

***Derecho Penal de los Jóvenes.  
Su carácter especial.  
Breves consideraciones***



**Dr. Ariel Cattaneo**

Secretario de Primera Instancia de Distrito de Menores de Casilda

## Introducción

De todos los posibles temas a elegir lo determinante para optar por este fue mi labor diaria, soy funcionario en un Juzgado Penal de Menores.

El *derecho penal minoril* entiendo que es un derecho de especialidad y es así porque lo tiñe una determinada franja de tiempo en la vida de una persona.

Es el transcurso de un tiempo y ese momento de la vida se da una sola vez.

Ese tiempo es de crecimiento, de desarrollo, de aprendizaje de falta elementos para una completa decisión.

Es necesario de esta manera determinar dicho tiempo. Las distintas legislaciones que se presentarán serán la argentina y la española.

Esto marca el gran distingo y posibilidad de especialidad. Ya que una vez determinado el factor objetivo (edad) se adquiere la mayoría de edad.

De esta manera refiero ¿es la sanción lo que el joven necesita? ¿Podemos pensar que es la misma la sanción a un joven que a un adulto?

¿La ley penal debe ser la misma?

## Sujeto de derecho: el joven<sup>1</sup>

Cada persona es distinta, no todos son iguales; sin embargo el factor objetivo de la edad da un principio en su tratamiento para generalizar y tener elementos en común, ya que pensar en el desarrollo de la personalidad (razonamiento, madurez, etc.) es muy subjetivo y no puede llevarse en cada caso concreto.

Esto se da también desde el punto de la teoría penal de hecho y no de autor, garantizando no la persecución por el solo hecho de ser un sujeto particular, sino por el hecho cometido por este.

Siguiendo esta perspectiva y desde la praxis diaria se puede entender que el joven tiene una fuerte carga en sus espaldas y que la sociedad le exige.

Así también durante largos años ha sido relegado y tratado como una NO PERSONA, sino como UN MENOR. Tal caracterización –en su definición– llevó a desigualdades y el cambio de óptica y paradigma («protección integral») comenzó desde lo más elemental<sup>2</sup>.

## Secretarios

Derecho Penal de los Jóvenes.

Su carácter especial. Breves consideraciones

No hay que dejar de entender que estos individuos *son* parte de la sociedad pero que están en camino a *sentirse* parte, a reconocerse como tales. En ese camino muchas veces se encuentran carentes de elementos que le permitan la inserción.

Destaco que en la lectura bibliográfica realizada para la confección de este trabajo, cuando se hace alusión a la sanción del joven, se habla de re-inserción. Del análisis etimológico de la palabra partimos que se re-inserta, el que estuvo alguna vez insertado. Insertado podemos pensar a aquel o aquella que pertenece, que encaja que tiene un lugar; de esta manera lo correcto sería hablar de inserción ya que la propia sociedad nunca les brinda un lugar adecuado para ubicarse.

El sentirse parte e identificado es muy importante y más para aquellos que están en dicha búsqueda; ahora bien es en esa búsqueda, se topan con el sistema penal (así es el caso de las gran mayoría de los jóvenes); *es el sistema penal el primer encuentro que ellos tienen con el estado, con la sociedad en la cual deberían estar insertos.*

Este primer encuentro, marca un grado desfavorable ya que lo primero que

obtiene, lo primero que recibe o lo que va a recibir es una sanción. Si vamos al pleno campo de la realidad material y trasladamos esta cuestión a un ejemplo práctico, ej.: pensemos en el primer beso, imaginemos que nunca dimos un beso y al momento de querer recibir ese beso recibimos en cambio un golpe. Claramente el camino a seguir posterior al golpe va a ser distinto a que si hubiésemos recibido un beso.

Atento lo que vengo desarrollando es necesario cambiar el pensamiento y ubicar al joven como sujeto de derecho como se menciona en Proyecto de Código del Menor para Argentina: «El proyecto (...) constituye al niño y al joven como sujetos de derecho en un sentido integral del término.»<sup>3</sup>

La palabra «integral» es de las más ponderadas en el necesario cambio de paradigma. Dicho término es muy amplio y su análisis desde la perspectiva del joven implicaría la totalidad de su ser.

En esta línea debemos incluir su identidad, carácter, formación, vida, vulnerabilidad, salud, educación, vínculos, valores, respeto.

Todos estos son características que adolecen al joven y que influyen en

sus decisiones. Estas decisiones se transforman en acciones y estas últimas son las que muchas veces tienen connotaciones delictivas. Este camino causal no es menor, ya que la génesis del resultado viene cargada de estas particularidades propias que el Derecho Penal no puede obviar.

Uno de los colores que tiñe la decisión del joven es que vive su vida como un «juego». De esta manera, también se ha entendido que hay un derecho al juego. Todo juego tiene consecuencias, pero como esta es la etapa donde se debe jugar, cuántas veces los efectos penales del hecho realizado tienen como matriz el juego. Y si partimos que se está «jugando», no buscamos el resultado penal. El juego debe tener alguien que explique en qué consiste y si el joven nunca tuvo o no tiene un referente que le marque las consignas, este interpretará según sus propias circunstancias, las cuáles claramente puede degenerar en el delito criminal.

