

EL ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL

SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

María José Lescano¹

Resumen

El trabajo brinda un análisis novedoso en relación al Anteproyecto de ley que propone reformar el Código Penal Argentino. La observación y crítica del mentado anteproyecto se realiza a partir de la concepción del nuevo Derecho de la Infancia surgido al amparo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y del proceso de transición normativa que se viene desarrollando a lo largo de todo el territorio nacional, en esta específica materia Argentina sancionó la ley 26.061 relativa a la “protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, pero se encuentra en mora con relación a la sanción de una ley penal juvenil que responda, con similar orientación, al paradigma consagrado por la Convención. Entre tanto, ¿cómo correspondería aplicar la ley 22.278 si finalmente prospera el Anteproyecto que fuera presentado al Poder Ejecutivo nacional para reformar el Código Penal?

1. Introducción:

En el mes febrero del corriente año se realizó formal presentación a la señora Presidenta de nuestro país, de un anteproyecto de ley para reformar el código penal. Los Doctores Zaffaroni, Gil Lavedra, Arslanián, Pinedo y Barbagelata, integraron la comisión de expertos que participaron en su elaboración, y pese a que esa propuesta no ha ingresado al Poder Legislativo, la mera iniciativa ha suscitado acaloradas enfrentamientos.

¹ Doctora en Derecho Penal Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca (España). Secretaria del Instituto de Derechos del Niño (IDN) y profesora en la Especialización de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Jueza titular del Juzgado de Garantías del Joven Nro. 1 del Departamento Judicial de La Plata. (Prov. Bs. As.).

Más allá de los reales móviles que pudieron haber incidido para que públicamente se dieran a conocer las críticas que se le fueron formulando, es importante reconocer que la ciudadanía no se reveló ajena al debate de este acontecimiento normativo.

Sea por el abordaje que recibió el tema a través de los distintos medios de comunicación, o por el reconocimiento de las personalidades que integraron dicha comisión reformadora, o dada la prioridad socialmente reconocida a los valores que se hallan en juego -atento la magnitud de la reforma que se propone-, lo cierto es que la comunidad asumió decididamente el compromiso de participar en las discusiones liminares que hacen a la gestación de un nuevo Código Penal.

Las universidades, los colegios profesionales, los gremios y los distintos ámbitos de la escena política se abocaron al tratamiento de la cuestión.

Este fenómeno, que se aparta de los patrones hedonistas e individualistas que caracterizan las sociedades postmodernas, sin dudas resulta auspicioso, pues en definitiva abrir los canales de participación ciudadana, fortalece las bases del sistema democrático argentino que transita aún una etapa de diaria construcción.

La consolidación de la democracia requiere procesos de racionalidad legislativa.² Si realmente se espera que el futuro Código Penal argentino alcance altos niveles de legitimidad, la decisión de los legisladores que lo consagre debe ser producto de un conjunto de requisitos formales y materiales. Es decir que debe cumplir con los mecanismos constitucionales previstos para acceder a los acuerdos parlamentarios para obtener la formal aprobación de la ley y asimismo responder de manera fiel a las inquietudes y necesidades sociales.

Sin lugar a dudas que, entre las preocupaciones ciudadanas se halla el debate acerca de cuál debería ser la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por jóvenes. Y más específicamente, cómo habría que diseñar una nueva normativa nacional que perfile un sistema de justicia penal juvenil acorde a los postulados contenidos en la CIDN.

Llamativamente el anteproyecto de reforma al Código Penal excluye el tratamiento acerca de la modificación del régimen penal de la minoridad. Sólo hace alusión a la materia como una cuestión a ser regulada en otra oportunidad a través de una

2- DIEZ RIPOLLEZ, José Luis; "El control de constitucionalidad de las leyes penales", *Estudios críticos del Derecho Penal moderno*. Sabadini compilador. Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2011, p. 156.

ley especial, como si la problemática de los jóvenes infractores a la ley penal no fuese un tema central a priorizar por la actual política estatal.

En el camino de transformación legal propiciado, debemos señalar lo preocupante que resulta que en el marco de una profunda reforma al ordenamiento jurídico penal argentino, se omita la consideración de una normativa actualizada relativa a la regulación de la responsabilidad penal juvenil. Recuérdese que la sanción de una novel legislación constituye una exigencia interna como también de carácter internacional, pues el Estado argentino como país adherente a la CIDN, ha sido en reiteradas ocasiones exhortado a cumplir los compromisos asumidos ante la comunidad internacional.

