

internacional y sus complicadas relaciones con el derecho interno de cada Estado”<sup>151</sup>.

### 3. DERECHO A LA INTEGRIDAD CORPORAL DE LA PERSONA DETENIDA

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contiene una nutrida cantidad de preceptos con la finalidad de tutelar la vida e integridad corporal de quienes se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad<sup>152</sup>. Así, en el ámbito de nuestra región, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4.1, 1ª disposición, genéricamente tutela el derecho a que se respete la vida; norma que debe ser interpretada en conjunción con lo establecido por el artículo 5.1 y 5.2 del mismo instrumento internacional en tanto garantiza, respectivamente, el derecho de que goza toda persona “a que se respete su integridad física, psíquica y moral” e impone la obligación estatal de que nadie sea sometido “a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

La garantía que analizamos tiene, al menos, tres proyecciones importantes:

a) En primer término, el deber del Estado de evitar que, a través de los funcionarios encargados de la ejecución, se afecte tal derecho<sup>153</sup>. Y en ese sentido –y aún cuando no constituya una

<sup>151</sup> Cfr. PETRINI Silvia, “La evolución de la tutela internacional de los Derechos humanos: entre prevención y condena”, “Ley, razón y justicia”, N° 7, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, pp. 140/141.

<sup>152</sup> Obviamente, tanto el caso de los que se encuentran en prisión preventiva como ejecutando una pena.

<sup>153</sup> Para una descripción de ciertos aspectos de la realidad argentina en esta materia, cfr. LITVANCHKY, Paula y MARTÍNEZ, María Josefina, “La tortura y las respuestas judiciales en la Provincia de Buenos Aires” y FRANCISCO M. MUGNOLO, “Violencia carcelaria en el ámbito federal”, en CELS., *Colapso del sistema*, op. cit., pp. 59/89 y 167/187.

norma estrictamente convencional (con lo que ello, jurídicamente significa)– no podemos dejar de señalar que, la comunidad internacional, a través de Naciones Unidas, ha elaborado una serie de Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley<sup>154</sup>; documento que, respecto a nuestro tema, contiene dos reglas centrales:

En virtud del principio 15 se dispone que: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán la fuerza, salvo cuando sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos o cuando corra peligro la integridad física de las personas”;

La segunda disposición (principio 16), por su parte, establece que: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán armas de fuego, salvo en defensa propia o en defensa de terceros cuando haya peligro inminente de muerte o lesiones graves, o cuando sea estrictamente necesario para impedir la fuga de una persona sometida a custodia o detención que presente el peligro a que se refiere el principio 9”<sup>155</sup>.

<sup>154</sup> Para su texto, Cfr. “Documentos de Naciones Unidas sobre protección de personas detenidas o en prisión”, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Oficina de Derechos Humanos y Justicia, N° 1, p. 197 y ss.

<sup>155</sup> Dispone el principio 9: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una serie amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

Sobre la base de es  
existe una jurisprudencia  
a la vida en el caso  
la Corte Interamericana  
desproporcionadas  
extremas del bombardeo  
presos amotinados  
Ugarte”). En otro caso  
el control de una persona  
responsable por la  
trató del caso “Carrero  
internacional con  
las muertes no como  
de desarme de los  
fabrica casera, habi  
No se comprobó la  
de los revoltosos, ni  
de fuego contra la p

b) En segundo lugar  
resaltarse el deber de  
contra la vida o integridad  
Argentina, los tribunales  
esa dirección, destaco

<sup>156</sup> Cfr. O'DONNELL, D. J., *La Corte Interamericana en Colombia*, en los Derechos Humanos, ubicada en el siguiente enlace: [http://www.derechos.org/nizkor/interamericana/doc/odonnell%20parte](#)

<sup>157</sup> Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sala II, con fecha 10 de mayo de 2007, en un recurso de amparo provincial al pago de una deuda civil, a favor de los demandados, por otro interno de la misma ventiva. En efecto,