Otro factor importante es poder escuchar su opinión, su declaración, qué es lo que tiene que decir. Podríamos pensar que esto vulnera el derecho de no autoincriminación, pero su declaración y la posibilidad de expresarse si es su voluntad, ese declaración debe estar

resguardada<sup>4</sup>. En la realidad de todos los días la gran mayoría de las declaraciones (por no decir la totalidad) los jóvenes asesorados por sus defensores –casi como un mecanicismo– repiten: «NIEGO EL HECHO, ME NIEGO A DECLARAR». Sin querer profundizar y desarrollar la correcta defensa, o el debido proceso, o la garantía constitucional de la no autoincriminación refiero respecto a las características propia de la edad que tratamos y que le mensaje que el proceso le está dando es que hay casos que mintiendo puedes salir indemne. Claramente su defensor le está aconsejando mentir. Si llevamos esta cuestión a un ejemplo de la realidad material social, vemos a un padre tratando de enseñar a su hijo a no mentir y cuando llega al domicilio un cobrador y es atendido por el niño, este se dirige a su padre, le refiere que hay un cobrador y el padre le indica que: DECILE QUE NO ESTOY.

Frente a dicha cuestión que aprende el joven, lo que el padre le dijo como consejo (no mientas) o lo que el padre le marco en realidad (mentí: decile que no estoy). De esta manera los mensajes transmitidos por la ley penal para el joven deben tener el tinte especial que la edad necesita.

Así se remarca esta idea con este pensamiento: «También es posible insistir en el hecho de que, ante la comisión de un delito, la declaración de impunidad y la ausencia de respuesta puede favorecer en el menor una desconfianza hacia un sistema que se perfila como incoherente porque educa a sus niños en valores de responsabilidad-responsabilización hacia sus hechos, pero cuando ha cometido un delito es declarado como no-responsable. En todo caso, parece evidente que hay que dar una respuesta adecuada y educativa a estos menores que sea diferente a la judicial, pero que también sea distinta a la típicamente protectora.»<sup>5</sup>

Quiero hacer una breve indicación a la cercanía de las instituciones alternativas que se encargan de alojar provisoriamente a adolescentes en conflicto penal.

Muchos hogares hoy se encuentran desmembrados, familias incompletas -falta de figuras referentes-, viviendas precarias, violencia familiar, padres desvinculados o des comprometidos. Frente a dicha situación, el Juez se ve frente a la necesidad de alojar en algún lugar al menor. La realidad en la provincia de Santa Fe (Argentina) muestra una falta de consideración en la figura

del joven, ya que hay una excesiva carencia de estos lugares y los que hay tienen serias dificultades en brindar seguridades para estos. Un ejemplo claro es que los lugares se encuentran muy lejos de donde viven, esto marca un desarraigo miento, falta de visitas, dificultades de adaptación. Hoy la realidad es que la distancia marca distancia y los escasísimos lugares que el Estado ofrece hacen que el joven se distancia y no se pueda respetar sus vínculos y muchos menos afianzarlos.

Con todo lo hasta aquí dicho vemos la importancia de la formación de valores y que estos lleven al respeto por la norma.

Si la ley penal, la inserción del joven en el proceso penal, la teoría del delito, la teoría de la pena y la sociedad misma no le muestra parámetros claros de valores sin contradecir ese discurso en la práctica, podremos avanzar hacia un resultado más favorable que el que tenemos y empezar resolver realmente conflictos llevando la paz social a los ciudadanos.

Ya para finalizar esta primera parte refiero sobre el riesgo social que el joven implica. El hombre no fue creado para estar solo, o bien podemos infe-

## Secretarios

Derecho Penal de los Jóvenes.

Su carácter especial. Breves consideraciones

rir que le hombre es un ser sociable. De esta manera sus actos tienen consecuencias en la sociedad, sin ser tan amplios, mínimamente refiero que influye en su sociedad, en los que lo rodean o se enteran de lo que le pasa<sup>6</sup>. El riesgo de no tener un derecho penal para el joven, va a degenerar a que el más mínimo riesgo se convierta en algo incontrolable y los parámetros que se quieren controlar se van a salir de los controles establecidos –claro ejemplo es la revuelta sufrida en Francia por los jóvenes–.

El no tratar adecuadamente y con los requerimientos que los jóvenes modernos o actuales necesitan llevan a creaciones de situaciones como ser el *bullying*. De esta manera hoy tenemos que el derecho penal sufre una presión altísima y está pagando la falta de tratamientos adecuados por parte del Estado para evitar llegar a la sanción propia. Ahora bien, llegada a la sanción no se puede dejar de tener en cuenta todo lo tratada hasta aquí. Por esto me pregunto: ¿es el derecho penal el encargado de resolver el *bullying*? ¿Puede resolver los problemas estructurales sociales? La respuesta es obvia: no. Pero no le puede ser indiferente. Por esto la especialidad de la materia minoril en el derecho penal.

### El joven como sujeto del derecho penal. Su mirada

En este punto deseo avizorar que el adolescente frente a una conducta con efectos disvaliosos penales, va a toparse con un brazo del Estado, que es el poder de policía. Frente a este se encuentra el Derecho Penal como garantía de limitar el poder y encontrar racionalidad en las medidas a tomar.

Tal Derecho Penal y siguiendo la postura finalista, tiene sus desarrollos y su teoría, en principio el tratar el análisis del delito estratificadamente. El análisis es estratificado, no el delito. Sigo el ejemplo del Dr. Zaffaroni cuando menciona que una cebra es un caballo rayado y no un caballo más unas rayas.

