse este inciso “durante el proceso” es dable interpretar de acuerdo a su significación literal que con relación a este deber, el Tribunal desarrolla el “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia”, corolario indispensable del derecho de defensa y garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que implica que “la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”, es decir que “debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia”. Sin perjuicio de ello el Tribunal tiene la facultad de acuerdo a nuevos medios probatorios de recalificar los hechos durante el proceso, en la medida que conserven la identidad de la designación y se de cumplimiento a la debida notificación al imputado o en su caso al procesado.

Al respecto, la Corte ha establecido que la calificación jurídica de los hechos que se le imputan a una persona “puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación”. Sin embargo recordando el planteamiento del problema traído en esta tesis, se ha probado en esta instancia que la mayoría de los

hechos calificados por ley como delitos y que fueron cometidos en forma conjunta, diferían no sólo en la interpretación sino además en su aplicación en el caso concreto.

En el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte IDH observó que “no sólo cambió la calificación jurídica del delito que se le imputó a la víctima en la acusación y el auto de apertura a juicio, de violación agravada a asesinato, sino que se modificó también la base fáctica del proceso, sin ofrecerle la oportunidad de rendir una nueva declaración en relación con los últimos hechos que se le atribuyeron, razón por la cual se declaró la violación al artículo 8. 2. b) de la Convención y, en consecuencia, al representar un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa, al artículo 8. 2. c)”⁹².

Resulta importante dar a conocer a través de la experiencia las dificultades que se originan durante la celebración de los juicios orales, cada uno llevado a cabo en sus respectivos ámbitos cuyos resultados pueden diferir en el transcurso del debate a pesar de la similar puesta en escena. Lo expuesto permite inferir que no siempre comparecen los mismos testigos y peritos en uno o en otro, ya que la defensa de acuerdo al derecho que le otorga el art. 8.2 f) de la Convención Americana posee la facultad, además de la de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal, la de ofrecer y obtener como testigos o peritos la comparecencia de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Pero estas otras personas no estuvieron o no comparecerán en el otro juicio y aquí nuevamente se quebranta otro derecho de gran importancia, el derecho a ser oído. Este derecho no sólo se circunscribe en el acto de la indagatoria sino también en aquellas circunstancias que posibilitan al procesado hallarse frente a estos otros testigos o peritos que comparecen durante el debate para repreguntar a través del defensor con el objeto de obtener elementos de juicio que permitan esclarecer la verdad de los hechos mediante ratificaciones, rectificaciones o careos con el imputado, oponerse a la pretensión punitiva y poder hacer valer en el proceso la inocencia y el derecho a la libertad.

Todas estas observaciones se deben relacionar al considerar cada caso en particular de los ya expuestos en el capítulo IV. Si bien estos casos, acreditan una sentencia conforme

⁹² Corte IDH. Caso “*Fermín Ramírez vs Guatemala*”. Sentencia (Fondo y Reparaciones) Serie 126 párr.67. Ver además voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

a la conducta realizada por el sujeto, ello no convalida la legitimidad del procedimiento, ni el dictado de una sentencia justa dado que dicho proceder ha sido instrumentado bajo una apariencia carente de visos de realidad que lo tornan irrazonable toda vez que el estado en su función jurisdiccional omitió colocar en paridad el conocimiento de la recalificación indistinta, como tampoco se advierte que tratándose de un mayor de edad coprocesado conste el envío de una copia autenticada de la sentencia al juez que hubiere conocido en el restante caso para obrar en consecuencia.

Esta omisión por parte de los representantes del poder judicial da origen a otra vulneración como es el derecho del agraviado a recurrir el fallo ante el juez o el tribunal superior -art. 8.2 párr. h de la Convención- en la medida que la nueva calificación del hecho que la ley tipifica como delito resulte más beneficioso que el aplicado en la propia causa y evitar de ese modo encontrarse en una situación de inferioridad jurídica. Esta garantía que se encuentra en consonancia con la protección judicial que brinda este instrumento en el art. 25. Precisamente y de manera puntual el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en el párrafo 5to. del art. 14 que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley”.

Por su parte, el Comité de Derechos humanos del PIDCP ha establecido reiteradamente que “el derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el párrafo 5 del artículo 14, impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto”. En la misma línea de lo establecido por el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, la CIDH destaca que “el derecho a recurrir no implica necesariamente un nuevo juicio o una nueva ‘audiencia’ si el tribunal que realiza la revisión no está impedido de estudiar los hechos de la causa. Lo que exige la norma es la posibilidad de señalar y obtener respuesta sobre errores de diverso orden que hubiera podido cometer el juez o el tribunal, sin excluir a priori ciertas categorías como los

hechos, el derecho y la valoración y recepción de la prueba. La forma y los medios a través de los cuales se realice la revisión dependerá de la naturaleza de las cuestiones en debate así como de las particularidades del sistema procesal penal en el Estado concernido”.

En el caso *Abella* respecto de Argentina, la Comisión Interamericana indicó que “el art 8.2 h se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder (...) con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas. (...) El recurso debería constituir igualmente un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso (...)”⁹³.

En el caso “*Maqueda*”, la Comisión sostuvo que “se entiende que este recurso es un medio establecido a favor del inculcado para proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa”. En igual sentido, la Corte IDH entendió en el caso “*Castillo Petruzzi*” que “el derecho de recurrir el fallo implica una revisión de los hechos objeto de la causa, un estudio acabado del juicio, dando de esta forma garantías reales a los acusados de que su causa será vista y sus derechos serán garantizados en conformidad con los principios del debido proceso” (Briscese, Casal, Labombarda, 2011).

⁹³ www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/busador. Sistema Virtual de Jurisprudencia Internacional de DDHH. [en línea] en: www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/busador Consulta realizada: 8-10-2015.

Por último, advertido el quebrantamiento de ciertos derechos y garantías que hacen al debido proceso, queda pendiente examinar el derecho a la libertad personal, toda vez que en los casos traídos a estudio surgen aprehensiones, detenciones y encarcelaciones. Se destaca la importancia que adquiere el derecho a la libertad de una persona sometida a juicio y la que alcanza cuando se la priva. Se trae a colación la necesidad de abordar el tema en el marco de la protección de los artículos 1.1 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuya interpretación y alcance surge del fallo “Yvon Neptune vs. Haití” entre otros⁹⁴.