Sobre la base de este marco tutelar, en el sistema interamericano, existe una jurisprudencia importante sobre la violación del derecho a la vida en el contexto de cárceles e instituciones penales. Así, la Corte Interamericana ha condenado en dos ocasiones el uso desproporcionado de las armas contra presos en las circunstancias extremas del bombardeo de instituciones penales bajo control de presos amotinados (caso "Neira Alegría y otros" y "Durand y Ugarte"). En otro caso relativo al uso de armas de fuego para retomar el control de una prisión, la Comisión Interamericana declaró a Brasil responsable por la violación al derecho a la vida de 111 presos. Se trató del caso "Carandirú", en donde, entre otros aspectos, la decisión internacional condenatoria se basó en la siguiente conclusión: "(...) las muertes no correspondieron a situaciones de legítima defensa ni de desarme de los reclusos, ya que las armas que éstos tenían, de factura casera, habían sido arrojadas al patio al entrar los policías. No se comprobó la existencia de ningún arma de fuego en poder de los revoltosos, ni que hayan efectuado disparo alguno de arma de fuego contra la policía"<sup>156</sup>.

b) En segundo lugar, y como otra proyección de la garantía, debe resaltarse el deber del Estado a evitar que otros internos atenten contra la vida o integridad corporal de sus pares. De hecho, en la Argentina, los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse en esa dirección, destacando esta responsabilidad<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> Cfr. O'DONNELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos humanos*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 111. Utilizamos la versión electrónica ubicada en el siguiente portal: publicaciones Derecho Internacional de los Derechos Humanos (<http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonnell%20parte1.pdf>).

<sup>157</sup> Así, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (Argentina), Sala II, con fecha 9/12/1993, tuvo oportunidad de condenar al Estado provincial al pago de una indemnización, en concepto de responsabilidad civil, a favor de los hijos y de la esposa de un procesado que fue muerto por otro interno (condenado) mientras se encontraba bajo prisión preventiva. En efecto, in re "F.Y., actor civil c/ L.T., M.V. por homicidio

c) Por fin, la jurisprudencia universal e interamericana también reconoce la responsabilidad del Estado por omisión en razón de la desprotección de los presos y la inatención de sus necesidades básicas, especialmente en lo referente a la prestación médica.

En esta dirección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en dos casos en donde reconoció esta obligación estatal, cuya omisión resulta generadora de responsabilidad. En un caso, el Estado de Guatemala fue condenado por violación al derecho a la vida de un preso muerto, al parecer, de deshidratación provocada por el cólera<sup>158</sup>. En forma más reciente, responsabilizó al Estado de Ecuador por el fallecimiento de un preso que padecía trastornos psicológicos que le hacían incapaz de asegurar su propio cuidado y que había muerto de desnutrición y deshidratación en una celda de aislamiento<sup>159</sup>.

---

simple s/ casación" (publicada en E.D., t. 157, pp. 393 y ss.) el máximo Tribunal de la Provincia expresó, a través del voto de la mayoría: "El art. 18 de la Constitución Nacional y los art. 23 y 24 de la Constitución del la Provincia de Mendoza, imponen al Estado la seguridad de los internos alojados en la penitenciaría provincial como propósito esencial y aquél es el responsable por la vida y la integridad física del alojado [...] La función esencial de la penitenciaría —continúa la Corte— es contener a los detenidos y procurarles a los condenados el cumplimiento de la sanción de la privación de libertad que les impone la autoridad judicial. Para el cumplimiento de tales objetivos, el Estado cuenta con un poder disciplinario dentro del establecimiento, el que debe ejercer moderadamente con un criterio preventivo y corrector, pero siempre respetando la dignidad de la persona que cumple la obligación de reparar el mal ocasionado a la sociedad. [...] La responsabilidad penitenciaria —concluye su razonamiento el tribunal— es una obligación de resultado, la Provincia como titular del establecimiento carcelario debe asegurarles a los internos su integridad física y la vida a quienes cumplen penas en ella." (el fallo mereció un elogioso comentario de Bidart Campos, Germán J., "La vida en las cárceles y la responsabilidad del Estado", en E.D., t. 157, pp. 394-395).

<sup>158</sup> Cfr. O'DONNELL, op. cit., pp. 113/114.