¿Este Derecho Penal debe ser distinto para los menores? ¿O su análisis debe ser distinto? El análisis podría devenir en más complejo aún, sería el caso en que los partícipes del mismo hecho delictivo se componen en conjunto por un menor de edad con un mayor de edad.

Con esta idea se menciona que «Existe una clara unanimidad respecto de la conveniencia de configurar la intervención penal frente a la delincuencia juvenil de *forma específica y separada* del

régimen penal de adultos, lo que permite imprimirle un carácter educativo y orientarla decididamente a la *resocialización* del menor infractor, de cara a minimizar el *riesgo de estigmatización* y mejorar la *eficacia preventiva* de la intervención penal, aspectos en que se concretan las críticas más contundentes realizadas por la Criminología especializada desde hace décadas. Es en este contexto en que se suele aludir también a la necesidad de atender en todo caso al interés superior del menor, que se erige en principio rector del derecho penal de menores y al que se suele interpretar en clave resocializadora.»<sup>7</sup>

Lo primero que se destaca en la idea de especificidad. El joven separado del adulto. Este que parece una obviedad, hoy no se marca tanto.

La provincia de Santa Fe (Argentina) tiene en la actualidad un sistema notoriamente marcado en su separación de este tratamiento, pero se toma a nivel procesal. Hoy la provincia cuenta con un código Procesal Penal que trata los procesos de los delitos para mayores y un Código Procesal Penal de Menores que trata similar caso pero con los jóvenes. La diferencia se agranda ya que los sistemas que sirven de base para ambos son antagónicos. El sistema de

mayores tiene un claro corte acusatorio y el sistema de menores un claro corte inquisitivo.<sup>8</sup>

Ahora bien lo que se plantea en el presente trabajo no es a nivel procesal, sino a nivel de la teoría del delito y de la particularidad del sujeto frente a este. Un derecho penal valorado distinto y porque no con figuras especiales para los jóvenes. No como una excepción a la regla, sino como una especialización del género.

Claro está como marca el texto que un principal grado de inflexión se da en el momento del reproche. Pensar el carácter educativo es que se pueda aprender, es pasar por un momento definitivo y mirar para atrás y poder modificar el estado de la persona en sí, que haya un cambio y que este no sea para mencionar que ahora es un experto en la materia del delito. Sino que la amarga experiencia pueda llevarlo a un cambio.

De esta manera hablo de límites y el Derecho Penal le pone un límite al joven. ¿Cuál es su objetivo? Según lo mencionado: la resocialización. Esta palabra significa muchas cosas, entre ellas, que alguien ya estuvo socializado; pero muchos casos nunca tuvieron

la chance de ingresar a la sociedad, están *asocializados*, así *se necesita socializar a quien nunca lo estuvo*.

El sentido de pertenencia se trata de encontrar, más allá de un cuadro de fútbol o una religión, es la búsqueda de la pertenencia a un grupo de personas (amigos), a un barrio, a un colegio, a una localidad, mejor dicho: con sus semejantes, con sus prójimos, sus próximos, con quien desarrolla su vida. Para los jóvenes este punto es muy importante y como quede marcado podrá determinar –en oportunidades– sus acciones. Por ello la estigmatización, afecta sensiblemente al joven.

En las localidades chicas es determinante este punto, ya que todos se conocen. Piénsese en aquel que es señalado como un delincuente desde su tierna edad, muy difícilmente podrá sacarse dicha mota de su haber y seguramente transite el devenir de sus días cargando con ese calificativo (EL DELICUENTE). En las localidades más grandes es probable que pierda protagonismo, pero reitero la idea de pertenencia a un grupo pequeño y este influye de igual manera. A esto podría sumarse un factor discriminatorio contrario a derecho, donde el color, la raza o su procedencia influyan notablemente en

el proceso de estigmatización.

Si se habla de eficacia, se habla de resultado. Un resultado se obtiene o no. Para no ser tan drástico se podría llegar a valorar a que grado de eficacia se quiere. De esta manera el resultado sería más permeable y no tan determinante, como por ejemplo la búsqueda de la verdad<sup>9</sup>.

En este momento ya menciono la palabra prevención y esta podría estar relacionada con la reprochabilidad. La finalidad es prevenir que se cometa un nuevo delito, el efecto se produce así: ya que al sufrir la pena no se querrá volver a sufrirla, por ello funcionaria como prevención. Todo esto si el joven ya pasó por la mano del Derecho Penal; en caso de que no haya pasado debería el joven observar lo que le paso a otro y por no querer pasar lo mismo no lo haría.

Ahora bien, si partimos que el sistema penal debe ser diferente para el joven, no puedo quedarme solamente con estas dos posibilidades y la prevención debe ser ahora: «eficaz». Y para que sea eficaz debe evitar el primer hecho y no el hecho ya ocurrido. Esta idea podría empezar a sonar peligrosa, de entrada **recalco** que no compatibilizo y

## Secretarios

Derecho Penal de los Jóvenes.

Su carácter especial. Breves consideraciones

estoy totalmente en contra de la teoría del derecho de autor.

Claramente podría rozar y si hablamos de estigmatización y prevención, podríamos llegar a la teoría del derecho penal de autor. Contrario a este último pensamiento, es el mío. Ahora bien la prevención debe operar durante el momento que se tiene contacto con el derecho penal y no en forma previa<sup>10</sup>.

Por lo último explicado pensar en la prevención y la teoría de autor, lo cual estaría netamente vinculado con la estigmatización; esto es impregnando de por vida un rótulo en el joven y así su inserción no sería la que lo benefició sino claramente la que lo perjudicó.