Lo esencial en esta regulación está dado por las restricciones que el Estado impone a través de los límites que surgen de los incisos y si bien se hará referencia a alguno de ellos, lo cierto es que justamente éstos son abordados por la vinculación con el tema que se viene desarrollando. No obstante el primer numeral se refiere a que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. La Corte ha fijado en términos generales el concepto de libertad y seguridad en la sentencia del caso Chaparro Álvarez, estableciendo que “la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americano de consolidar un ‘régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre’, y el reconocimiento de que solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como sus derechos civiles y políticos.

⁹⁴ Corte IDH, caso “Yvon, Neptune vs. Haití” del 6-05-08, párr. 90: “Exclusivamente el derecho a la libertad física y además cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en movimiento físico (...)”. Los incisos regulan “la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Es así, por ello, que la libertad es siempre la regla y su limitación o restricción, la excepción”, [en línea], en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_ing.pdf

De esta forma, cada uno de los humanos protege un aspecto de la libertad del individuo”⁹⁵.

En el siguiente inciso 7.2 se deja a salvo las condiciones que debe reunir una privación de libertad para convertirse en legítima, que debe adecuarse previamente a la Constitución política de los Estados partes y por las leyes dictadas conforme a ella. A los efectos de una correcta interpretación respecto al concepto de ley, la Corte IDH en la OC-6/86 consideró por unanimidad que “la palabra ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”⁹⁶. Por lo que debe descartarse como legítima cualquier otra norma que restrinja la libertad, que no proceda de órganos legislativos democráticos constituidos a esos fines, prueba de ello y en el entendimiento que el art. 7.2 remite a la normativa interna al decir “por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estado partes o por las leyes dictadas conforme a ella”. Viene al caso hacer referencia, a la ilegalidad de la ley 22.278, relativa al Régimen Penal de la Minoridad, publicada en el Boletín Oficial el 28 agosto de 1980, y modificada por última vez en 1989 por la ley 23.742 toda vez que esta ley fue concebida y promulgada por la última dictadura militar, y no por las instituciones democráticas de gobierno. Esta ley, se encuentra aún en vigor, y es aplicable en el fuero respectivo. No obstante la ilegitimidad de esta ley y de contar en la provincia de Buenos Aires con la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil se aplica el art. 4to. de la ley 22.278 a los efectos de dar cumplimiento con los requisitos para la imposición de pena. De acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación en cuanto a la procedencia de las leyes, es indudable que la ley 22.278 queda comprendida en infracción a los arts. 7, 7.1 y 7.2 de dicha Convención.

⁹⁵ Corte IDH: “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Integridad Personal y Privación de la Libertad (arts. 7 y 5 de la Convención Americana), p. 8, San José de Costa Rica, 2010.

⁹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 30: Alcance de las Restricciones. “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidos”,. Constitución de la Nación (2014: 89).

Es oportuno recordar el Capítulo IV respecto a los derechos a la libertad que tiene todo encausado a través de distintos institutos que fijan las normas del Código de Procedimiento Penal, y que mencionadas oportunamente, no cabe duda que de acuerdo a la indistinta tipificación de los delitos, alguno de los encausados ha sido privado arbitrariamente del derecho a la libertad personal⁹⁷.

Finalmente dada la amplitud de estándares sobre las garantías judiciales reconocidas especialmente en el art. 8vo. de la CADH y la complejidad de los mismos, ha hecho que la mayoría de los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana incluya no sólo las controversias relacionadas con el debido proceso, sino también mayoritariamente, dichos casos suponen un análisis de las garantías judiciales en relación con los demás derechos reconocidos en la Convención Americana.

Así la Corte IDH determinó que a octubre de 2011, el Tribunal ha declarado una violación al art. 8 de la Convención en más del 95% de los casos sujetos a su conocimiento y se ha referido al contenido y exigencias del mismo en el 50% de sus opiniones consultivas, quedando demostrado que el tema del debido proceso “ha sido y sigue siendo uno de presencia permanente en los casos que se presentan ante la Corte Interamericana”.

Es importante dejar en evidencia dos afirmaciones de principios declaradas por el Tribunal desde sus primeras sentencias, las cuales permiten comprender el análisis que éste realiza ante alegadas violaciones al art. 8 de la Convención. La primera, que “[el] esclarecimiento de si un Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos, considerándolos como un todo –que incluya de ser el caso, las decisiones de los tribunales de apelación o el análisis de los procedimientos que se vinculan y constituyen el presupuesto de un proceso judicial–y llegando a evaluar, en determinados supuestos, si “la incorporación de prueba se ajustó a la Convención”. “La Corte debe efectuar un examen del conjunto

⁹⁷ Si bien la palabra “arbitrariamente” que se ha utilizado no condice con los fines e interpretación del art. 7 numeral 3 de la CADH, ha sido utilizada en función de la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso “Chaparro Alvarez”, de la que surge que toda medida que prive o restrinja la libertad debe ser compatible con la Convención Americana y como se ha demostrado en esta tesis, la ausencia de un debido proceso en los casos traídos a estudio, se considera aceptable el concepto de arbitrariedad utilizado.

de las actuaciones judiciales internas para obtener una percepción integral de tales actuaciones, y establecer si resulta o no evidente que dichas actuaciones contravienen los estándares sobre deber de investigar (...)”. “Precisado así el alcance de su competencia, debe la Corte señalar que del art. 1.1 se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos (...)”.

La segunda afirmación de principios declaradas por el Tribunal sostiene que la Corte tiene atribuciones “para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos”, mas “no para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado”, o de los particulares que hubiesen participado en esas violaciones, ya que dicha “definición compete a los tribunales penales internos o a otros tribunales internacionales”⁹⁸.

Dado el aporte de los datos expuestos precedentemente se presenta un significativo registro elaborado por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia que nos dará una idea aproximada de la proporción que representan los delitos de homicidios dolosos conjuntos en el total de la Provincia de las Investigaciones Procesales Penales del primer semestre de 2013, así como también se demostrará las dificultades que existen en los registros oficiales a la hora de pensar un mismo tipo común delictivo cometido entre adulto/s y menor/es cuando las estadísticas focalizan en el robo con arma.

