

M. Y OTROS CONTRA ARGENTINA: UNA TENUE LUZ EN EL CAMINO¹

M. AND OTHERS VS. ARGENTINA: A DIM LIGHT ON THE ROAD

Recibido: 19/07/2020 – Aceptado: 06/06/2020

David Gabriel Rodríguez Infante²

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo
Poder Judicial de la Nación
david.r.infante@gmail.com

1 El presente trabajo es resultado del Proyecto 06/E059 “Decisiones Fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, financiado por la Secretaría de Ciencia, Técnica y Posgrado de la Universidad Nacional de Cuyo.

2 Egresado de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Cuyo. Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco y la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural. Relator del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mendoza N° 2.

Resumen

En el presente artículo se realiza un análisis crítico de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “M. y otros contra Argentina”, la cual resulta imprescindible para repensar el sistema de justicia penal juvenil. A partir de ella se lleva a cabo un breve repaso por las decisiones judiciales de los tribunales argentinos que dictaron penas de prisión/reclusión perpetua a niños con anterioridad a la decisión de la Corte Interamericana. Además, se abordan los avances y retrocesos jurisprudenciales en la materia. Finalmente se incluyen reflexiones, donde se retoman las críticas realizadas al fallo del tribunal interamericano a la luz de la reciente jurisprudencia.

Palabras clave: Derechos de niños, niñas y adolescentes; Adultocentrismo; Prisión perpetua; Sistema de justicia penal juvenil; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

This article makes a critical analysis of the judgment of the Inter-American Court of Human Rights “M. and others against Argentina”, which is essential to rethink the juvenile criminal justice system. Based on it, a brief review is carried out of the judicial decisions of the Argentine courts that issued prison sentences / life imprisonment for children prior to the decision of the Inter-American Court. In addition, jurisprudential advances and setbacks on the matter are addressed. Finally, reflections are included, where the criticisms made of the ruling of the Inter-American court are taken up in the light of recent jurisprudence.

Keywords: Rights of children and adolescents; Adult centrism; Perpetual prison; Juvenile criminal justice system; Inter-American Court of Humans Rights.

Sumario

1. M. y otros contra Argentina
2. Antecedentes
3. Avances en la materia
4. Retrocesos
5. Reflexiones finales
6. Bibliografía

1. M. y otros contra Argentina³

El presente trabajo tiene por objeto mostrar el diálogo entre los tribunales de la República Argentina y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) en materia penal juvenil. En concreto, se buscará analizar si los tribunales nacionales han seguido los estándares fijados por el SIDH en el caso “M. y otros contra Argentina”. De este modo se verá una arista del control de convencionalidad.

El punto de partida será el análisis de la sentencia dictada el 14 de mayo de 2013 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o tribunal interamericano) en el caso “M. y otros contra Argentina”. Allí el tribunal interamericano declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por haber condenado a prisión perpetua a cinco personas por delitos cometidos cuando eran niños, siendo dos de ellas dictadas por tribunales mendocinos⁴.

Además, una de las víctimas del caso, R.D.V.F., no sólo fue condenado a prisión perpetua sino que falleció mientras se encontraba cumpliendo la pena dentro del Complejo Penitenciario II “San Felipe” de la provincia de Mendoza,

3 Corte IDH, Caso M. y otros vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf

4 Argentina fue declarada responsable por haber violado los artículos 1.1, 2, 5.1, 5.2, 5.6, 7.3, 8.1, 8.2.h), 19 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos Como así también por la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

episodio que nunca fue debidamente investigado en virtud del reiterado archivo de la causa⁵.

Sin dudas el caso “M. y otros contra Argentina” significó un antes y un después para el régimen de responsabilidad penal juvenil por dos grandes razones. La primera de ellas, es que generó una ostensible baja en la cantidad de prisiones/reclusiones perpetuas dictadas a niños, y la revisión de las que ya habían sido dictadas. La segunda, es que del análisis jurídico efectuado se sentaron los lineamientos generales para diagramar los sistemas de justicia penal juvenil.