Si tal suerte es la que finalmente ha de correr la sanción de un nuevo Código Penal, tendremos que imaginar cómo incidirá esta reforma en la aplicación del derecho por los tribunales de responsabilidad penal juvenil de nuestro país, ello debido a la evidente vinculación que existe entre ambos contextos normativos.

2. Decreto 678:

Por decreto Nro. 678 del 7 de mayo de 2012, el Poder Ejecutivo dispuso la creación de la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación y designó como su presidente, al señor ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al doctor Eugenio Raúl Zaffaroni.

A esta comisión se le encomendó la ardua tarea de revisar, desde una mirada actualizada, la normativa penal y de proveer a su integración a fin de producir un único cuerpo normativo.³ Un nuevo Código Penal que concentre todas las normas punitivas, que se revelan dispersas y desarticuladas, a causa de las diversas reformas parciales habidas durante los más de 90 años de su entrada en vigencia.

Expresamente, se brinda como fundamento en el decreto la necesidad de readecuar todo el sistema penal, porque las escalas penales inicialmente consideradas fueron perdieron su equilibrio y proporcionalidad, a consecuencia de las accidentadas reformas acaecidas que fueron alterando su coherencia originaria.

Del decreto se observa con nitidez la preocupación por corregir la disfuncionalidad que ocasionó la excesiva sanción de leyes penales especiales, porque lograr la

3 - Se establece el plazo de ciento ochenta días corridos para proceder a la elevación del proyecto al Poder Ejecutivo nacional a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

sistematización e integración del ordenamiento punitivo hace al cumplimiento del mandato de codificación previsto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Consolidar la interrelación normativa permite, por otra parte, garantizar que el principio que presume a la ley conocida por todos, no se siga erosionando.

Pero existen otros postulados de raigambre constitucional que avalan la necesidad de reforma. Alcanzar un mayor nivel de sistematización normativa encuentra su razón en el conjunto de principios que fueron incorporados al derecho interno a través de los tratados internacionales de derechos humanos que, desde el año 1994 integran el texto Constitucional.

En otro orden, acceder a la armoniosa articulación de las normas punitivas, contribuirá ciertamente a fortalecer el proceso de integración regional que se encuentra desarrollando nuestro país a través del Mercosur, presupuesto clave para facilitar la coordinación de las estrategias legales a desplegar entre los Estados miembros.⁴

3. Anteproyecto de Código Penal:

El anteproyecto exhibe una expresión de motivos y se estructura, al igual que el actual código en una parte general y otra especial. En la parte especial se propone una reorganización sistemática, modificando la jerarquía brindada a los diferentes bienes jurídicos tutelados por las normas contenidas en las diversas figuras penales.

Debatir el anteproyecto desde la mirada de los derechos de los niños y de los adolescentes exige realizar previamente un análisis transversal a lo largo de todo su articulado. La modificación de los principios generales en los que se asienta el ordenamiento punitivo, como así también aquellas relativas a la variación del ámbito punible en los tipos penales incide en la delimitación del derecho de la infancia que, no restringe su estudio a los casos de jóvenes infractores de ley, sino también alcanza los supuestos en el que un niño resulta víctima y su estudio adquiere indiscutible resonancia dogmática.⁵

4 - En la construcción de un nuevo sistema de organización hay que tomar en cuenta las características que va adquiriendo el denominado derecho de la modernidad que incluye al derecho penal, proceso en el que se observa un fenómeno de internacionalización como consecuencia natural de la estructura del ordenamiento jurídico supranacional que se ha ido configurando. Cfr. HEINE, Günter; "La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p 430.

Sin embargo dado los límites de este trabajo, nuestro interés reside en identificar y reflexionar acerca de cuál ha sido la opción político criminal y dogmática escogida por el anteproyecto respecto del sistema penal juvenil, es decir cuál ha de ser la reacción estatal frente a los hechos cometidos por jóvenes infractores.

En esta inteligencia podemos advertir que entre los primeros preceptos contenidos en el título primero de la parte general, se halla una norma que circunscribe el ámbito material y personal de aplicación. Así, reza el art. 4 del Anteproyecto:

- 1. Las disposiciones generales de este código se aplicarán a todas las infracciones y penas previstas por cualquier otra ley.*
- 2. Este Código se aplicara a los hechos cometidos por mayores de dieciocho años. El régimen penal de menores se establecerá en una ley especial*

4. Ley 22.278:

Si bien resulta opinable que el anteproyecto haya decidido derivar la regulación del régimen penal juvenil a una ley especial, en última instancia, podría pensarse a favor de esta decisión que sigue así una tradición legisferante, o en su caso, que se busca garantizar el principio de especialidad sobre el que se asientan los sistemas penales juveniles más actualizados.⁶ⁱ

En nuestro país la regulación legal de la responsabilidad penal juvenil ya había sido extraída del Código Penal con antelación, desde que se entendía que las infracciones cometidas por menores requerían de un abordaje especial, respondiendo a la entonces ideología reinante, de origen pedagógico tutelar.