A título ilustrativo se presenta una investigación practicada por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia, cuyo recorte temporal pertenece al primer semestre del año 2013 y que ha relevado el total de investigaciones por homicidio doloso iniciadas en dicho período donde 722 corresponden a homicidios dolosos consumados y 594 a homicidios dolosos tentados.

⁹⁸ Convención Americana de Derechos Humanos (Informes anuales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1980 a 2012). Corte IDH Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala) sentencia fondo, reparaciones y costas 19-11-1999 Serie 63 párrfs. 22, 223, 224 y 225. Corte IDH caso “Mohamed vs Argentina” sent. 23-11-2012 serie C n° 255 párrf. 79. Sendos casos son pertinentes con el texto ya que la Corte IDH debió realizar una amplia investigación de los procesos para establecer la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los derechos humanos.

En los próximos acápite se analizan los resultados del estudio agrupando los departamentos de acuerdo a:

- Grupo I “Conurbano”. Corresponde a los departamentos judiciales que agrupan fundamentalmente a los partidos del conurbano bonaerense con gran densidad poblacional y a priori, mayor conflictividad social. Incluye los departamentos de La Matanza, Lomas de Zamora, Morón, Quilmes, San Isidro y San Martín.

Estos departamentos judiciales en su conjunto comprenden tanto el 62% de las IPP iniciadas, como de la población de la Provincia.

- Grupo II “Departamentos Grandes”. Corresponde a los departamentos judiciales de gran dimensión por el territorio, la cantidad de población y la cantidad de causas. En algunos casos, comprende algún partido del conurbano, como Moreno.

Incluye los departamentos de La Plata, Mercedes (conteniendo al departamento en conformación Moreno-General Rodríguez), Mar del Plata y Zárate-Campana. Estos cuatro departamentos en su conjunto comprenden tanto el 22% de las IPP iniciadas, como de la población de la Provincia.

- Grupo III “Interior”. Corresponde a los departamentos judiciales de una población y cantidad de causas relativamente de menor dimensión. Incluye los departamentos de Azul, Bahía Blanca, Dolores, Junín, Necochea, Pergamino, San Nicolás y Trenque Lauquen. Estos ocho departamentos judiciales comprenden tanto el 16% de las IPP iniciadas, como de la población de la Provincia.

Dada la heterogeneidad geográfica y social de la provincia de Buenos Aires, esta agrupación permite extraer conclusiones por cada región, ya que se presume que existen caracterizaciones diferentes en cada una de ellas. Asimismo, el informe de la Procuración discrimina la información según el tipo de arma utilizada, ofrece características de las víctimas fatales, horarios del ilícito, móvil, grado de conocimiento de la víctima, sexo y edad promedio del sindicado/imputado, entre otros. A los fines de este trabajo nos interesa puntualizar este último aspecto.

En el Cuadro N° 1 puede observarse en números absolutos la cantidad de **IPP de homicidios dolosos consumados** relevadas por cada agrupación de departamentos así como la relación porcentual con el total de Homicidios Consumados.

CUADRO N° 1

Departamentos Judiciales	IPP relevadas HDC	% IPP en relación al total
Grupo I Conurbano	472	65
Grupo II Grandes	180	25
Grupo III Interior	70	10
Total provincial	722	100%

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2013.

En este apartado, se presentan los principales resultados del análisis de las IPP por homicidios dolosos consumados. Se presentan considerando los resultados totales para la provincia, discriminándolos luego para cada grupo de departamentos.

En el Cuadro N° 2 puede observarse en números absolutos la cantidad de IPP de homicidios dolosos consumados relevadas por cada agrupación de departamentos, así como la relación porcentual con el total de homicidios consumados.

CUADRO N° 2

Fuero	IPP relevadas	% IPP relevadas
Total IPP relevadas	722	100,0%
Fuero Correccional y Criminal	611	84,6%
FRPJ	111	15,4%

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2013.

En 661 de las 722 IPP relevadas se han identificado imputados o sindicados como posibles autores de los hechos, mientras que en 61 de ellas al tiempo del relevamiento no se pudo identificar ningún posible autor.

En los cuadros siguientes se puede observar en números absolutos y relativos la cantidad de IPP por grupo, donde se logró a la fecha del relevamiento, determinar datos de los posibles autores:

CUADRO N° 3

Imputados/sindicados	Conurbano	Grandes	Interior	Total provincial
Total de IPP	472	180	70	722
IPP con imputados/sindicados	427	166	68	661
IPP sin datos de autores	45	14	2	61

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2013.

En los Departamentos del Interior el 97% de las IPP relevadas cuenta con al menos datos de un Imputado/Sindicado, mientras que en el Conurbano, esta relación es del 90%.

CUADRO N° 4

Imputados/sindicados	Conurbano	Grandes	Interior	Total provincial
Total de IPP	100%	100%	100%	100%
IPP con imputados/sindicados	90%	92%	97%	92%
IPP sin datos de autores	10%	8%	3%	8%

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2013.

En las 661 IPP donde se han consignado la existencia de datos de posibles autores de los delitos de homicidios dolosos consumados, se determinó una cantidad de 1.044

personas imputadas o sindicadas, generándose una relación promedio de 1,58 Imputados por IPP.

En 661 de las 722 IPP relevadas se identificaron imputados o sindicados como posibles autores de los hechos, mientras que en 61 de ellas al tiempo del relevamiento no se pudo identificar ningún posible autor.

En los cuadros siguientes se puede observar en números absolutos y relativos la cantidad de IPP por grupo, donde se ha logrado a la fecha del relevamiento.

CUADRO N° 5

Imputados/sindicados	Conurbano	Grandes	Interior	Total provincial
Total IPP con imputados/Sindicados	427	166	68	661
Cantidad de Imputados/sindicados	687	248	109	1.044
Imputados por IPP	1,61	1,49	1,60	1,58

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2013.

CUADRO N° 6

Edad Imputados/sindicados	Conurbano	Grandes	Interior	Total provincial
Total imputados/sindicados	100%	100%	100%	100%
Menores de 16	3,2%	2,8%	0,9%	2,9%
16-17	11,2%	8,9%	14,7%	11%
18-29	34,4%	42,3%	49,5%	37,8%
30-44	14%	21%	16,5%	15,9%
45-59	4,8%	4%	4,6%	4,6%
60-74	0,9%	1,6%	2,8%	1,2%
75-89	0,3%	0,4%	1,8%	0,5%

Más de 90	0%	0%	0%	0%
Sin registro en la IPP	31,3%	19%	9,2%	26,1%

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2013.