<sup>159</sup> Se trata del caso "Congo c/ Ecuador". Al respecto, Cfr. O'DONNELL, op. cit., pp. 114/115.

Por su parte, en la Nación, al fallar (entre otros aspectos) esta problemática de un *habeas corpus* que involucraba la pena de la interrupción de un drogadependiente y urológico<sup>160</sup>.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional T-596, de 1992, que sitio ajeno al derecho penitenciario no ha especial de someter quita su calidad de comportamiento as de sus derechos sus limitados, como el goza de otros derechos a la integridad física a la vida, la integridad consecuencias jurídicas pueden ser descripto deber del trato humano suficientes, agua por adecuadas, el deber nocturno, entre otros

<sup>160</sup> Cfr. Fallos 322-27

Por su parte, en la Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar el precedente "Gallardo", también se ocupó (entre otros aspectos de importancia que allí se abordaron) de esta problemática manifestando que resulta admisible el empleo de un *habeas corpus* correctivo cuando la denuncia del accionante involucra la protección de su salud dado que se refería a la interrupción de un tratamiento de rehabilitación para un drogadependiente y de la falta de atención médica de un problema urológico<sup>160</sup>.

En la misma dirección ubicamos un importante precedente del Tribunal Constitucional de Colombia. Nos referimos a la sentencia T-596, de 1992, que, en lo pertinente expresó: "La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista del comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene alguno de sus derechos suspendidos, como la libertad por ejemplo, otros limitados, como el derecho a la comunicación o intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud. Del derecho pleno del interno a la vida, la integridad física y la salud, se derivan importantes consecuencias jurídicas para la Administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra el deber del trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentos suficientes, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros".

<sup>160</sup> Cfr. Fallos 322:2735.

#### 4. RESPETO A LA DIGNIDAD DEL INTERNO<sup>161</sup>

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos, incluyen sendas cláusulas según las que: “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (artículos 10.1 y 5.2, 2ª disposición, respectivamente).

Estas previsiones –de inmenso valor interpretativo respecto de normas legales, reglamentarias y de las situaciones fácticas que se viven en el mundo de la prisión– resulta clave desde que, como correctamente lo puntualizara Ernesto Garzón Valdés, la violación a este principio “equivale a la deshumanización de la persona. Significa convertirla en objeto o animalizarla”<sup>162</sup>. Las consecuencias de esta deshumanización –continúa el autor– “no significa tan sólo la privación del goce de algunos derechos humanos sino la privación absoluta de ser sujeto de derecho. Por eso tiene Razón JOEL FEINBERG cuando afirma [que]: ‘[l]o que se llama ‘dignidad humana’ puede ser simplemente la capacidad reconocible de alegar (exigir) derechos (claims). Respetar a una persona o pensar que posee dignidad humana significa simplemente concebirlo como un ser potencialmente capaz de alegar derechos

<sup>161</sup> En la doctrina británica, ANDREW COYLE (Cfr. *Humanity in prison*, International Centre for Prison Studies, London, 2003, p. 36) incluye este principio entre las garantías propias al trato humano en prisión. En efecto, para este autor, el *treatment with humanity*, se integra con cuatro elementos; a saber: a) *preserving human dignity*, b) *respecting individuality*, c) *supporting family life* y d) *promoting personal responsibility and development*. En rigor, el análisis del contenido de cada una de estas garantías particulares autoriza a sostener que, lo que nosotros desarrollamos bajo la denominación de respeto a la dignidad humana, es considerado por este autor como *treatment with humanity*.

<sup>162</sup> Cfr. GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?”, en AA. VV., *Derechos fundamentales y derecho penal*, Coedición INECIP (Córdoba) y Ed. Advocatus, Córdoba, 2006, p. 30.