5 - El derecho de la infancia debe estudiar también al niño cuando se halla en situación de damnificado por el delito. El niño víctima tiene una innegable importancia para la reflexión del ámbito de punibilidad que describen las distintas figuras típicas. Asimismo su estudio es en ocasiones fundamento de punición, prueba de ello es la creación del denominado "grooming", cfr. art. 131 del C.P., por ley 26.904 del año 2013.

6 La CIDN recomienda a los Estados la implementación de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños y/o adolescentes no tienen capacidad para infringir leyes, configurándose así un límite decisivo para regular un sistema penal general y otro para adolescentes. En este sentido también puede consultarse la Opinión Consultiva 17/2002 párrafos 98, 109 y 12 y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directriz 52). Cfr. BARBIROTTA, Pablo; "El principio de especialidad en la justicia penal para niños y adolescentes" <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/ninez05.pdf>

Esta decisión de naturaleza político-criminal se consagró con la sanción de la ley 14.394 de 1954, por la cual se derogaron los arts. 36 a 39 del C.P (1921).⁷ Así las consecuencias jurídicas previstas por la ley para quienes cometían acciones delictuales, fueron contempladas de manera diversa si las personas involucradas en la perpetración del delito eran no punibles.

Dicha legislación partía de la concepción de que la delincuencia juvenil era un síntoma de abandono y que el Estado debía intervenir para regularizar la situación del menor y en su caso evitar, la respuesta sancionatoria retributiva. Así, partiendo de un criterio biológico se crearon tres categorías en función de la edad: los menores inimputables, los inimputables de sanción eventual y los plenamente imputables.⁸

Posteriormente, en 1980 el régimen legal de la menores fue sustituido por la ley 22.278, que con algunas reformas posteriores -y aún a partir de la redefinición que impuso la Convención internacional sobre los derechos del niño acerca de sus presupuestos-, ha conservado su vigencia.

No obstante, es dable advertir que una cosa es determinar que la reforma del régimen penal juvenil deba realizarse a través de una ley especial, pero otra muy distinta es que esta cuestión se haya excluido del proceso de debate y reforma legal propuesta.

La decisión de exilar el abordaje normativo de la responsabilidad penal juvenil del anteproyecto resulta difícil de comprender. En primer lugar, se contradice con los propios objetivos indicados en el decreto Nro. 678, pero además revela una fractura en la orientación política que debe sustentar toda reforma de ley. Excluir el debate de este tema tan crucial para la sociedad, pone de manifiesto una vez más la falta de integralidad y coherencia en las políticas públicas, y permite concluir que los derechos de la infancia siguen siendo, aún a partir de la CIDN, un terreno árido en el cual no muchos pensadores están dispuestos a incursionar.

No hay dudas en cuanto a que una sólida política criminal que quiera realmente adecuarse a los nuevos lineamientos derivados de los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país, debería estudiar y afrontar el

7 - DE LA RUA, Jorge; *Código Penal Argentino. Parte General*, Ed. Depalma, 2da edición, Buenos Aires, 1997, p. 661.

8 D'ANTONIO, Daniel Hugo; *El menor ante el delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978. p 100.

amplio espectro de las conflictividades penales con una mirada general pero matizada, en función del sujeto infractor de ley.

Hablar de la construcción del nuevo paradigma de la infancia, pero ignorar o relegar la reforma de la ley de responsabilidad penal de menores, es en sí mismo una opción política desafortunada que vulnera el principio del interés superior del niño,⁹ -de indiscutible anclaje constitucional (cfr. art 3 de la CIDN)- y deja al descubierto una vez más la morosidad del Estado Argentino frente a las exhortaciones formuladas por la comunidad internacional.

5. Anteproyecto y ley 22.278:

Cabe suponer que en esta instancia, incorporar en el marco del debate del anteproyecto de reforma al Código Penal un tema tan profundo y ríspido como es la sanción de nuevas reglas acerca de la responsabilidad penal juvenil, deviene utópico.