Puede observarse que de los 1.044 imputados/sindicados 145 eran menores de edad a la fecha del hecho, siendo la participación porcentual respecto a la totalidad de imputados del orden del 13,9%. Treinta de dichos jóvenes eran menores de 16 años, mientras que 115 tenían al momento del hecho 16 o 17 años.

A continuación en el Cuadro N° 7 puede observarse que dichos 145 jóvenes están siendo investigados por la participación en 111 IPP, siendo que en 37 de las mismas IPP -33,3%-, al menos se investiga también la participación de un mayor de edad.

CUADRO N° 7

Imputados/sindicados menores de 18 años	
Cantidad de Imputados/sindicados menores de 18 años	145
IPP con Imputados/sindicados menores de 18 años	111
IPP con Imputados/sindicados menores de 18 años únicamente	74
IPP con Imputados/sindicados menores de 18 años y mayores de 18 años	37

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2013.

Con respecto a los jóvenes menores de 16 años -30 personas-, se identificaron que se sindicó su participación en 28 hechos. En 16 casos sólo se consignó la participación de jóvenes menores de 16 años, mientras que **en los restantes se investiga también la participación de jóvenes de 16 y 17 años y/o de adultos coimputados** (Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 2013).

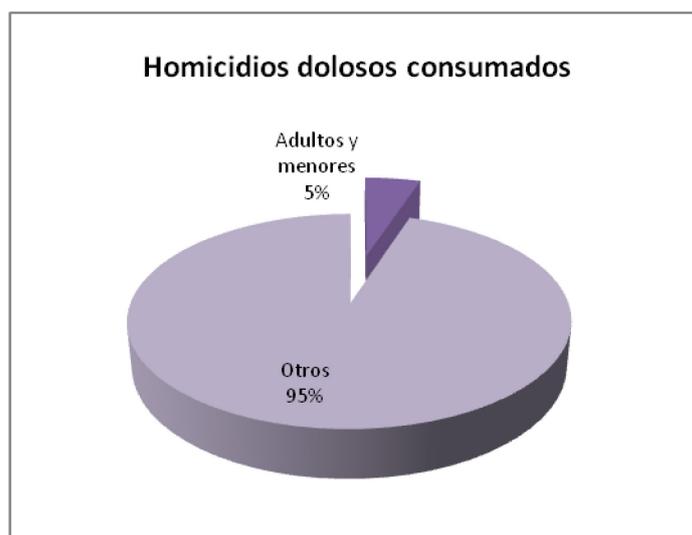
CUADRO N° 8

Sindicados menores de 16 años	
Cantidad de sindicados menores de 16 años	30
IPP con sindicados menores de 16 años	28

IPP con sindicados menores de 16 años únicamente	16
IPP con imputados/sindicados menores de 16 años y entre 16 y 17 años únicamente	2
IPP con imputados/sindicados menores de 16 años y mayores únicamente	4
IPP con imputados/sindicados menores de 16 años , entre 16 y 17 años y mayores	6

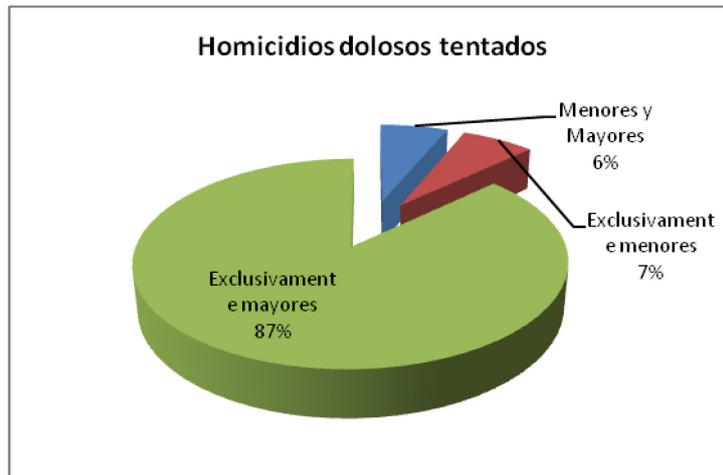
Fuente: elaboración propia en base a datos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2013.

Para cerrar con la temática, las IPP en las que participaron menores y mayores fueron 37, lo que implica un 5% del total.



Elaboración propia. Fuente: Procuración de la Suprema Corte de Justicia. Primer Semestre 2013 Prov Bs As

Ahora es el turno de los **homicidios dolosos tentados** donde, la participación exclusivamente de menores de edad es de un 6,7% (40 IPP) y la de menores y mayores en forma conjunta (6,2% (37 IPP).



Elaboración propia. Fuente: Procuración de la Suprema Corte de Justicia. Primer Semestre 2013 Prov Bs As

Para el caso de los **robos con uso de armas**, la procuración consideró que era imposible relevar las más de 30.000 IPP iniciadas en el primer semestre, de manera que calculó una muestra representativa a partir del “método aleatorio estratificado” definiendo como estratos de manera separada el Fuero Criminal y Correccional y, el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil -FRPJ- en base a los departamentos agrupados logrando una muestra de 1.702 IPP, lográndose relevar y analizar 1.614.

De dichas 1.614 IPP, el 68% corresponden al Fuero Criminal y Correccional, siendo el 32% correspondiente al Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

La presente tesis tuvo como objetivo analizar y verificar, en los casos objeto de estudio, ciertas prácticas judiciales cuyas resoluciones resultaron contradictorias para aquellos imputados, menores de edad y adultos que, a pesar de haber actuado en forma conjunta en la comisión de hechos que la ley tipifica como delito, concluyeron indistintamente procesados y condenados mediante un procedimiento que impidió a los justiciables ejercer su derecho a defensa.

Para llegar a demostrar tal situación, en primera instancia se realizó un estudio de los fundamentos normativos que hacen al principio de justicia especializada y que emana del sistema regional e internacional de protección de los derechos humanos.