Sin perjuicio de ello, se verá que el fallo del tribunal interamericano ha sido insuficiente para lograr una profunda transformación en el sistema de justicia penal juvenil, en parte, por los propios déficits de la sentencia “M. y otros contra Argentina” –los cuales serán abordados en el presente acápite–, y en parte, por la escasa receptividad que tuvo en algunos tribunales locales. En tal sentido, se puede ver la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes (en adelante STJC) en el caso C.N.G.⁶ del año 2017, en la cual se impuso una pena de prisión perpetua a un joven.

En virtud de ello, se verá que resulta imperiosa la sanción de una ley que materialice una profunda transformación en la justicia penal juvenil. Dicha ley deberá contener los valiosos aportes jurídicos realizados por la Corte IDH como así también algunas otras reformas que se abordarán a lo largo del presente texto.

Antes de iniciar el examen de la sentencia “M. y otros contra Argentina” y a los fines un mejor entendimiento del objeto de estudio, corresponde realizar un acercamiento preliminar a la doctrina del control de convencionalidad.

Se debe recordar que el término fue utilizado por primera vez en votos

5 Corte IDH, Caso M. y otros vs. Argentina. Op. cit., párr. 116/125.

6 STJC. RECURSO DE REVISION INTERPUESTO POR EL SR. DEFENSOR OFICIAL DE CAMARA DR. JOSE NICOLAS BAEZ A FAVOR DE SU DEFENDIDO C. N. G. EN AUTOS: E., E. I.; B., Y. M., B., C. C. A., S., A. M., G., C. N., A., J. C., A., O. O., S., F. R. Y L., P. M. P/ HOMICIDIO TRIPLEMENTE CALIFICADO POR HABERSE COMETIDO CON ENSAÑAMIENTO, ALEVOSÍA Y CON EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS EN CONCURSO REAL CON EL DELITO DE ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, Y CON EL DELITO DE PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD-MERCEDES- EXPTE. PII 14836/6. Sentencia dictada el 4 de mayo de 2017.

del ex juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez⁷. Sin embargo se lo hizo con un sentido distinto al que tiene en la actualidad.

Ahora bien, el concepto tal y como se lo conoce en estos días, surgió en el fallo Almonacid Arellano y otros contra Chile⁸. A partir de aquel momento, se desarrolló y amplió su alcance y sin lugar a dudas se convirtió en uno de los pilares del SIDH.

En este orden de ideas, puede decirse que el control de convencionalidad es aquella obligación que pesa sobre jueces y órganos vinculados a la administración de justicia de cada Estado que ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) consistente en ejercer un control de oficio para que las normas internas y los actos estatales sean compatibles con lo establecido por la CADH y la interpretación que de ella hace la Corte IDH. En tal sentido, véase lo dicho recientemente por la Corte IDH en el caso Órdenes Guerra y otros contra Chile⁹.

Una vez dada una idea preliminar respecto del control de convencionalidad, corresponde comenzar el abordaje del fallo “M. y otros contra Argentina”. Entre los puntos valiosos del caso se rescatan: 1) establecer y desarrollar los principios que deben regir la aplicación de penas privativas de la libertad impuestas a niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA); 2) determinar la incompatibilidad entre la prisión perpetua y la finalidad de reintegración social que prima en la justicia penal juvenil y 3) categorizar a las penas absolutas como tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El primero de los valiosos aportes hechos por la Corte IDH fue establecer que:

“... la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales,

7 Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

8 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

9 Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018, Serie C No. 371, párrafo 135.

no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños¹⁰.

Para arribar a dicha conclusión el tribunal interamericano señaló los principios que deben regir al aplicar penas privativas de la libertad a niños. Así indicó que las mismas deben ser: 1) de ultima ratio y de máxima brevedad, que en los términos del artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), significa que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda, 2) delimitadas temporalmente desde el momento de su imposición, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve posible, ello implica que las penas privativas de la libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños y 3) revisadas periódicamente, esto es, que si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada, debiendo ser la posibilidad de puesta en libertad realista y objeto de examen periódico¹¹.

En este orden de ideas, la Corte IDH también remarcó que:

“... la prisión y reclusión perpetua, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de reintegración social de los niños. Por el contrario implican la máxima exclusión del niño de la sociedad”¹².

En términos similares ya se habían pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y el Comité de los Derechos del Niño. La primera estableció que:

10 Corte IDH, Caso M. y otros vs. Argentina. Op. cit., párr. 163.

11 *Ibidem*, párr. 162.