(a potential maker of claims) VALDÉS— “no se refiere a un sujeto determinado sino que se refiere a un potencial maker of claims” de derechos humanos por ello, el grado de dignidad del ámbito de la humanidad

Sin duda a pesar de las condiciones convencionales –y de las que virtieramos supra– Debemos comenzar a pensar que es el que origina la jurisprudencia y sus conclusiones de la que siempre se refiere en cierta medida a identificar aquellos principios internacionales”<sup>163</sup>. Esta garantía incluye la comunicación personal penitenciaria y la comunicación notoriamente insatisfechas en condiciones materiales de comunicación con los condenados; g) con los adultos; h) con la morigeración de la

<sup>163</sup> Cfr. GARZÓN VALDÉS

<sup>164</sup> Cfr. GARZÓN VALDÉS

<sup>165</sup> Cfr. O’DONNELL

<sup>166</sup> Cfr. O’DONNELL

(*a potential maker of claims*)”<sup>163</sup>. Esta privación –continúa GARZÓN VALDÉS– “no se refiere a la imposibilidad de ejercer algún derecho determinado sino que se extiende a **todo** derecho. El poder ser ‘*a potential maker of claims*’ es presupuesto necesario de toda concepción de derechos humanos. La negación de **todo** derecho constituye, por ello, el grado máximo de exclusión de la sociedad humana, del ámbito de la humanidad”<sup>164</sup>.

Sin duda a pesar de la concisión y sencillez de las fórmulas convencionales –y sobre todo por el concepto que del mismo virtieramos *supra*– este principio aglutina variadísimos derechos. Debemos comenzar por reconocer que, invocando su afectación, es el que origina un mayor número de denuncias. Y si bien la jurisprudencia supranacional a su respecto es extensa, “las conclusiones de los órganos internacionales competentes casi siempre se refieren a un conjunto de hechos, lo que dificulta en cierta medida el análisis de los actos precisos con el fin de identificar aquellos que constituyen violaciones de la normativa internacional”<sup>165</sup>. Es así que, la literatura especializada, al abordar esta garantía incluye casos tan dispares como<sup>166</sup>: a) aislamiento e incomunicación de los internos; b) tratos crueles por parte del personal penitenciario; c) carencia de atención médica o atención notoriamente insuficiente; d) hacinamiento y deficiencias en las condiciones materiales de detención; e) obstaculización de la comunicación con la familia; f) separación entre procesados y condenados; g) separación de los reclusos menores respecto de los adultos; h) rehabilitación como finalidad del sistema penal e i) morigeración de la discriminación postcarcelaria.

<sup>163</sup> Cfr. GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia (...)”, op. cit., p. 33.

<sup>164</sup> Cfr. GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia (...)”, op. cit., p. 33.

<sup>165</sup> Cfr. O'DONNELL, “Derecho internacional (...)”, op. cit., p. 200.

<sup>166</sup> Cfr. O'DONNELL, “Derecho internacional (...)”, op. cit., pp. 203/222.

Con el objeto de profundizar determinadas garantías, por nuestra parte, hemos dotado de autonomía a algunas de ellas<sup>167</sup><sup>118</sup> (por ejemplo: derecho a la integridad corporal; separación entre procesados y condenados y entre reclusos menores y adultos). Tal desmembramiento, obviamente, tiene sólo carácter metodológico; dado la innegable conexión de las mismas con esta cláusula de protección genérica. En todo caso, este intento de tratamiento particular lo realizamos con la finalidad de perfilar, con la mayor precisión posible, alguno de estos principios que, la praxis jurisprudencial supranacional, aborda unificadamente.

#### a) Aislamiento e incomunicación

##### a.1) Perspectiva supranacional

Cada vez con más frecuencia el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas ha considerado que la sanción de aislamiento resulta violatoria del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta ha sido, por ejemplo, la posición asumida en el caso "Freemantle c. Jamaica"<sup>168</sup>.

Por su parte, en el ámbito Europeo, la Comisión de Derechos Humanos y la Corte, han producido una abundante jurisprudencia

<sup>167</sup> Así: derecho a la integridad corporal, separación entre procesados y condenados, separación entre reclusos menores de edad de los adultos; separación por género y de enfermos mentales y readaptación social como objetivo de la ejecución penitenciaria.