Sin embargo, es nuestro deber poner de manifiesto la disfuncionalidad que ocasiona emprender una reforma de manera sesgada y parcial. Recuérdese que la gran mayoría de las provincias argentinas han modificado las leyes adjetivas que regulan los procedimientos en infancia, de conformidad con el sistema de promoción y protección integral de derechos, consagrado por la CIDN. Por tanto en Argentina se encuentran rigiendo normas que colisionan entre sí, las de naturaleza penal que responden a la ideología del patronato y normas procesales que se inspiran en el nuevo paradigma denominado de la promoción y protección integral de derechos.

Que la ley 22.278 exprese los valores y principios propios al paradigma del patronato, o también denominada teoría de la situación irregular, es un obstáculo que generó serias dificultades interpretativas. Ardua ha sido entonces la labor de la doctrina y de la jurisprudencia para poder solventar ese dilema normativo, en tanto era indispensable sortear el conflicto jurídico a fin de garantizar la vigencia de derechos constitucionales.

Antes bien, con la aclaración formulada, del análisis de la ley 22.278 se colige que si el anteproyecto prospera, las modificaciones incorporadas incidirán de diversas maneras en el actual régimen de responsabilidad penal juvenil, porque la

⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel; "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño" http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

imputabilidad de un joven, o si se quiere la no punibilidad, no se configura exclusivamente por el límite de edad establecido por el legislador en la ley especial.

De las especies de pena y de las escalas de pena privativa de libertad previstas por el delito objeto de una imputación, depende también la delimitación del ámbito de lo punible, incluyendo la pena en expectativa establecida para los casos de tentativa o para las formas de participación. También el radio de intervención penal depende de la clase de delito y de la clase de acción que debe dar origen al proceso. (Cfr. art. 1 y 2 de la ley 22.278)

En la hipótesis de que se haya deducido la correspondiente acción también durante el desenvolvimiento del proceso la regulación de las escalas penales y su disminución son relevantes. La pena en expectativa del delito constituye un baremo esencial para evaluar la procedencia de medidas cautelares, de la propuesta por las partes de un juicio abreviado e incluso para reconocer cuándo es necesario integrar un Tribunal de Responsabilidad penal juvenil para la realización del juicio. (cfr. art. 27 de la ley 13.634)

En la etapa final del proceso, una vez dictado el auto de responsabilidad, la escala penal asimismo adquiere virtualidad en miras a la evaluación de la necesidad de imposición de pena efectiva, y consiguientemente, su individual determinación. (Cfr art. 4 de la ley 22.278)

6- Art. 4 ley 22.278:

A los efectos de estimar el concreto impacto que la reforma al Código Penal puede llegar a tener en el desenvolvimiento del actual sistema de justicia penal juvenil, corresponde analizar, a título ilustrativo, el sentido y alcance del art. 4 de la ley 22.278. De dicho precepto se desprende que la imposición de pena a un menor se encuentra supeditada al cumplimiento de ciertos recaudos legales, a saber:

“1- que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme las normas procesales

2- que haya cumplido dieciocho años de edad

3- que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2.”

Sucintamente, advertimos que el artículo 4 otorga al juez amplias facultades para valorar si en un determinado proceso, habiéndose constatado las exigencias de merecimiento de pena, resulta realmente necesario que el sujeto declarado responsable sufra la efectiva imposición punitiva.

En esa situación un juez o un tribunal de responsabilidad penal juvenil, deberá hacer un aguisado análisis de todas las circunstancias objetivas y subjetivas que emanan de la causa. Practicar una audiencia y atender a las pericias que se fueron confeccionando durante el abordaje tutelar para ponderar si es justo no imponer pena, en tanto se hayan alcanzado los fines previstos por la ley.

En caso de decidirse por su imposición, el magistrado deberá determinar la clase y la modalidad de la sanción. Si finalmente, desde el parámetro de la mínima intervención penal, se considera que la pena privativa de libertad es la adecuada, se procederá a su determinación, pudiendo el Juez reducirla, según la escala penal prevista para la tentativa del delito de que se trate. (art. 42 del C.P).

La Corte Nacional a través de relevantes pronunciamientos ha ido perfilando el incipiente derecho penal juvenil que está surgiendo en Argentina al amparo de la CIDN, pero estas declaraciones no se han insertado todavía en el plano positivo.¹⁰

En particular, con relación a la ley 22.278, el Alto Tribunal ha realizado un pormenorizado escrutinio formulando severas críticas a algunas de sus normas -como propia derivación a la teoría de la situación irregular-. Empero no declaró su inconstitucionalidad, optando por una interpretación de la ley en conjunción a lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño entre otros tratados internacionales.¹¹

10 - Particularmente relevantes resultan las resoluciones dictadas: el 7/12/05 “M.,D.E. y otro” causa 1174 C y con fecha 2/12/08 en causa Nro 7537 en el habeas corpus colectivo que fuera deducido por la Fundación Sur.