12 *Ibidem*, párr. 166.

“... la prisión perpetua para niños menores de 18 años no permite alcanzar los objetivos de las sanciones del sistema de justicia juvenil, tales como la rehabilitación y reintegración del niño a la sociedad”¹³.

Por su parte el Comité de los Derechos del Niño recomendó:

“... la abolición de toda forma de cadena perpetua por infracciones a las leyes penales cometidas por personas menores de 18 años”¹⁴.

Otro de los aportes a resaltar es la categorización de las prisiones perpetuas a niños como tratos crueles, inhumanos y degradantes. La Corte IDH haciendo alusión a lo dicho por su par europeo, afirmó que:

“... las penas consideradas radicalmente desproporcionadas¹⁵, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas se encuentran bajo el ámbito de aplicación que contienen la prohibición de tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes”¹⁶.

A fin de fundar dicha afirmación, el tribunal interamericano analizó el impacto que dichas condenas produjeron en los niños víctimas del caso. En consecuencia, indagó sobre lo que vivenciaron los niños cuando supieron que iban a ser condenados a penas de más años que los que llevaban vividos. Conforme lo indicó la perita, los jóvenes expresaron, que:

“... se sintió muerto en vida [...] que se le acababa la vida en el

13 CIDH. Informe Temático “Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil en las Américas”, 2011, párr. 364.

14 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°10. Los derechos del niño en la justicia de menores. 25 de abril de 2007, pág. 23.

15 La Corte estableció que el “principio de proporcionalidad” implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad. Corte IDH, Caso M. y otros vs. Argentina. Op. cit, párr. 151.

16 Corte IDH, Caso M. y otros vs. Argentina. Op. cit., párr. 174.

momento en que se enteró que pasaría el resto de su vida en la cárcel”; “ya no le importaba nada y comenzó a comportarse mal y a drogarse”; “lo estaban matando en vida, que no tenía un camino, nada, es como que [...] iba a morir en la cárcel”; “que los condenados a perpetua eran mugre, que estaban condenados a lo peor”.

Incluso uno de ellos llegó a pedir la eutanasia¹⁷.

En virtud de lo expuesto, la Corte IDH concluyó que la desproporcionalidad de las penas impuestas y su alto impacto psicológico constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes¹⁸. Como consecuencia de lo señalado, se ordenó al Estado que asegure que no se vuelvan a imponer penas de prisión o reclusión perpetua tanto a las víctimas del caso, como a toda otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad¹⁹.

También el tribunal interamericano declaró que la ley 22.278, la cual continúa vigente en la actualidad, no se adecúa a la CADH²⁰. Lo mismo dispuso respecto de la normativa que regula el recurso de casación²¹.

Ahora bien, remarcados los inestimables aportes de la Corte IDH, se señalarán las falencias de la sentencia “M. y otros contra Argentina”. Entre dichos déficits se encuentran: 1) la escasa profundidad al tratar el principio de especialización, 2) la ausencia de referencias claras y específicas a dos temas que atañen a la justicia penal juvenil como lo son el sistema tutelar y las altas penas que se imponen con habitualidad, 3) no reservar la identidad de las víctimas del caso 4) no tomar medidas que permitiesen que NNyA ocupen el rol protagónico y en consecuencia apartarse de un paradigma adultocéntrico.

Respecto del principio de especialización, el tribunal interamericano se limitó a conceptualizarlo pero no profundizó en su impacto en el sistema de justicia penal juvenil. En efecto, si bien la Corte IDH sostuvo que “conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de

17 *Ibidem*, párr. 182.

18 *Ibidem*, párr. 183.

19 *Ibidem*, párr. 327.

20 *Ibidem*, párr. 298.

21 *Ibidem*, párr. 303.

justicia especializado en **todas las fases del proceso**²², lo cierto es al analizar los hechos del caso no siguió dichos parámetros toda vez que no declaró como violatorio de la CADH la unificación de penas realizada a S.C.R.C por la Quinta Cámara del Crimen de la provincia de Mendoza, tribunal sin formación en materia de niñez.

Sin lugar a dudas, la especialización que debe regir en la justicia penal juvenil, impide que un tribunal no capacitado en la materia proceda a la unificación de penas, la cual no consiste en una mera suma aritmética.