<sup>168</sup> En el caso se trataba de un preso que estaba "en una celda de 2 metros cuadrados 22 horas del día", permaneciendo "aislado de los otros hombres casi todo el día". Estaba en condiciones de "oscuridad impuesta" y no se le permitía trabajar ni estudiar (Cfr. O'DONNELL, op. cit., p. 204). Debe destacarse, sin embargo, que en algunos casos, el Comité consideró situaciones similares a la recién descrita, como violatoria del artículo 7 del Pacto Internacional (es decir: calificó el caso como la imposición de un trato cruel, inhumano o degradante). Así lo hizo en "Polay c. Perú" y "Mukong c. Camerún" (Cfr. O'DONNELL, op. cit., pp. 203/204).

sobre esta materia...  
derredor del concepto  
3º de la Convención

En un principio, el  
Comisión una violación  
detenido aislado durante  
período de diez meses  
fue declarado inadmisible  
Comisión introdujo  
stricto sensu y la separación  
colectividad carcelaria  
demás prisioneros, por  
de exclusión, si bien  
consideró contrario

No obstante lo dicho  
Comisión ha ido en  
relativa a la conformidad  
Convención. Con  
de personas sospechadas  
como el I.R.A., el R.  
"Ensslin", luego de  
mismo no constituye  
que en determinadas  
el aislamiento sea  
absoluto puede decirse  
constituye una forma  
de seguridad, no  
prohibición de la  
en el artículo 3º de

<sup>169</sup> Cfr. MAHIQUES  
<sup>170</sup> Cfr. MAHIQUES  
<sup>171</sup> Cfr. MAHIQUES

Desde otro ángulo de análisis, tratándose de una enfermedad mental sobreviniente (a la que se refiere el artículo 25 del Código Penal argentino) el artículo 82 de las Reglas Mínimas dispone que los internos que sufran tal dolencia deberán ser “observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos”; norma que encuentra una recepción adecuada en la previsión contenida en el artículo 186 de la ley 24.660.

## 10. GARANTÍAS DE LA EJECUCIÓN VINCULADA AL DERECHO PENAL DE MENORES

### A) EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA IMPOSICIÓN DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD A UN MENOR

#### a) La cuestión en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Entre los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos destaca –con relación al tema que abordamos aquí– la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Este documento<sup>311</sup> –que, entre otros muchos aspectos, sienta las bases de un Derecho penal de menores garantista<sup>312</sup>– constituye el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que lo han suscripto<sup>313</sup>. Se trata –en palabras de SALCEDO

<sup>311</sup> Cuya incorporación al derecho interno argentino se produjo con cierta antelación a su constitucionalización. En efecto, mediante la ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, el Congreso argentino ratificó la Convención. Dicha ley fue promulgada el 16 de octubre del mismo año y publicada en el boletín oficial del 22 de octubre de 1990.

<sup>312</sup> Según lo refiere FELLINI, Zulita, *Derecho penal de menores*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1996, p. 36.

<sup>313</sup> Cfr. BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2004, p.47.

ÁLVAREZ– de un texto integral, involucrando a la justicia juvenil. Incluye[ndo] de la nueva generación de los niños. Reconociendo exigibles, poniendo jueces en materia de

La supremacía (de Argentina) se condecretos, reglamentos, actos administrativos, aplicar directamente, contradiciendo las normas, adecuándose a lo que se desarrolle a través de

<sup>314</sup> Cfr. SALCEDO, Antonio, Ediciones, Córdoba, corresponden.

<sup>315</sup> Pese al carácter particular que, en ocasiones, parte de los órganos, mente, este período, contrario, se trata de ejemplo, observados en el Max-Planck-Institut für Recht (Freiburg) sudafricano (Vertrag über die justice in theory and on the deprivation of liberty).

Una síntesis de la materia, véase <http://www.mpg.de/forschung>.  
<sup>316</sup> Cfr. BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2004, p.47.

ÁLVAREZ— de un texto pionero “en la doctrina de la protección integral, involucrando al universo total de la población infanto-juvenil. Incluye[ndo] todos los derechos individuales y colectivos de la nueva generación, es decir, todos los derechos para todos los niños. Reconoc[iendo] en cada niño un sujeto de derechos exigibles, poniendo límites a las facultades discrecionales de los jueces en materia de infancia a través de todo su articulado”<sup>314</sup>.