De esta manera el solo tratamiento por parte del sistema penal para el joven sin la especialización que requiere, puede brindarle el carácter estigmatizante de «delincuente». Y ese carácter obtenido en la primera edad queda para el resto de su vida, como dice el popular dicho «hazte la fama y échate a dormir». Un joven estigmatizado por el sistema penal es probable que siga mostrando las connotaciones desfavorables de este a ser por ejemplo ser un reincidente y también que el grado de conflictividad vaya en aumento, un

ejemplo es que el joven arranque con un delito menor (lesiones) y termine con uno mayor (homicidio).

Ya lo dice Beatriz Cruz Márquez cuando menciona que lo que justifica y exige configurar una intervención diferente a la prevista para el adulto que comete el mismo tipo de delito.

Creo que el minimizar el riesgo de estigmatización es muy difícil de saber de antemano. Ya que aunque sea el más mínimo, es uno. Si bien no hay situación sin riesgo, este si bien mínimo puede convertirse en uno alto.

### Legislación argentina y española

Legislación Argentina:

- Ley Nacional N° 22.278: ESTABLECE EL REGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD. Fija la edad penal mínima en dieciséis años. Entre los artículos destacados se puede mencionar, artículo primero indica la edad de no punibilidad: «No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la li-

bertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación». Artículo 3 donde habla de *protección integral*:

- Ley Provincial N° 11.452: Código Procesal Penal de Menores de la Provincia de Santa Fe. Se remite a la ley sustantiva para la calificación del menor. Solamente tienen competencia en lo penal los jueces de menores, ya que se le derogó la función civil. Es una ley del año 1997.

- Ley Nacional N° 26.061: El 28/9/2005 el Congreso Nacional aprobó a libro cerrado la «Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes» bajo el registro 26.061. Fue promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año. Esta ley que se promocionó como *modernísima*, que sería la que resolvería los problemas neurálgicos, al poco tiempo los operadores se dieron cuenta que no era tan así. En primer lugar por que contaba con un problema estructural, ya que desde su vigencia se esperó el decreto reglamentario que haga funcionar dicha norma y el segundo problema es el judicial ya que hay jueces que la aplican y otros que no. Más específico menciono, que la ley es hermosa en su contenido, pero imposible de su uso en la práctica. Entre sus críticos se es-



cucharon menciones como que es una ley para el primer mundo, es una ley para Suiza y no para Argentina. A esto se hace referencia por lo poco práctica y real para el contexto social nacional.

- Ley Provincial de Santa Fe N° 12.967/2010: Ley de protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Esta ley ratifica a la ley nacional 26.061 y marca la injerencia del Poder Ejecutivo en materia de menores no punibles.

- Código Penal Argentino: Indica la teoría del delito y de la pena. No marca diferencias en el tratamiento de mayores y menores.

Legislación española:

- «La LO 5/2000 (*Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (L.O. 5/2000)*), reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LO 5/2000) ha fijado la competencia de la justicia de menores en la comisión de delitos o faltas por las personas menores de 18 y mayores de 14 años de edad (artículo 1.1.). Con esta decisión la LO 5/2000 no sólo elevaba el límite máximo de edad de responsabilidad penal de los 16 a los 18 años, sino que también elevaba el límite mínimo para exigir responsabi-

lidad penal juvenil de los 12 a los 14 años.»... «Detrás de una decisión de tal trascendencia había importantes razones de política criminal. Así, el legislador de 2000 indicó: a) que se trataba de una exigencia de la Convención de los Derechos de los Niños; b) que los delitos cometidos por menores antes de los catorce años son poco graves; c) que se trata de una delincuencia relativamente escasa; y sobre todo, d) que esos menores pueden encontrar una respuesta igualmente adecuada en el contexto familiar y administrativo de la Protección de la Infancia.»<sup>11</sup>

En una mínima comparación, la edad mencionada en ambas legislaciones es diferente, en la Argentina tenemos una edad de 16 años donde comenzaría la punibilidad y en la española es la edad de 14 años.

Ingresando al análisis propio de la teoría del delito, indico que no es la intención la de generar toda una nueva teoría, sino que se intentan mostrar el problema. El desarrollar una teoría –lo cual este trabajo sirve de disparador o pie inicial– excede a los requisitos formales establecidos para la aprobación respectiva.

Esta muestra –como ya se pudo apre-

ciar– es desde el pleno plano de la realidad material. De esta manera intento dar una fotografía de lo que ocurre y no teorizar por el solo fin de cumplir con un trabajo de especialidad.

### La conducta: desde la óptica del joven

Desde la doctrina argentina y siguiendo al Dr. Zaffaroni éste destaca que «el poder punitivo selecciona personas y la conducta es sólo el pretexto con que opera.»<sup>12</sup>. Cabe mencionar que dicha conducta debe estar relacionada con la voluntad de la persona. Así mismo esa conducta transmitida en una acción concreta debe generar un conflicto. Este conflicto debe ser con trascendencia penal.

El camino explicado resulta claro. Pero su análisis puede presentar particularidades.

El poder punitivo es distinto al derecho penal (ya se ha mencionado con anterioridad), pero no debe pasar desapercibido la injerencia de la búsqueda de personas, personas individualizadas, con particularidades y que no es necesario para nada la conducta. Esto nos quiere decir que lo que primero



## Secretarios

Derecho Penal de los Jóvenes.