Por otra parte, el tribunal interamericano sólo analizó el doble conforme siguiendo los parámetros fijados en el fallo Herrera Ulloa contra Costa Rica²³ y no estableció que los tribunales de segunda instancia, en razón del principio de especialización, deben estar integrados por jueces con formación en materia penal juvenil. Como corolario, tampoco ordenó medida de reparación alguna para que el Estado argentino diagramase su organización judicial a fin de respetar el principio de especialización en la segunda instancia.

Asimismo, la Corte IDH desaprovechó la oportunidad para realizar algún tipo de mención respecto de la imposición de penas privativas de la libertad “altas” que no son prisiones perpetuas pero que ocasionan consecuencias similares y abundan en el sistema de responsabilidad penal juvenil argentino. También desperdició la ocasión para referirse al sistema de justicia penal juvenil de carácter tutelar, propio del paradigma anterior a la entrada en vigencia de la CDN que consideraba a los “menores como objeto de protección”.

Otro de los errores que se advierte en el fallo de la Corte IDH es no haber preservado la identidad de los niños víctimas del caso. Nótese que el principio de reserva impone la necesidad de resguardar la intimidad y la vida privada del adolescente y prohíbe la difusión de cualquier información que permita identificar a un adolescente que haya cometido un delito. En efecto, el artículo 40.3.b.vii de la CDN establece que se respetará plenamente la vida privada del niño en todas las fases del procedimiento²⁴.

22 *Ibidem*, párr. 146. Destacado por el autor.

23 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

24 LEONARDI, María Celeste, Justicia penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires [en línea], Revista Anales

Finamente se debe remarcar el paradigma adultocentrico sobre el cual la Corte IDH ha tomado la decisión. Para mayor claridad se dará una aproximación al referido paradigma para luego realizar una crítica constructiva al SIDH. El adultocentrismo implica:

“... relaciones de dominio entre clases de edad que se han venido gestando a través de la historia, con raíces, mutaciones y actualizaciones económicas, culturales y políticas, y que se han instalado en los imaginarios sociales, incidiendo en su reproducción material y simbólica. Esas tensiones y conflictos han sido resueltos desde el mundo adulto hegemónico, por medio del empleo de fuerza física, cuerpos legales, normativas, políticas públicas, dispositivos educativos (domesticadores) y discursos auto-referidos como científicos, en un proceso acumulativo de mecanismos que profundizan, acentúan y garantizan las condiciones de desigualdad y dominación”²⁵.

Bien señalan Morales y Magistris que “la historia oficial de los derechos de la niñez y adolescencia ha sido protagonizada por polítixs profesionales, funcionarixs, intelectuales (todxs adultxs)”²⁶. Incluso la CDN fue concebida bajo estos parámetros –se aclara que con la presente crítica de ningún modo se pretende negar el inmenso avance que con ésta se produjo.

En virtud de lo expuesto, no puede soslayarse el hecho de que la Corte IDH no incorporase otro método de trabajo para que NNyA asumieran un rol protagónico en aquellas decisiones que les afectan directamente. A tal fin se podrían haber realizado encuentros en los que participen jóvenes que son juzgados por la presunta comisión de un delito. De este modo, el SIDH dejó pasar una oportunidad única para colocarse a la vanguardia en los derechos de la niñez.

de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2004. Disponible en web: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43587/Documento_completo.pdf?sequence=1>.

25 MORALES, Santiago y MAGISTRIS, Gabriela, “Hacia un paradigma otro: niñxs como sujetos polítixs coprotagonistas de la transformación social”, En: NIÑEZ EN MOVIMIENTO DEL ADULTOCENTRISMO A LA EMANCIPACIÓN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial El Colectivo, Chirimbote y Ternura Revelde, 2018, págs. 24/25.

26 *Ibidem*, pág. 24.

2. Antecedentes

En este acápite se realizará una breve reseña de las coincidencias que presentan las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que impusieron prisiones/reclusiones perpetuas a niños con anterioridad al caso “M. y otros contra Argentina”.

Cabe recordar que la situación en la justicia penal juvenil era tan crítica que en el año 2003 UNICEF publicó un libro que recopilaba diez sentencias que habían impuesto penas absolutas.