Se examinó desde el punto de vista teórico la diferencia de juzgamiento en el sistema de justicia penal a través de la ley de Responsabilidad Penal Juvenil de la provincia de Buenos Aires confrontado con el de mayores adultos y las excepciones respecto a los derechos y garantías que gozan los menores de edad. Asimismo, se observaron las variantes que presenta la citada ley respecto a la disposición que posee el fuero del joven con relación al adulto durante la primera etapa de investigación como así también la obligatoriedad de comunicación de veredicto y sentencia que la ley impone a los jueces que entienden en los procesos de los mayores adultos, cuando actúan en hechos que la ley tipifica como delito, juntamente con menores de edad, medida cuya finalidad ha sido la de garantizar la seguridad jurídica.

Luego de estas consideraciones se detalló el tratamiento legislativo histórico respecto a la participación desde sus albores y, como institución importante, la normativa que además lo vincula con el Derecho Penal de Menores, proyecto presentado por Carlos Tejedor -con las posteriores reformas hasta el surgimiento del Código Penal Argentino de 1921-, que rigen en la actualidad y el que trata específicamente la participación criminal. Se mencionó al actual anteproyecto del Código Penal presentado por una comisión presidida por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni que sólo denota con relación al

tema, disminuciones de penas de acuerdo al grado de participación y responsabilidad. Se continuó con el análisis de la legislación provincial ley de creación de tribunales de menores y sus sucesoras, las que instituyeron los procedimientos a seguir en los casos que intervienen conjuntamente en un hecho delictivo mayores y menores de edad, y que fueron la base de sustentación y continuidad de posteriores legislaciones, inclusive la que rige en la actualidad, no obstante la diferente concepción que responde a otras teorías científicas y a la creación a un nuevo paradigma⁹⁹.

Se observó que con el advenimiento de un nuevo modelo y la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad a través de la Convención de los Derechos del Niño y su incorporación a la reforma de la Constitución Nacional Argentina además de los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos, se inicia un proceso en la provincia de Buenos Aires de adaptación de las disposiciones internas a los tratados internacionales. Esta adaptación fue con algunas dificultades y demoras para la sanción de una nueva ley relativa a los niños, niñas y adolescentes.

Se explicó el sinuoso camino legal de adecuación durante la transición que dio origen a la aplicación simultánea de dos paradigmas que oscilaban en forma pendular en los procesos penales, circunstancias que permitieron establecer una serie de justificaciones que culminaron con la sanción de la ley 13.298 de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños y su modificatoria 13.634 que creó el Fuero de Familia y Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil.

Esta nueva legislación se aparta totalmente de la denominada doctrina de la situación irregular del niño y la sustituye por una doctrina inspirada en su protección integral que vela por su interés superior. En el aspecto penal los rasgos que sobresalen son la mayor aproximación a la justicia penal de adultos en lo referente a los derechos y las garantías individuales, el plus de garantías especiales, con un debido proceso y un juicio justo. Todos ellos son requisitos y condiciones indispensables para adquirir y defender derechos y libertades.

⁹⁹ La Palabra paradigma se utiliza dentro del concepto de Khun, como constituida por los supuestos teóricos generales, las leyes y las técnicas para su aplicación que adoptan los miembros de una comunidad científica (Khun, 1971: 34 y ss).

A través de una perspectiva comparada con las legislaciones penales juveniles correspondientes no sólo a otras provincias, sino además a otros países se ha podido comprobar la incorporación de normas que contemplan la intervención conjunta en hechos delictivos cometidos por menores de edad y adultos. Esto demuestra la importancia y trascendencia que representa la participación delictiva para el objeto de estudio de esta tesis.

Luego se analizó cómo se articulan las normas del Código Penal con motivo de la comisión de un hecho que el legislador ha tipificado como delito y con igual sentido aquellas normas de la parte general del código para todos los partícipes, sean menores de edad o adultos. Y a partir de las reflexiones de Viñas en su obra *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, se evidenció que además se aplican a los jóvenes disposiciones de la ley penal con relación al instituto de la participación criminal.

Se abordó doctrinariamente al significado de autor a través de las definiciones de Edgardo Donna, Omar Breglia Arias - Omar Gauna y Eugenio Zaffaroni para llegar al análisis dogmático conceptual del instituto de la participación y con ello interpretar las diferentes modalidades que surgen de la parte general del Código Penal a través de su articulado, como así también las consecuencias jurídicas que determinadas por un criterio diferenciador señalan diversas penas de acuerdo al grado de participación y responsabilidad.

Se analizaron ciertos delitos que se expresan en la parte especial del Código Penal y que necesariamente para su configuración, exigen el actuar delictuoso de un concurso obligatorio de personas. Se observaron las diferencias que revisten con la participación legislada en la parte general, cuya connotación está dada por el carácter accesorio al delito principal.

Asimismo se estudiaron los principios rectores de la participación con especial énfasis en el denominado “Identidad de la figura delictiva”, principio que a través del desarrollo de esta tesis ha jugado un papel ciertamente relevante para el correcto entendimiento y comprensión del tema planteado.

A medida que se avanzó en la extensión del trabajo este principio adquirió una gran importancia que se replicó y visibilizó en la documentación incorporada con los diez casos. Dicha documentación fue objeto de análisis y crítica a partir del examen individual de cada uno y de la confrontación con aquellos relacionados por la participación en el hecho atribuido. Se verificó la falta de correspondencia en el encuadre legal a través de tipificaciones discordantes y consecuentemente, inadecuadas imputaciones comprobación que denotó además las dificultades para determinar el grado de participación que le correspondía a cada uno de los integrantes en el hecho delictivo. Se consignaron errores y la responsabilidad del Estado frente a ellos.

Una vez halladas y esclarecidas las razones que determinaron la investigación del planteamiento del problema y sus resultados se relevó el quebrantamiento del goce de los derechos humanos de las personas imputadas como consecuencia de los errores cometidos por el Estado. Estas circunstancias posibilitaron considerar los fundamentos de las garantías de igualdad, discriminación, derecho a defensa, libertad y seguridad personal, todos ellos integrantes de un debido proceso.