Su carácter especial. Breves consideraciones

que observamos es una persona y de ahí el problema de la estigmatización y de ahí el problema de la teoría del derecho de autor. Primero veo la persona y luego le adjudico la conducta. La óptica del trabajo parte de la tesis contraria, ya que lo que primero observo es el hecho, la conducta, pero en este caso en particular la conducta no puede prescindir de la especialidad de la persona. La visión ahora es compuesta. El derecho penal debe ver esa conducta con lentes especiales. Lentes fabricados e inmersos por la característica del sujeto JOVEN.<sup>13</sup> Como indicativo esta posibilidad que planteo está en total concordancia con la teoría finalista, ya que es la valoración de la conducta lo que los lentes hacen ver distinto. El grado de valoración es lo que también le da especialidad a la materia.

Conforme al art. 10 CPE «Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley» de esta manera el Prof. Eduardo Demetrio Crespo refiere se de este concepto se puede extraer que se requiere un comportamiento humano jurídico-penalmente relevante dirigido por la voluntad de forma dolosa o imprudente.<sup>14</sup> El comportamiento debe estar dirigido por la voluntad. Las personas humanas tienen una singular característica

universal y es que no son iguales. Y si son iguales, no siempre son iguales. Hay un cambio, hay un devenir. Imaginemos en el momento del tiempo del joven que es cuando más cambios tienen y cuando más tienen o a parecerse sin saber qué es lo que quieren tener de parecido. De esta manera el comportamiento difiere muchísimo según la edad de la persona. El adulto si bien debería ser constante, su propia naturaleza se lo impide, el joven mucho más todavía.

Ahora pensemos en la voluntad. Un adulto ha pasado por un período de su vida que le ha dejado aprendizajes, entre estos a saber que cualquier acción que realice produce efectos y estos tienen consecuencias. Los jóvenes no miden todo este proceso. La voluntad muchas veces se encuentra determinada. Los amigos, sus dudas, el miedo, el qué dirán los demás, la necesidad de pertenecer toman una fuerza especial en ellos. Bien podría pensarse, el ladrón adulto también quiere tener otro estatus de vida y por eso roba. Pero el adulto tuvo o tiene la posibilidad de entender lo que está haciendo. El entender todo el proceso descrito es mucho más complejo para el joven.

Siguiendo a WELZEL en su lineamien-

to final de acción, esta «consiste en el ejercicio de una actividad finalista. La finalidad o el carácter finalista de la acción se basa en que el ser humano, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarle, por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan a la realización de estos fines.»<sup>15</sup> Quien continúa manifestando que «La espina dorsal de la acción finalista es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal».

Es justamente esa previsión la cuál carecen los jóvenes. Un caso muy concreto y se marca por lo obvio es cuando un niño no conoce la electricidad y si bien ya le fue indicado por los mayores que tocar un enchufe le va a traer malos resultados, su decisión carece de previsión de las consecuencias de meter los dedos en el enchufe. El mayor en todo caso lo hará queriendo obtener dicho resultado o el resultado será imputado por ser negligente o imprudente.

### El tipo. Los posibles errores

Continuando con la postura hasta aquí marcada, el análisis del delito en for-

ma estratificada, tiene la virtud particular de que debe determinarse en cada uno de sus capas por un análisis particular de la situación que incumba.

De esta manera podría entenderse que no es necesario el distingo de la clase por edad y que simplemente con su valoración particular en cada caso en concreto alcanzaría.

La línea de la especialidad determina que es necesario centrar un parámetro general para los jóvenes en primer lugar y posteriormente si detenerme en la particularidad.

En la figura del tipo se pretende que «El análisis de la tipicidad (o sea, de la adecuación de la acción al tipo) no puede ser puramente descriptivo, sino que debe ser también (y esencialmente) valorativo».<sup>16</sup>

La valoración elimina todo tipo de rigidez y abre la puerta para la teoría que menciono.

Encuadrar la conducta a la ley es punto de valoración. En si la persona a través de su conducta realiza el tipo y viola la norma.

De esta mención se debe destacar que

dicha conducta «valorada» puede caer en un error.<sup>17</sup>

En general, son susceptibles de constituir un error de prohibición, cuya evitabilidad habrá de ser valorada teniendo en cuenta las peculiaridades propias de la adolescencia –impulsividad, irreflexión, experimentación directa de los límites de las normas sociales–, las circunstancias siguientes: 1) La especial complejidad de la norma penal o su lejanía respecto del entorno vital del menor, bien por tratarse de hechos que tienen su origen en conductas infantiles y propias del juego entre iguales, por contener el tipo delictivo algún elemento que no sea significativo para el menor, o por proteger bienes jurídicos cuyo contenido resulta sumamente ambiguo. 2) La concurrencia de un error de prohibición indirecto por falta de proporcionalidad del medio utilizado o ponderación errónea del bien jurídico amparado por la causa de justificación, dada la reducida capacidad del menor y del joven tanto para valorar la globalidad, como para percibir y estimar otras posibilidades de actuación distinta a la que se presenta como más fácil e inmediata. 3) La presencia de una situación de conflicto cultural.<sup>18</sup>

Esta postura abre el juego a que los

errores de tipo puedan jugar en forma especial en los jóvenes y que no sean estáticos como se describe en la teoría finalista, sino que la dinámica propia de la edad permita analizar si es necesario utilizar una más amplia gama de posibilidades.