Uno de los puntos que llama la atención al dar lectura a los referidos fallos es la escasa o nula fundamentación para justificar la no aplicación de la escala de la tentativa prevista en el artículo 4 de la ley 22.278²⁷. Incluso en algún caso se llegó a invertir la carga de la prueba, debiendo por ende, la defensa verse obligada a fundar los motivos que hacían necesaria la aplicación de la escala de la tentativa²⁸.

Asimismo, se ven aseveraciones que no cuentan con ningún tipo de fundamentación respecto de que la reducción de la pena a la escala de la tentativa es de carácter potestativo²⁹.

Lo señalado reviste vital importancia porque la aplicación del artículo 4 de la ley 22.278³⁰ hubiese impedido el dictado de prisiones perpetuas a jóvenes.

27 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y PINTO, Gimol, “Sentencias de Reclusión y Prisión Perpetua a personas menores de 18 años en la República Argentina (1997-2003)”, Ciudad de Buenos Aires, UNICEF-Oficina de Argentina, 2003, pág. 33 y 556.

28 *Ibidem*, págs. 46/47.

29 *Ibidem*, pág. 256.

30 Argentina. Ley N° 22.278 “Régimen Penal de la Minoridad”, del 25 de agosto de 1980. Art. 4. La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos:

1° - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2° - Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad.

3° - Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Además, los tribunales realizaron un atropello total a las garantías de los niños enjuiciados, tal es el caso del tribunal de la causa S.C.R.C. que dictó una prisión perpetua pese a que el Ministerio Público Fiscal había solicitado una pena menor³¹.

También se ven reiteradas referencias a la peligrosidad para justificar las penas de carácter perpetuo³², lo cual representa un resabio del derecho penal de autor y contraría el principio de legalidad.

Finalmente es dable señalar que esta problemática era a todas luces federal. Así, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contaba con el dictado de cinco prisiones perpetuas, la provincia de Mendoza con tres, y las provincias de Catamarca y Santa Cruz con una prisión absoluta. Tampoco dicha situación era exclusiva de tribunales de primera instancia, sino que los/las juzgadores/as de segunda instancia confirmaban las penas privativas de la libertad de carácter perpetuo impuestas a NNyA. Incluso en algunos casos como el de E.M. que no fue condenado en primera instancia a una pena de prisión perpetua, recibió el castigo máximo por parte del tribunal de alzada.

3. Avances en la materia

En el presente apartado se efectúa el análisis de los avances en la materia con posterioridad al caso “M. y otros contra Argentina”. En lo que aquí concierne, se aclara que el presente trabajo se circunscribe a analizar lo establecido por la jurisprudencia en materia penal juvenil tanto en los avances como en los retrocesos –éstos últimos serán tratados con posterioridad.

Asimismo, se anticipa que los avances se analizan a partir de que la CIDH

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

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

31 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y PINTO, Gimol, Op. Cit. págs. 384/393.

32 *Ibidem*, pág. 34 y pág. 386.

dictó su informe de fondo sobre el caso³³, el 2 de noviembre de 2010, ya que desde ese momento los tribunales nacionales comenzaron a tomar en sus decisiones las pautas fijadas por el SIDH.

En este tercer bloque se abordan los casos C.S.R.C.³⁴, J.L.R.³⁵ y D.D.A.³⁶ de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (en adelante SCJM o tribunal supremo de la provincia de Mendoza) y el caso C.A.M. y C.D.N.³⁷ de la Cámara Federal de Casación Penal (en adelante CFCP). Asimismo se incluye la experiencia del fallo D.E.M.³⁸ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) que si bien fue anterior a las decisiones de los organismos del SIDH en el caso “M. y otros contra Argentina”, significó un gran avance para el sistema de justicia penal juvenil.

Resulta necesario antes de comenzar el desarrollo de los avances mencionar que la Corte IDH ordenó como medida de reparación que:

“... el Estado asegure que no se vuelva a imponer penas de prisión o reclusión perpetua tanto a las víctimas del caso, como a toda otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad y a **revisar aquellas que ya hayan sido impuestas**”³⁹.

Atento a dicha medida de reparación y a las recomendaciones de la CIDH en su informe de fondo, los tribunales de la Provincia de Mendoza rápidamente revisaron las sentencias que habían impuesto penas de prisión perpetua a jóvenes.