11 DIVITO, Mauro; “El fallo M.D.E: ¿cómo se aplica la Convención Internacional sobre los derechos del Niño?, en *El fallo Jurisprudencia penal de la Corte de Justicia de la Nación*, Pitlevnik

Partiendo del principio que la pena privativa de libertad es entendida como ultima *ratio* en un contexto de mínima intervención, la Corte ha sostenido que el Juez al tiempo de proceder a la determinación de pena, si decide efectivamente imponerla, ésta será menor a la prevista para un adulto, en respeto al principio de proporcionalidad, que lleva a evaluar la responsabilidad de un joven en atención un concepto de culpabilidad disminuida.

Consiguientemente la pena a imponer a un joven por naturaleza siempre debe ser menor a la de un adulto. Así es que, en remisión a los fundamentos vertidos por la Corte, los jueces en principio deberían proceder a la determinación de la pena en virtud de la escala disminuida, prevista para el delito tentado.¹²

Entonces, a modo de ejemplo, si el anteproyecto prevé una disminución de la pena en expectativa del delito de robo con armas, esa escala aplicada a un joven infractor a su vez tendrá otra reducción de conformidad con la escala derivada del art. 42 del C.P.¹³

En definitiva, tal razonamiento podrá hipotéticamente realizarse con relación a otras figuras delictivas, y si bien el anteproyecto ha decidido permanecer ajeno a la regulación punitiva respecto de los jóvenes infractores, esa manifestación quedará desvirtuada en la práctica, porque su impacto será irremediable, y se presentará con elocuencia en la sentencia que dicte un Juez en cada caso en concreto.

Por consiguiente, en correlación a lo expresado, quizás exista ahora coincidencia al sostener que se advierte como altamente criticable que el anteproyecto no haya propuesto una reforma legal integralmente articulada con el sistema penal juvenil, pues como he intentado demostrar a lo largo de esta presentación, ambas temáticas son inescindibles y se hallan socialmente imbrincadas.

7. Conclusiones:

Por tanto frente a la necesidad de revisión del Código Penal Argentino y del conjunto de leyes punitivas que se encuentran dispersas y, muchas veces resultan

(dir), Ed. Hammurabi, Nro 2, Buenos Aires, p. 74.

12 DIVITO, Mauro; *"El fallo M.D.E..."* Ob. Cit., p. 80/81.

13 Si el art. 141 inc. 2 del anteproyecto prevé una pena de 3 a 12 años por el delito de robo con armas, es dable pensar que en un joven declarado culpable por un ilícito de tal naturaleza en el sistema de justicia penal juvenil, tendría una pena en expectativa disminuida según la escala prevista en el art. 42 del C.P

contradictorias con los nuevos principios que fueron consagrados en la Constitución Nacional de 1994, no es deseable que el impulso de reforma se obstaculice cínicamente. Pero tampoco sería auspicioso que su aprobación como ley se realice a libro cerrado al margen de las consideraciones sociales mayoritarias, expresadas por distintos carriles de comunicación ciudadana.

1- Es importante trabajar para lograr la reforma del Código Penal de nuestro país, a fin de alcanzar una mayor coherencia y sistematización de sus previsiones legales, dada la cantidad de modificaciones habidas desde su entrada en vigencia en 1921.

2- La sanción de un nuevo Código Penal requiere de debate y reflexión profunda, siendo deseable se prevean mecanismos amplios de participación ciudadana, para que la ley sujeta a aprobación alcance altos niveles de legitimación.

3- El proceso de reforma iniciado con relación al Código Penal no debería omitir la contemplación de una nueva normativa que regule la responsabilidad penal juvenil que resulte acorde al sistema de promoción y protección de derechos consagrados por la CIDN.

4- Para el supuesto de que se apruebe el anteproyecto de reforma al Código Penal, sin la modificación del régimen de responsabilidad penal del menor actualmente vigente, necesariamente deberá evaluarse cuál será su impacto en la resolución de casos. Ello en particular referencia a cómo deberán desenvolverse los operadores al tiempo del dictado del auto de responsabilidad y la eventual imposición de una pena, según lo establece el art. 4 la ley 22.278, en correlación con la normativa procesal vigente en cada provincia.