Durante el desarrollo de la exposición y acorde al análisis de cada cuestión se acompañó con las siguientes disposiciones pertinentes, los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos e instrumentos normativos y convencionales: PIDCP, CDN. Carta de la OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, Convención de Viena, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaraciones de los Derechos del Niño de 1924 y 1959, Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) -1985-, Reglas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) -1990-, Reglas para la protección de menores Privados de la libertad (Reglas de Habana), Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) -1990- y Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Además, se analizaron las Observaciones y Recomendaciones Generales números 10, 12 y 32 y Observación final a Argentina de 2002, Opiniones Consultivas OC-4/84, OC-8/87, OC-16/99 y OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En términos generales los resultados de esta tesis permitieron advertir resoluciones indefectiblemente contrapuestas en todos los casos estudiados para aquellos imputados menores de edad y adultos, que a pesar de haber actuado en forma conjunta en la comisión de hechos que la ley tipifica como delito, fueron indistintamente procesados y condenados mediante un procedimiento que impidió a los justiciables ejercer el derecho de defensa a través de un debido proceso, en el que se controvierta la verdad de los hechos acaecidos y no de aquellos que por la pérdida de conexión de la actividad jurisdiccional, apartamiento de correspondencia en el trámite de las causas y ausencia de control constitucional y convencional, resultaron ajenos a lo acontecido.

Corroborado el planteo y partiendo de la base que los referidos casos contemplaron indistintamente el encuadre jurídico de los hechos al momento de analizar los procesos, es indudable y queda comprobado que resultará complejo determinar cuál de ellos ha sido el que más se aproxime a la autenticidad que, de haber logrado ésta con su verdadero acontecimiento histórico a través de un principio de congruencia global o paralela, permitiría analizar la participación delictual adecuándola a las categorías enunciadas en la parte general del Código Penal y así asegurar garantías tan irrenunciables como derecho a la igualdad ante la ley, a la defensa en juicio, al debido proceso, a la verdad y a un pronunciamiento justo, derechos humanos aún más impostergables cuando también se trata de jóvenes menores de edad.

Finalmente ha sido posible verificar los descuidos legales emanados durante la actividad jurisdiccional y que causaron como consecuencia graves violaciones a los derechos humanos. Por cierto no es poca la responsabilidad que le cabe a los operadores judiciales: fiscales, defensores y jueces, a la hora de impartir justicia, toda vez que esta delicada tarea no sólo trasciende el plano judicial, sino también lo social. En última instancia debemos reconocer la responsabilidad de un Estado cuya obligación es la de respetar los derechos y libertades de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Y tratándose de actos que vulneran principios, derechos y garantías que hacen al debido proceso y que reúnen características evidentes, manifiestas e inopinables, habilitan a los órganos internacionales a intervenir a los efectos de investigar si el Estado argentino ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de los órganos judiciales. No obstante si bien los justiciables tienen derecho a requerir

protección internacional emergente de la Convención Americana de los Derechos humanos, por error judicial, este derecho a reparar que regula la normativa regional, si bien compensará en alguna medida el agravio, jamás habrá de restablecer el daño causado al justiciable y menos aún tratándose de un joven menor de edad.

En términos de la búsqueda de una solución que posibilite un nivel de coherencia en el funcionamiento práctico del sistema de justicia penal, con la necesidad de arribar a un pronunciamiento justo y equitativo en todos los casos en que intervienen mayores y menores de edad vinculados a la misma hipótesis delictual, se propone tomar como directriz el principio de unidad de juzgamiento, sin bifurcación de causas. Es decir que tanto adultos como menores de edad, queden sujetos a la intervención de un único Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de aplicar la legislación especial y particular que reviste el proceso de jóvenes menores de edad, en consonancia con los principios, derechos, garantías y libertades específicos y de conformidad con las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

No obstante ante la falta de conexión práctica entre los juzgados o tribunales intervinientes, cabría entre otras alternativas, una reforma al Código de Procedimiento Penal (Ley 11.922) y a la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (13.634), para que a través de reglas específicas legitimen la necesaria correspondencia, a los efectos de mantener una regular vinculación, y proceder así a respetar el principio de congruencia entre ambos procesos.

Por último, corresponde también señalar que resulta imprescindible el absoluto apego y cumplimiento de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales, con el fin de que tanto mayores como menores de edad, obtengan en un proceso adversarial sin discriminación alguna las garantías judiciales y jurídicas necesarias para hacer efectivos sus derechos y libertades fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÉN, Cristina (2013). “Art. 10 derecho a indemnización”, en: REGUEIRA, Enrique Alonso (Dir.) *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Bs. As.: La Ley.
- ALBANESE, Susana y otros (2008). *El Control de Convencionalidad*, Bs.As.: Ed. Ediar.
- ALBANESE, Susana (2007). *Garantías Judiciales. Algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho Internacional de los DDHH*, 2da. ed., Bs.As.: Ed. Ediar.
- ANDREU, Federico y otros (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada*, STEINER Christian URIBE Patricia (Coord.), México: Editores: Konrad Adenauer y Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- ANKOWIAK, Thomas y otros (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada*, STEINER Christian URIBE Patricia (Coord.), México: Editores: Konrad Adenauer y Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- BACIGALUPO, Enrique (1999). *Derecho Penal Parte General*, 2º ed., Buenos Aires: Depalma, 1ª ed.
- BACIGALUPO, Enrique (2006). *Hacia el nuevo Derecho Penal*, 1º ed., Bs. A.: Hammurabi.
- BELOFF, Mary (2004). “Derechos del Niño en el Sistema Interamericano”, en: *Revista Jurídica*, Bs.As.: Universidad de Palermo, Año 6 nro. 1, octubre.
- BELOFF, Mary (2007). “Justicia Juvenil. Los adolescentes y el derecho penal: una relación conflictiva”, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol. 2, Bs. As.: Lexis Nexis.
- BELOF, Mary (2014). “Derechos del Niño”, en: STEINER Christian URIBE Patricia (Coord.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada*, México: Editores: Konrad Adenauer y Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- BERTOLINO, Pedro (2009). *Código Procesal Penal de la Provincia de Bs.As.*, Bs.As.: Abeledo Perrot.
- BIDART CAMPOS, Germán y SANDLER, Héctor (1995). *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Bs. As.: Depalma.

- BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, R. O. (1994). *Código Penal y leyes complementarias*, 3ra. ed., Bs. As.: Astrea, 1ra. ed. 1985.
- BRISCIESE, Roxana; CASAL, Inés y LABOMBARDA, Victoria (2011). “Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, en: *Infojus* [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/roxana-brisciесе-derecho-recurrir-fallo-ante-juez-tribunal-superior-cuestion-acerca-persona-quien-se-le-reconoce-este-derecho-convencion-americana-derechos-humanos-dacfl10105-2011-08-24/123456789-0abc-defg5010-11fcanirtcod> Consulta realizada: 8-10-2015.
- CÓDIGO PENAL ARGENTINO (2015). “Códigos y Leyes complementarias”, Bs. As.: Ed. Del País.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015). “Control de Convencionalidad”, en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* n° 7. [en línea] en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>
- D’ALESSIO, Andrés J. (2011). *Código penal Comentado y Anotado*. Parte General. 2da. ed., Bs. As.: La Ley, 1ª ed. 2005.
- DE ELÍA, Carlos M. (1998). *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*. Bs. As.: El Foro
- DIARIO DE SESIONES, Senado de la Provincia de Bs.As. 5ta. Sesión Extraordinaria. Ley 4664 sancionada 21/12/1937, Promulgada 2/01/1938.
- DOMENECH, Ernesto E. y GUIDO, María L. (2003). *El Paradigma del Patronato*, 1º ed., La Plata: Edulp.
- DONNA, E. Alberto (2012). *Código Penal Sistematizado con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y la Legislación Nacional*, Bs. As.: La Ley.
- DONNA, E. Alberto (1998). *Autoría y Participación Criminal*, Bs. As.: Rubinzal – Culzoni.
- DONNA, E. Alberto (1994). *Código Procesal Penal*, Bs. As.: Astrea.
- EDWARDS, Carlos E. (1996). *Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Bs. As.: Astrea.
- FELLINI, Zulita (2001). *Derecho Penal de Menores*, Bs. As.: Ad-Hoc, 1º Reimpresión.
- FIERRO, Guillermo J. (2001). *Teoría de la participación criminal*, 2º ed., Bs. As.: Astrea, 1º ed. 1964.
- FOUCAULT, Michel (1991). *La verdad y las formas jurídicas*, España: Gedisa.

- GARCETE GONZÁLEZ, Juan Marcelino (2009). *Responsabilidad del Estado por errores judiciales*, en: <http://www.monografias.com/trabajos75/responsabilidad-estado-errores-judiciales/responsabilidad-estado-errores-judiciales.shtml> Consulta realizada: 30-07-2015.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y VITALE Gabriel M. (2004). *Infancia y Democracia en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As.: Del Puerto.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (Comp.) (2006). *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Bs.As.: Del Puerto.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. (2004). *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso*, 1ra. ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- HOERSTER, Norbert (1992). *En Defensa del Positivismo Jurídico*, España: Gedisa S.A.
- IL DOMINGUEZ, Andrés (2008). *El Control de Convencionalidad*, Bs. As.: Ediar.
- KHUN, Thomas (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (s/f). *La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los Derechos humanos*, [en línea], en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr23.pdf>
- NINO, Carlos S. (1993). *Introducción al análisis del derecho*, 2º ed., Bs. As.: Astrea, 1º ed. 1973.
- NÚÑEZ, Jorge (2011). “Notas sobre un jurista olvidado: Julio Herrera y su intervención parlamentaria con motivo de la reforma del código penal en la República Argentina (1902-1903)” en: *Temas de historia argentina y americana N°18*, [en línea], disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/notas-jurista-olvidado-julio-herrera.pdf>
- MAGISTRIS, Gabriela Paula (2013). *El Magnetismo de los derechos. Desplazamientos y debate en torno a los derechos de niñas, niños y adolescentes*, Bs. As.: Ed. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales –CLACSO-.
- MENDIZABAL OSES, Luis (1977). *Derecho de Menores. Teoría General* Madrid: Ed. Pirámide.

- MILEI Luis F. J y LEALE Pablo G. (2004). “Análisis Dogmático del Artículo 41 quater del Código Penal. El Derecho Penal Doctrina y Jurisprudencia”, en: *El Derecho*, Marzo, Bs As.: El Derecho.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN (2014). *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, 1º Edición, marzo.
- MORENO, Rodolfo (1922). *El Código Penal y sus antecedentes*. T 1, Única Edición, Bs. As.: A. Tommasi.
- PLATT, Anthony M. (2001). *Los “Salvadores del Niño” o la “invención de la delincuencia”*, 4ta. ed., Bs. As.: Siglo Veintiuno, 1º Edición 1982.
- PROCURACIÓN GENERAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PCIA. DE BUENOS AIRES (2013). *Caracterización de los homicidios dolosos y robo con armas 1º semestre. Estudio Descriptivo*, [en línea] en: [https://mpba.gov.ar/web/contenido/caracterización de los homicidios dolosos 1 Sem 2013 pdf](https://mpba.gov.ar/web/contenido/caracterización%20de%20los%20homicidios%20dolosos%201%20Sem%202013.pdf)
- REGUEIRA, Enrique Alonso, Adén Cristina (2013). “La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección”, en: *el Derecho Argentino*, Bs. As.: La Ley.
- RIGHI, Esteban (2007). *Derecho Penal. Parte General*, 1ra. ed., Bs. As.: Lexis Nexis.
- ROXIN, Claus (1998). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons Jurídicas Sociales SA.
- ROXIN, Claus (1998). “Las formas de participación en el delito: Estado actual de la discusión” ponencia presentada en: *Jornadas de Derecho penal* de la Universidad Pompeu Fabra del 28 al 29 de mayo de 1997 de Barcelona, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año V nº 9 (01-01-1998).
- SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel (2006). “La Participación Delictiva y la Teoría de la Accesoriedad Limitada”, en: *Revista Derecho Penal*, nº 1, Bs. As.: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- SARAVIA FRÍAS, Santiago (s/f). *Responsabilidad del Estado por error judicial y deficiente administración de justicia*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/12.pdf> Consulta realizada: 27-11-2015.
- SIMAZ, Alexis L. (2006) “El número mínimo de intervinientes y el tipo de participación criminal requerido para configurar la banda como calificando el robo”, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 11/2006, Bs. As.: Lexis Nexis.