El primero de los casos en que se solicitó la revisión de una pena de prisión perpetua fue el de C.S.R.C. La defensa del nombrado requirió a la SCJM que se deje sin efecto la pena dictada por el Tribunal en lo Penal de Menores

33 CIDH. Informe de fondo No. 172/10 “C.A.M. y otros”, 2 de noviembre de 2010.

34 SCJM-Sala II. F.C/R.C.C.S. S/CASACIÓN. Sentencia del 9 de marzo de 2012.

35 SCJM-Sala II. F.C/R.V.J., H.O., N.J.M., Y L.J. P/HOMICIDIO AGRAVADO ROBO AGRAV. C. REAL P/RECURSO EXT. DE CASACIÓN. Sentencia del 23 de diciembre de 2014.

36 SCJM-Sala I. F.C/A.D.D. P/HOMICIDIO AGRAVADO S/CASACIÓN. Sentencia del 5 de mayo de 2015.

37 CFCP Sala II. Causa N° 14.087 “M.C.A. y otros s/recurso de revisión”. Sentencia del 21 de agosto de 2012.

38 CSJN. Fallos 328:4343.

39 Corte IDH, Caso M. y otros vs. Argentina. Op. cit., párr. 327. destacado por el autor.

de la Primera circunscripción judicial de Mendoza y se aplique la condena de 10 años de prisión.

Ante dicho pedido, la CSJN el día 9 de marzo de 2012 hizo lugar al recurso de casación e impuso la pena de prisión de 15 años. Para arribar a dicha solución el tribunal hizo referencia al informe de fondo de la CIDH N° 172/10⁴⁰ y al fallo E.M. de la CSJN⁴¹. También realizó una mención del uso de eufemismos en el sistema de justicia penal juvenil. Se aclara que el fallo E.M. de la CSJN será tratado con posterioridad y que el informe de fondo de la CIDH N° 172/10 es aquel en el cual se concluyó que se habían violado los derechos humanos de aquellos jóvenes que habían sufrido la imposición de prisiones perpetuas.

La referida sentencia de la SCJM tiene el valor de haber sido la primera en dejar sin efecto una prisión perpetua a un niño, su valía es mayor aún si se tiene en cuenta que en ese momento todavía no se contaba con decisión de la Corte IDH.

Con posterioridad se solicitó la revisión de la prisión perpetua impuesta a J.L.R., quien fue condenado el 8 de julio de 2003 por la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza y en diciembre del mismo año la SCJM confirmó el fallo.

Fue la misma SCJM –con distinta composición– la que en el año 2014 hizo lugar al recurso de revisión y declaró nula de nulidad absoluta la sentencia que condenó a prisión perpetua a J.L.R. La SCJM Fundó su sentencia no sólo en la ausencia de acusación fiscal sino también en lo establecido por la Corte IDH en el caso “M. y otros contra Argentina”. En tal sentido, trató los principios que deben impregnar el sistema de responsabilidad penal juvenil. Desarrolló el interés superior del niño y los principios de especialidad y proporcionalidad.

Sobre la base de los principios mencionados la SCJM concluyó en el mismo sentido que el tribunal interamericano, que:

“... las prisiones y reclusiones perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Ello, en tanto este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de

40 CIDH. Informe de fondo N° 172/10 “C.A.M. y otros”, Op. cit.

41 CSJN. Fallos 328:4343.

tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños⁴².

También el tribunal supremo de la provincia de Mendoza aprovechó la oportunidad para realizar de un análisis dogmático penal. Así el ministro de la SCJM, Dr. Omar Palermo, estableció en su voto preopinante que:

“... no es el menor desarrollo psicológico, como lo afirma la jurisprudencia y parte de la doctrina, lo que explica la menor culpabilidad de los jóvenes sino su clara disminución de su capacidad de auto-organización: quien tiene un ámbito de organización que puede ser administrado por otros, tiene menos responsabilidad por las consecuencias lesivas que para terceros derivan de esa organización hetero-administrada⁴³.”