Hay que recordar que en esta etapa es cuando uno más incertidumbres tiene y es más propenso a carecer de la posibilidad de conocimiento final.

### **Antijuridicidad. Causas de justificación**

Dos son los principales elementos que hacen que una conducta pueda estar justificada, o por así decir los pilares de donde pueden derivar las restantes causas. Estas dos son la legítima defensa y el estado de necesidad.

Las preguntas disparadoras para este estadio sería: ¿Está la posibilidad de que existan permisos especiales para justificar la conducta? ¿Las concesiones tradicionales deben ser valoradas en forma especial en el caso de los jóvenes?

Para intentar dar un comienzo a la respuesta de estas preguntas (y que no se acabará en este trabajo) se trae el

## Secretarios

Derecho Penal de los Jóvenes.

Su carácter especial. Breves consideraciones

pensamiento de que «el menor puede haber desconocido el carácter prohibido de su conducta; desconocimiento que determinará, en los casos en que se considere inevitable, la ausencia de responsabilidad penal. Si bien no se trata de que el menor conozca la norma concreta infringida por su comportamiento, sí es necesario algo más que la sensación de que se trata de algo inmoral o indecente, lo que exige que esté incorporada en su entorno vital y que el bien jurídico protegido no sea desconocido para él.»<sup>19</sup>

La incorporación de bien o mal es difícil de determinar. De la presuposición o del resultado podemos realizar dicha inferencia. Si a esto le sumamos la potenciación de las circunstancias en los jóvenes, como ser la necesidad de obtener «justicia», la inocencia, la confrontación, la necesidad de destacarse, la idea de que nadie se entere, la falta de medidas de consecuencias entre otras, hacen que la captación de entendimiento del porqué a determinada conducta, sea distinta.

Sin llegar a analizar cada causal de justificación en particular, pero deteniendo en el detalle de lo legítimo de la defensa y la diferencia de esta con defensa necesaria, vemos que este grado

podría no llegar a desarrollarse en el joven y por ello se entraría en una «especial valoración» a la hora de aplicar o no la figura.<sup>20</sup>

### La reprochabilidad

La última esfera de análisis es la más comprometida de todas. Se llega a un momento determinado en donde la edad juega un factor preponderante al momento de decidir la habilitación o no de castigo y en su caso la cuantía de este.

«Aun cuando exista un injusto o ilícito penal (acción típica y antijurídica), lesiona cualquier criterio de mínima racionalidad la pretensión de que el poder punitivo se habilite respecto del agente, cuando no se le pueda reprochar que en el contexto en que actuó no haya obrado de otro modo no lesivo o menos lesivo, sea porque actuaba con la conciencia seriamente perturbada, porque estaba en error invencible sobre la antijuridicidad de su conducto o porque las circunstancias hacían que no sea razonable exigirle otra conducta. Este juicio de reproche personalizado se llama culpabilidad.»<sup>21</sup>

La posibilidad de entendimiento de la

conducta y la posibilidad de comprender lo disvalioso del accionar es lo que se reprocha.

El caso de la persona que siempre comete el delito de robo, seguramente no incorporó que robar está mal, pero esto no significa que no le será reprochable.

El elemento es –como dije– la «posibilidad de entender o comprender». En un mayor, su camino de aprendizaje ya fue recorrido, ahora en un joven que está dentro del margen de posibilidad de entender o no es totalmente distinto.

Como primer interrogante señalo que la reprochabilidad está sujeto a dicha posibilidad y que en el joven no se internaliza igual que el adulto.

El juez no puede ser indiferente a la especialidad y de esta manera se piensa que «Desde el punto de vista de un derecho penal reductor o contentor del poder punitivo, el delito no es un concepto que se compone sumando elementos, sino un doble juego de valoraciones acerca de una acción humana, que en cada caso la pretensión de ejercicio del poder punitivo debe superar, para que los jueces pue-

dan habilitar su paso en determinada cantidad y forma.»<sup>22</sup>

El momento del castigo es un momento determinante. Se puede explicar todo lo que estuvo mal, pero hasta que no se señala la consecuencia y lo que debe afrontar una persona no se llega a captar el total de la dimensión de la conducta realizada. Esto es el ejemplo de que un padre reta al hijo, pero el hijo capta todo lo que se le dijo recién cuando se le prohíbe jugar con sus juguetes preferidos o se le impide ver la televisión o usar el celular.

A este punto debe sumársele cuando el castigo es necesario que los demás lo vean, como ser el hermano del niño castigado.

Refiero que los el Derecho no es aislado y todos los operadores del mismo son observados y de esta manera el castigo puede verse influenciado por factores externos que hacen que se desnaturalice o no cause el efecto deseado. Ni hablar cuando se utiliza en campañas políticas. «Por un lado se presenta la tradicional respuesta asociada a los enfoques abiertamente represivos que reclaman el endurecimiento del sistema penal.

Está fuera de discusión para los penalistas académicos en cualquier país del mundo que no se puede discutir un endurecimiento del sistema penal como respuesta a la comisión de un delito grave con repercusión mediática ni a poco tiempo de una elección porque convierte la discusión de la ley en una herramienta de campaña política y no en una herramienta para mejorar la vida de la gente en general. En la Argentina, en particular, la última iniciativa aprobada luego de la ocurrencia de un hecho gravísimo presentó el tema como la satisfacción de la agenda propuesta luego del caso «*Blumberg*» que provocó diversas reformas orientadas al endurecimiento del Código Penal (varias de las cuales fueron declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia ya que en aquella oportunidad se reclamó la rebaja de la edad de imputabilidad pero no se la concretó)».<sup>23</sup>

Por último se debe pensar en la necesidad de la pena y su cuantía. ¿Debemos sancionar penalmente? ¿Debe ir a una cárcel o centro de detención especial? ¿Durante cuánto tiempo?