La supremacía constitucional que, en algunos países (como el caso de Argentina) se confiere a la Convención hace que, tanto las leyes, decretos, reglamentos del Poder Ejecutivo, cuanto las resoluciones, actos administrativos de alcance individual y sentencias, deban aplicar directamente este instrumento internacional<sup>315</sup>; no sólo no contradiciendo las normas de la misma sino, en sentido positivo,

*adecuándose a lo prescripto por el tratado de modo que éste se desarrolle a través de aquellos dispositivos*<sup>316</sup>.

<sup>314</sup> Cfr. SALCEDO ÁLVAREZ, María José, *Sistema penal infanto-juvenil*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2000, p. 33. Las adecuaciones entre corchetes nos corresponden.

<sup>315</sup> Pese al carácter plenamente operativo que le reconocemos, debe advertirse que, en ocasiones, el cumplimiento de estas normas tuitivas por parte de los órganos estatales resulta altamente insatisfactoria. Ciertamente, este problema no es patrimonio exclusivo de nuestro país. Por el contrario, se trata de una problemática bastante frecuente. Así, a título de ejemplo, obsérvense las conclusiones de la investigación desarrollada en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationale Strafrecht (Freiburg) por Heidrun Kiessl con relación al ámbito cultural sudafricano (Vid. *United Nations standards and norms in the area of juvenile justice in theory and practice: An empirical study on its use and application focusing on the deprivation of liberty of delinquent children and juveniles in South Africa*. Una síntesis de la misma puede ser consultada en: [http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/krim/kiessl\\_e.html](http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/krim/kiessl_e.html)).

<sup>316</sup> Cfr. BELOFF, *Los derechos...*, op. cit., p. 49. De hecho, en un pronunciamiento judicial reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de decir que: “(...) consecuentemente, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por

Entre las normas de la Convención, existe una en particular que tiene gran trascendencia para el tema que nos convoca: el artículo 37, inciso 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”.

Ciertamente –y dado el carácter operativo que se acuerda a la Convención– este artículo “no es una expresión de deseo ni una directiva de orientación a los jueces; es una norma jurídica que describe derechos cuyo cumplimiento es una exigencia de justicia”<sup>317</sup>. Por ello es que, de su texto, surgen una serie de interrogantes que, necesariamente, debe plantearse el órgano jurisdiccional al momento de abordar la cuestión de la imposición de una pena al menor. Sintéticamente expuestos<sup>318</sup>: a) la adopción de la medida de privación de libertad ¿es, realmente, el último recurso? y b) ¿se han agotado otras medidas antes de decidir la aplicación del internamiento?

Obviamente, y también como un corolario de la misma norma, estas cuestiones no deben quedar encerradas en la conciencia del

---

la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores” (Fundamento jurídico N° 34) (Cfr. C.S.J.N., in re “Maldonado”, J.P.B.A., T° 129, p. 240. Voto concurrente de los Ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

<sup>317</sup> Cfr. FALCA, Susana “El control jurisdiccional de la ejecución de la sanción en el proceso de naturaleza penal juvenil”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 11° año, T° II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pp. 631/632.

<sup>318</sup> Cfr. BELOFF, *Los derechos (...)*, op. cit., p.51.

juzgador sino que, por  
razonada, en el deber  
deber de fundamentar  
sino porque, además  
cualquier privación  
que, en caso de error  
del juez un deber de  
acabamos de formalizar  
artículo 17.1, inciso b)  
para la Administración  
En efecto, tal como  
los principios rectores  
la autoridad competente  
personal del menor.

La motivación  
una serie de razones  
“los cómo y los por  
de las reglas de la  
razonamientos –  
diversos estudios  
menor– se orientan  
examinado, por lo  
al encierro, la pena  
sanción adecuada  
punitivo, teniendo  
37, inciso b), de la  
lo será “durante el

Un último aspecto  
párrafo precedente.

<sup>319</sup> Cfr. BELLOFF, *Los derechos (...)*, op. cit., p. 51.