- SOLER, Sebastián (1983). *Derecho Penal Argentino*. T II, Bs. As.: Ediar, 1ª ed. 1940.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto (2001). *El Debido Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado Colombia.
- UNICEF (2009). *Procedimientos Procesales Penales Juveniles. Estado de Adecuación de la reforma legal a nivel Provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño*, Bs. As.: Ministerio de Desarrollo Social, noviembre.
- VIÑAS, Raúl Horacio (1983). *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, Bs.As. Ediar.
- VILLANUEVA, Horacio y ROMERO, J. (2012). *Código Penal de la Nación comentado*, 5ta. ed., Bs. As: Abeledo Perrot.
- VILLAVERDE, María Silvia (2007). “Nuevo Derecho de la Infancia y la adolescencia en la provincia de Buenos Aires”, Parte I, en: *Lexis Nexis* N° 11, Bs. As: Lexis Nexis.
- VITALE, Gabriel M. y ABALOS Cecilia (2005). “Análisis Histórico, Legislativo y Judicial en el tratamiento de la Infancia”, en: *Revista RAP* n° 23. Bs As.: Ediciones RAP S.A.
- WEINBERG, Inés M. (2002). *Convención sobre los Derechos del Niño*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni
- ZAFFARONI Eugenio y ARNEDEO Miguel A. (1996). *Digesto de codificación penal argentina*, Tomo I, Bs. As.: AZ.
- ZAFFARONI, Eugenio (2000). *Derecho Penal*, Parte General, Tomo IV, Bs. As.: Ediar.

DOCUMENTOS

- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. [en línea] en: www.derechoshumanos.net/
- DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. [en línea] en: https://www.oas.org/.../Declaracion_Americana_de_los_Derechos_y_de.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. [en línea] en: www.unicef.org/argentina/spanish/7-Convencion_sobre_los_derechos.pdf.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. [en línea] en: www.migración.gob.bo/web/upload/ddhh6.pdf.
- REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES (Reglas de Beijing). [en línea] en:

www.sdh.gba.gov.ar/.../reglas_minimas_naciones_unidas_parala_administracion_de_justicia

DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (Directrices de Riad) [en línea] en: www.iin.oea.org/cad_riad.pdf.

REGLAS SOBRE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD (Reglas de Tokio) [en línea] en: www.justiciarestaurativa.org/resouces/intergov/noncustodial/

REGLAS PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD (Reglas de Habana) [en línea] en: www.mpdneuquen.gob.ar/index.php/niñez-y.../regla-de-la-habana.

CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA (2014). Bs. As.: Zavalía.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1978). Serie sobre los Tratados, OEA, n° 36, 1144, UNTS, 123.

SISTEMA VIRTUAL DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE DDHH. [en línea] en: www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/buscador Consulta realizada: 8-10-2015.

LEGISLACIÓN

LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Diario de Sesiones.

Cámara de Diputados. Período 84. 16° Reunión. 15-12-1937.

LEY 22.278 Régimen Penal de la Minoridad. Sancionada: 25-08-1980. Boletín Oficial: 28-08-1980, Modificada por última vez en 1989 por la ley 23.742.

LEY 13634 de Responsabilidad Penal Juvenil (RPJ). Sancionada: 28/12/06, Boletín Oficial: 2-02-07. Prom. con obs. Por D. 44/07, 18/01/07.

LEY 25.767. Sancionada 20-8-2003. Boletín Oficial: 1-9-2003. Prom. 6-8-2003.

LEY 2.302 de Protección integral del niño y del adolescente. Sancionada: 7-12-1999. Prom. 30-12-1999. Biblioteca del Congreso de la Nación. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar

LEY 9.053 Protección Judicial del niño y del adolescente. Sancionada: 30-10-2002. Prom. noviembre de 2002. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar

LEY 6.354 Régimen Jurídico de Protección de la minoridad. Sancionada: 22-11-1995. Boletín oficial: 28-12-1995. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar

LEY 17.823 Código de La Niñez y Adolescencia. República Oriental del Uruguay. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar

LEY 25.767. Sancionada: 29-08-2003. Boletín Oficial: 1-09-2003. Prom. 6-08-2003.

LEY 8.069 Impreso na Imprensa Oficial do Estado Curitiba Paraná, agosto 2004.

LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES de la República Federal de México publicada el día 25 de mayo de 2000 y modificada el día 19 de agosto de 2010. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar

LEY ORGÁNICA 5/2000 diciembre de 2001 Responsabilidad penal de los Menores de España. Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. Servicios Legislativos. drldifusion@bcn.gob.ar

JURISPRUDENCIA

SCJ.B.A. Causa nº 3. Tribunal de Menores nº 1 La Plata. Departamento Histórico de la SCJ.B.A.

SCJ.B.A. Causa nº 3. Tribunal de Menores nº 1 La Plata. Departamento Histórico de la SCJ.B.A.

SCJ.B.A. Causa 38330. “Flores Jonathan Gabriel, Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, , 09-04-2014.

S.C.J.B.A. “Flores Jonathan Gabriel, Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, causa 38.330, 9-04-2014.

S.C.J.B.A. P. 117.092 “Fiorini, Cristian y Veloso, Agustín, Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de Ley”, causa 32.781. 13-08- 2014.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC/17.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC/17.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC/04 sobre “Propuesta a la modificación de la Constitución Política de Costa Rica”, [en línea] en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/Seriea04.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, Garantías del Debido Proceso legal, [en línea] en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serie16

Corte IDH caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia (Fondo reparaciones y costas) del 24-02-2012, [en línea] en: www.corteidh.or.cr/docs/casos artículos Serie C nº 239

Corte IDH “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, sentencia 8-09-2005, párr. 134 Serie 130.

Corte IDH “Fornerón e Hija vs. Argentina” sentencia 27-04-2012 párr. 105 Serie 242 pdf. www.corteidh.or.cr/docs/casos

Corte IDH. Caso “Mendoza y otros vs Argentina”. Sentencia 11-05-2013 párrf. 151, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos. Serie nº 260

Corte IDH. “Baldeón García vs Perú fondo Reparaciones y Costas”, [en línea] en: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/ Serie 17 esp.1 pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/Serie%2017%20esp.1.pdf)

Corte IDH. Caso “Fermín Ramirez vs Guatemala”. Sentencia (Fondo y Reparaciones) Serie 126 párr.67.

Corte IDH. caso “Yvon, Neptune vs. Haití” del 6-05-08, [en línea] en:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_ing.pdf

Corte IDH. Informe nº. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999.