El castigo en la actualidad está sufriendo críticas y uno de sus problemas es que duran, duran en el tiempo. Y el tiempo estimado puede ser abusi-

vo. Se observa en muchos casos que apenas se aplica el castigo se obtiene el aprendizaje querido y no es necesaria la continuación de lo decidido y por ello la urgencia de la modificación.

El castigo, la pena, tiene un efecto sustancialmente diferente en el joven que en el adulto. Más allá que el adulto debe obtener un reproche, el joven debe obtener una enseñanza. La finalidad de ambos es totalmente distinta.

«El Anteproyecto también reconoce la especialidad en el art. 331, al definir una finalidad específica, sostenida sobre razones de prevención especial positiva presentes en las normas internacionales, para el proceso penal seguido contra menores imputables: «La sustanciación del proceso, y en su caso la ejecución de la pena o medida de seguridad que se aplique a un menor de edad, buscará contribuir a la solución del conflicto generado por el hecho materia de juzgamiento y a la reinserción del aquél en su núcleo familiar y comunitario. Para el logro de tales fines el menor imputado de delito será tratado de manera acorde con su edad, facilitando su participación activa durante los trámites del proceso como modo de ejercitar legítimamente sus derechos y buscando que el juicio,

## Secretarios

Derecho Penal de los Jóvenes.

Su carácter especial. Breves consideraciones

y eventualmente la pena o medida de seguridad que se le aplique, fortalezcan su respeto por los derechos humanos y por las libertades fundamentales de los demás».<sup>24</sup>

¿El Derecho Penal debería ser como un padre entonces? ¿Debería suplir todo lo que la sociedad o el Estado no pudieron dar en forma previa a su contacto con el delito? La respuesta es claramente que NO.

«Asimismo, el procedimiento para exigir la responsabilidad penal de los menores es, en definitiva, una variante del procedimiento abreviado regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRim), eso sí, con las peculiaridades propias que presenta la jurisdicción de menores en el ámbito procesal. Por ello, y aun cuando la LORPM alude de una manera un tanto eufemística a «medidas» de carácter «sancionador-educativo», en realidad se trata de consecuencias jurídicas que materialmente tienen la naturaleza de penas, ya que dichas medidas, por mucho carácter educativo que se predique de ellas, constituyen en todo caso reacciones penales y sanciones por un hecho delictivo cometido, razón por la que subliminalmente subyace en las mismas un cierto matiz puniti-

vo, como claramente se vislumbra en el caso de la medida de internamiento en régimen cerrado. Puede decirse entonces que el Derecho penal de menores es un Derecho penal especial y, al mismo tiempo, un sector integrante del Derecho penal.»<sup>25</sup>

## Conclusión<sup>26</sup>

En la mayoría de artículos reseñados o bibliografía leída se resalta la necesidad de seguir progresando en medidas que sirvan para el abordaje de esta problemática. Me pregunto ¿no pasa lo mismo en todo el Derecho?

A las frases hechas, a las esperanzas de futuro, hay que corresponderle con presente. Desde los que estamos en la praxis diaria hemos aprendido a resolver problemas con las herramientas que tenemos y muy importante es no perder mínimamente dichas herramientas y que el principio nace desde el reconocimiento de lo que es esta especialidad que no se determina solamente por poner un juez especializado, sino un sistema protegido por un proceso consciente del sujeto que trata y que es totalmente distinto al resto de la sociedad que supuestamente integra.

La especialidad debe centrarse en una ley penal que determine pautas objetivas para los jóvenes. Un sistema de determinación de responsabilidad que sea educativo, socializador y capacitador. No carente de reprochabilidad, no elusivo para el menor, no confiado en instituciones gubernamentales, sino reales.

La particularidad del sujeto tratado («el joven») hace que la mirada del Derecho Penal sea diferente. La especialidad no se determina exclusivamente por un juez especializado,<sup>27</sup> sino que también tiene una óptica y valoración considerablemente particular.

No se trata de torcer una balanza y que favorecer en total medida a estas personas, sino entender sus realidades y en consecuencia actuar. ■

## CITAS

<sup>1</sup> En este trabajo utilizaré frecuentemente la palabra JOVEN. Este término se referirá comprendiendo a hombres como mujeres, como a cualquier persona que transite por la edad de la niñez y adolescencia hasta llegar a los 18 años. Elegí este término porque a mi entender resulta no nocivo ni tóxico. De igual manera a como se hace referencia a la palabra HOMBRE, entendiendo a la raza humana. De esta manera elijo JOVEN y precedida por el artículo EL, con la misma referencia ya aludida.

<sup>2</sup> Al mencionar lo más elemental, hago referencia a la definición de la persona en este franja etaria. Antes siempre se lo trató o definió como MENOR, actualmente se intenta cambiar dicha referencia a: NIÑO, NIÑA y ADOLESCENTE.