<sup>320</sup> Cfr. *Castro*, *La Provincia de...*  
la Provincia de...  
2003, p. 380.

juzgador sino que, por el contrario, deben ser explicitadas, de manera razonada, en el decisorio. Ello es así no solamente por el genérico deber de fundamentación que debe respetar toda resolución judicial sino porque, además, en este caso, la propia Convención veda cualquier privación arbitraria de la libertad. Lo que equivale a decir que, en caso de considerar necesaria esa pena, se pone en cabeza del juez un deber de motivación específica<sup>319</sup>. La interpretación que acabamos de formular se encuentra reforzada por lo dispuesto en el artículo 17.1, inciso b), de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (*Reglas de Beijing*). En efecto, tal precepto –que se enmarca en el título destinado a los principios rectores de la sentencia y la resolución– dispone que la autoridad competente sólo impondrá restricciones a la libertad personal del menor “tras cuidadoso estudio”.

La motivación de este aspecto supone que el juez, mediante una serie de razonamientos y conclusiones por escrito, demuestre “los cómo y los por qué de lo que en ella resuelva, con resguardo de las reglas de la sana crítica racional”<sup>320</sup>. En nuestro caso, tales razonamientos –que deberán ponderar en forma completa los diversos estudios interdisciplinarios que se realizan respecto del menor– se orientarán a poner en evidencia que, pese haberse examinado, prolijamente, la viabilidad de otras medidas diferentes al encierro, la privación de libertad se muestra como la única sanción adecuada. Asimismo, tendrá que justificar el *quantum* punitivo, teniendo en cuenta para ello que, de acuerdo al artículo 37, inciso b), de la Convención, la privación de la libertad dispuesta lo será “durante el período más breve que proceda”.

Un último aspecto parece conveniente precisar. Dijimos en el párrafo precedente, que el juez debe demostrar en su resolución

<sup>319</sup> Cfr. BELOFF, *Los derechos (...)*, op. cit., p. 51.

<sup>320</sup> Cfr. Cafferata Nores, José I y Tarditti, Aída, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado”, Tº I, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 389.

que, pese haber sopesado otras respuestas, la privación de la libertad se muestra (en el caso) como la única adecuada.

¿Adecuada para qué?

Ciertamente **no** como pura retribución por el delito cometido. Ello por cuanto –como ya fuera motivo de análisis– tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos, se han encargado de señalar que, el objetivo que debe perseguirse con la imposición de la pena carcelaria es el de la readaptación social (artículos 10, inciso 3º y 5, inciso 6º, respectivamente); finalidad preventiva especial positiva que nada tiene que ver con contenidos retributivos.

Por otra parte, la necesidad de apelar a la privación de libertad como respuesta, tampoco podrá encontrar sustento en tesis de contenido puramente preventivo individual negativo, que funcionen como mecanismos para conjurar una supuesta peligrosidad del menor. Es que –y más allá de la inocultable vaguedad de este último concepto– las propias Reglas de Beijing (artículo 17.1, “b”), si bien no excluyen como pauta para determinar la sanción “las necesidades de la sociedad”, expresamente exigen que se tenga en cuenta **“las circunstancias y necesidades del menor”**. De hecho al comentarse este precepto se ha dicho que el inciso “significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven. De conformidad con la resolución 8ª del Sexto Congreso de las Naciones Unidas, dicho inciso alienta el uso, en la mayor medida posible, de medidas sustitutorias de la reclusión en establecimientos penitenciarios teniendo presente el imperativo de responder a las necesidades concretas de los jóvenes. Debe, pues, hacerse pleno uso de la libertad vigilada en la mayor medida posible, mediante

la suspensión de las juntas y otras

b) La cues  
ley 22.2

La posibilidad  
jurídico argentino

Allí se exige  
declaración de la  
A ello se agrega  
y que haya cumpli  
puede extenderse

Como podrá  
entre la declarac  
situación que pe  
al tratamiento t  
observación y  
cual, el órgano

<sup>321</sup> Cfr. Oficina de  
vincia de Córdoba  
Documentos de  
Ed. Medin  
el texto y con  
vas con relac  
lectura el trab  
Rubinzal - Ca

<sup>322</sup> Refiere de la  
Ed. Depalma  
nal “debe sup  
penal sustant  
causa del mo  
o participaci

<sup>323</sup> Coincide con

la suspensión de condenas, condenas condicionales, órdenes de las juntas y otras resoluciones”<sup>321</sup>.