La tesis sostenida por el juez de la SCJM tiene su base en un artículo de Guillermo Orce titulado culpabilidad de los menores. Allí Orce agrega:

“... lo cierto es que en una enorme esfera de sus derechos resultan casi totalmente heteroadministrados. Las decisiones sobre la educación, el manejo del patrimonio, el estado civil, el ejercicio laboral y la elección de autoridades se encuentran vedadas o dependen de decisiones externas. Si el sistema jurídico considera al menor incapaz de autoadministrarse en estas cuestiones, difícilmente puede atribuirle como asunto suyo el deber de procurarse, como su propio problema, su propia fidelidad al derecho⁴⁴.”

A la tesis adoptada por el Dr. Palermo para explicar la atenuación de la responsabilidad penal de NNyA –disminución en la capacidad de auto-organización– y a la criticada por el mencionado juez –menor desarrollo psicológico–,

42 SCJM-Sala II. F.C/R.V.J., H.O., N.J.M., Y L.J. P/HOMICIDIO AGRAVADO ROBO AGRAV. C. REAL P/RECURSO EXT. DE CASACIÓN. Op. cit., págs. 8/9.

43 *Ibidem*, pág. 14.

44 ORCE, Guillermo. Culpabilidad de los Menores. Thomson Reuters, 2013. AR/DOC/6532/2-3.

se suma una tercera posición sostenida por el profesor Santiago Mir Puig, que entiende que el menor desarrollo psicológico puede llegar a explicar la responsabilidad de niños de corta edad pero no la de niños de mayor edad; encontrándose en la política criminal la respuesta de la disminución de la responsabilidad penal de los niños pasibles de imputación⁴⁵.

A los fines de poder encontrar aquellos motivos que justifican la menor responsabilidad penal de los/las jóvenes debe distinguirse entre la determinación de la pena en su fase legislativa y judicial. En la primera etapa –determinación legislativa– existen principios jurídicos y razones de política criminal –como señala Mir Puig– que hacen necesaria la sanción de una ley que ponga punto final tanto a las penas absolutas como a aquellas que, si bien no son perpetuas, por su prolongada extensión generan consecuencias similares en aquellos/aquellas jóvenes que las padecen. A saber: 1) interés superior del niño 2) principio de resocialización 3) asegurar un proyecto de vida digno a NNyA 4) escasa relevancia en materia de seguridad pública de los delitos cometidos jóvenes.

Respecto de este último punto, se debe poner de resalto que las estadísticas elaboradas en la materia son escasas y deficitarias. Sin perjuicio de ello, existen algunos datos que permiten tener una aproximación al respecto. En tal sentido se encuentra el informe estadístico realizado por el Registro Nacional de Reiniciencia en el año 2016. Allí se señala que:

“... se contabilizaron 37.063 sentencias condenatorias [...] En cuanto a las edades el 53,38% de las resoluciones no mencionaron la edad al cometer el delito, y el resto se repartió de la siguiente manera: 46,20% fueron mayores de 18 años y el 0,42% tenían entre 16 y 17 años”.

Como se anticipó, los datos cuentan con insuficiencias ya que es difícil hallar informes actualizados y completos. En el presente caso se observa que un 53,38 % de las resoluciones no mencionaron la edad de los condenados, pese a ello surge –del informe referido– que de las sentencias condenatorias en las cuales si se informó la edad de los encausados, el número de delitos cometidos por

45 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° Edición. Buenos Aires, Argentina. Euro Editores S.R.L., 2018, pág. 612.

jóvenes resulta francamente insignificante para quebrantar la seguridad pública.

Otro argumento relevante para explicar la disminución de la responsabilidad penal de jóvenes lo aporta la tesis sostenida por el Dr. Palermo, la cual entiendo es correcta. Debe destacarse que con posterioridad al dictado del fallo bajo análisis se sancionó en la República Argentina el Código Civil y Comercial. Dicho plexo normativo consagra en su artículo 26 el principio de la autonomía progresiva para NNyA, de este modo se coloca a la vanguardia en materia de niñez.

Sin perjuicio de ello, se advierte que NNyA continúan teniendo ciertas limitaciones jurídicas para ejercer por sí mismos/as algunos actos como por ejemplo la realización de tratamientos invasivos. Ahora bien, si con un código de avanzada en la materia, NNyA siguen teniendo ciertos impedimentos legales para autoadministrarlos resulta claro que corresponde realizar una disminución en su responsabilidad penal toda vez que el reproche por la inobservancia de la norma que se hace al joven no puede ser igual al de un adulto.