<sup>3</sup> Extractos del punto 8 de las Conclusiones de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código del Menor incluido en el Mensaje 535 del Poder Ejecutivo nacional Enviado al Congreso el 29/4/1988, casi dos años antes de la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

<sup>4</sup> El resguardo se debe hacer en forma previa, donde luego de una conversación, el adulto pueda verse en sintonía, puede haber tenido la certeza suficiente de que realmente pudieron comunicarse. Hoy en día comunicarse con un joven no es fácil, ya que en muchos casos pre-

sentan un lenguaje de resistencia (propio de la edad y que impide que los adultos lo entiendan). De esta manera, el adulto que resguarda dicha declaración debe velar por sentirse conectado en el dialogo, que haya un ida y vuelta y luego de que hayan comprendido ambos que la comunicación se dio y el menor entiende la situación, pueda manifestar su voluntad.

<sup>5</sup> El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años. María José Bernuz Beneitez Universidad de Zaragoza. Esther Fernández Molina Universidad de Castilla-La Mancha. Fátima Pérez Jiménez Universidad de Málaga. Material otorgado por la especialización.

<sup>6</sup> Mucho más profundo es analizar el tema de cómo influyen las redes sociales en los jóvenes y como los determinan a tener ciertas actitudes nocivas.

<sup>7</sup> PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR: UNA NECESARIA REVISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ADOLESCENTE. Beatriz Cruz Márquez. Material aportado por la especialidad. Las letras en italic fueron destacadas por mi parte.

<sup>8</sup> La provincia en la actualidad cuenta con varios proyectos para un nuevo Código Procesal Penal de Menores con la finalidad de su agiornamiento al sistema acusatorio.

## Secretarios

Derecho Penal de los Jóvenes.

Su carácter especial. Breves consideraciones

<sup>9</sup> Trabajar con verdades en derecho es casi imposible. Por ello se busca la verosimilitud. Se llama también verdad procesal.

<sup>10</sup> Lo posterior sería igual que el derecho penal de mayores. A saber: no volver a hacerlo y que los demás vean que el castigo recibido no es que se quiere para uno.

<sup>11</sup> El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años. María José Bernuz Beneitez Universidad de Zaragoza.

<sup>11</sup> Esther Fernández Molina Universidad de Castilla-La Mancha. Fátima Pérez Jiménez Universidad de Málaga. Material otorgado por la especialización.

<sup>12</sup> Manual de Derecho Penal. Parte General. Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. Editorial Adiar. Pág. 292. Edic. 2da.

<sup>13</sup> Este punto analizado y comparado por la teoría finalista excede el presente el trabajo.

<sup>14</sup> Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito. Crespo, Martínez y Matellanes Rodríguez. Edit. Iustel. 2º Edición.

<sup>15</sup> Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito. Crespo, Martínez y Matellanes Rodríguez. Edit. Iustel. 2º Edición.

<sup>16</sup> Manual de Derecho Penal. Parte General. Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. Editorial Adiar. Pág. 292. Edic. 2da.

<sup>17</sup> Sin ánimo de ser reiterativo, indico que solamente se hace mención a los fines de dar coherencia y cohesión al trabajo, pero sería necesario ampliar cada idea para dar un acabado análisis final. Cuestión que excede a lo requerido en este momento de producción.

<sup>18</sup> PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR: UNA NECESARIA REVISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ADOLESCENTE. Beatriz Cruz Márquez. Material aportado por la especialidad.

<sup>19</sup> PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR: UNA NECESARIA REVISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ADOLESCENTE. Beatriz Cruz Márquez. Material aportado por la especialidad.

<sup>20</sup> Caso: un señor mayor que no puede moverse y que tiene una escopeta. Se encuentra en su patio y observa que un chiquito le saca manzanas de su árbol. Este señor no puede llegar a detener el accionar con sus manos, de esta manera decide tirarle un tiro a los fines de que no le saque más manzanas. Vemos en este ejemplo que si bien la defensa es necesaria, no sería legítima y por lo tanto dicha conducta no estaría amparada en una causal de justificación. Este ejemplo llevado al campo del joven

donde carece de posibilidad de observación en el distingo de legítimo y necesario.

<sup>21</sup> Manual de Derecho Penal. Parte General. Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. Editorial Adiar. Pág. 293. Edic. 2da.

<sup>22</sup> Manual de Derecho Penal. Parte General. Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. Editorial Adiar. Pág. 293. Edic. 2da.

<sup>23</sup> Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la Argentina. Autor: Beloff, Mary Publicado en: DPyC 2013 (diciembre), 02/12/2013, 125. Cita Online: AR/DOC/4226/2013

<sup>24</sup> El Anteproyecto de Código Procesal Penal elaborado por la Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal creada por decreto presidencial en el año 2007 para actuar en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos incorpora reglas relacionadas con la justicia penal especializada para menores de edad.

<sup>25</sup> ¿SUPRESIÓN, MANTENIMIENTO O REFORMULACIÓN DEL PENSAMIENTO EDUCATIVO EN EL DERECHO PENAL JUVENIL? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley Penal del Menor. Miguel Ángel Cano Paños. Investigador Ramón y Cajal. Universidad de Granada. Material Proporcionado en la especialidad.



<sup>26</sup> A los fines de cumplimentar con el trabajo, se hace alusión que durante el desarrollo se fueron haciendo previas conclusiones o indicaciones que no vale traer a este momento final, ya que sería la repetición de lo escrito. Esto es así ya que toda esta investigación y desarrollo parte de la base de una casi total de autoría propia de quien lo realiza sin llevar de citas o reiteraciones.

<sup>27</sup> La especialización de un juez es fundamental para operar en este sistema de jóvenes.