**b) La cuestión en el sistema jurídico argentino: la ley 22.278.**

La posibilidad de imponer pena al menor surge, en el sistema jurídico argentino, del artículo 4° de la ley 22.278.

Allí se exige, como primer requisito, que haya una previa declaración de la responsabilidad penal y civil del menor (inciso 1°)<sup>322</sup>. A ello se agrega que: el menor haya cumplido los 18 años (inciso 2°) y que haya cumplido, al menos, un año de tratamiento tutelar; el que puede extenderse hasta la mayoría de edad (inciso 3°).

Como podrá apreciarse, la ley estableció un mecanismo de cesura entre la declaración de responsabilidad y la decisión definitiva<sup>323</sup>; situación que permite desentrañar el sentido que se le confiere al tratamiento tutelar. Éste no puede ser otro que un periodo de observación y tratamiento de prueba del menor; transcurrido el cual, el órgano jurisdiccional efectúa un nuevo juicio valorativo;

<sup>321</sup> Cfr. Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Colección de Derechos Humanos y justicia, N° 1, *Documentos de Naciones Unidas sobre protección de personas detenidas o en prisión*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000, p. 132. En sintonía con lo dicho en el texto y como un lúcido intento por construir respuestas no punitivas con relación al menor que ha delinquido, resulta de insustituible lectura el trabajo de AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Justicia restaurativa*, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

<sup>322</sup> Refiere DE LA RÚA, Jorge, *Código penal argentino. Parte general*, 2ª edición, Ed. Depalma, 1997, p. 670, que esta declaración de responsabilidad penal “debe suponer la concurrencia de todas las condiciones de derecho penal sustantivo fundamentadoras de la punibilidad; es decir, resolver la causa del modo ordinario como se resuelven las causas penales (autoría o participación responsable en un delito punible)”

<sup>323</sup> Coincide con esta apreciación, DE LA RÚA, *Código penal (...)*, op. cit., p. 671.

la suspensión de condenas, condenas condicionales, órdenes de las juntas y resoluciones<sup>321</sup>

b) **La cuestión en el sistema jurídico argentino: la ley 22.278.**

La posibilidad de imponer pena al menor surge, en el sistema jurídico argentino, del artículo 4° de la ley 22.278.

Allí se exige, como primer requisito, que haya una previa declaración de la responsabilidad penal y civil del menor (inciso 1°)<sup>322</sup>. A ello se agrega que: el menor haya cumplido los 18 años (inciso 2°) y que haya cumplido, al menos, un año de tratamiento tutelar; el que puede extenderse hasta la mayoría de edad (inciso 3°).

Como podrá apreciarse, la ley estableció un mecanismo de cesura entre la declaración de responsabilidad y la decisión definitiva<sup>323</sup>; situación que permite desentrañar el sentido que se le confiere al tratamiento tutelar. Éste no puede ser otro que un periodo de observación y tratamiento de prueba del menor; transcurrido el cual, el órgano jurisdiccional efectúa un nuevo juicio valorativo;

<sup>321</sup> Cfr. Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Colección de Derechos Humanos y justicia, N° 1, *Documentos de Naciones Unidas sobre protección de personas detenidas o en prisión*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000, p. 132. En sintonía con lo dicho en el texto y como un lúcido intento por construir respuestas no punitivas con relación al menor que ha delinquido, resulta de insustituible lectura el trabajo de AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Justicia restaurativa*, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

<sup>322</sup> Refiere DE LA RÚA, Jorge, *Código penal argentino. Parte general*, 2ª edición, Ed. Depalma, 1997, p. 670, que esta declaración de responsabilidad penal "debe suponer la concurrencia de todas las condiciones de derecho penal sustantivo fundamentadoras de la punibilidad; es decir, resolver la causa del modo ordinario como se resuelven las causas penales (autoría o participación responsable en un delito punible)"

<sup>323</sup> Coincide con esta apreciación, DE LA RÚA, *Código penal (...)*, op. cit., p. 671.