Si bien esta tesis ayuda a explicar por qué debe disminuirse la responsabilidad penal de jóvenes en conflicto con la ley penal en el ámbito legislativo, lo cierto es que también resulta adecuada en la etapa de determinación judicial de la pena mientras no se cuente con una norma que establezca sanciones diferenciadas para adultos y jóvenes.

Por otra parte, el tribunal supremo de la provincia de Mendoza manifestó:

“... se debe repensar la legitimación del Estado para la imposición de penas –particularmente perpetuas a menores de edad– cuando no cumple adecuadamente sus deberes de protección en relación a la infancia y sus derechos, como política pública”⁴⁶. Agregó que “la exclusión y la desigualdad social como reflejo de la desigualdad socio–política debilita el vínculo a los efectos de la responsabilidad penal no para excluirla, pero sí al menos para limitarla”⁴⁷.

46 SCJM–Sala II. F.C/R.V.J., H.O., N.J.M., Y L.J. P/HOMICIDIO AGRAVADO ROBO AGRAV. C. REAL P/RECURSO EXT. DE CASACIÓN. Op. cit., pág. 9.

47 *Ibidem*, pág. 22.

Lo expresado, sin dudas constituye un gran acierto ya que la mayoría de los jóvenes que son juzgados por la presunta comisión de un delito se encuentran en múltiples situaciones de vulnerabilidad y sin la protección de los derechos de la infancia por parte del Estado, lo cual no puede carecer de valor para el derecho penal.

Respecto de la aplicación de la escala de la tentativa prevista en la ley 22.278, la SCJM concluyó que:

“... cuando haya que imponer una pena privativa de la libertad a NNyA, la misma debe ser siempre la prevista para la tentativa y no la del delito consumado, es decir, la pena aplicable en casos de NNyA siempre implicaría una importante reducción debido a que debe regirse por las reglas de la tentativa”⁴⁸.

Se debe recordar que la obligatoriedad de la aplicación de la escala de la tentativa que es un tema controvertido en la jurisprudencia. Así, la CFCP en todas sus salas, con algunos votos en disidencia, sostiene la reducción de la pena a la escala de la tentativa es de carácter facultativo⁴⁹. Por su parte la CSJN en el precedente E.M. se pronunció por la obligatoriedad de la aplicación de la escala de la tentativa.

Frente a este panorama, resulta trascendente que en la SCJM se haya adoptado la tesis que sostiene que la aplicación de la escala de la tentativa no resulta potestativa para los tribunales. Esta posición, como bien señala Beloff, encuentra sustento en los siguientes puntos: 1) sobre la base del principio de culpabilidad –el cual supone que la medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad– y del hecho que NNyA tienen una culpabilidad disminuida, se concluye que la sanción aplicable a jóvenes debe ser menor en iguales condiciones que la aplicable a un adulto, 2) la solución que no acepta la obligatoriedad de la reducción a la escala de la tentativa abre la puerta a la arbitrariedad del juzgador al no establecer parámetros claros en cuanto a cómo

48 *Ibidem*, págs. 15/16.

49 BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano. La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad. En *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, pág. 101.

debe reducirse y en qué medida, atentando contra la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley⁵⁰.

Con posterioridad, en mayo de 2015, el tribunal supremo de la provincia de Mendoza se pronunció en la causa D.D.A., en la cual también se había condenado a un niño a una pena privativa de la libertad de carácter perpetuo. En esta oportunidad la SCJM hizo lugar al recurso de revisión y ordenó reenviar la causa al Tribunal Penal de Menores para que con distinta composición determine la necesidad de pena y en caso, el monto que corresponde⁵¹.

Si bien el fallo no tuvo tantos puntos valiosos como su antecesor, resulta meritorio que el tribunal haya sostenido posiciones coincidentes con lo fijado por los organismos del SIDH. En este sentido, sostuvo que:

“... al imponer esa pena ~~perpetua~~ no se tuvo en cuenta las consecuencias que esa sanción produce en un adolescente, en contra de los estándares internacionales, ya que procede como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda”⁵².

Por su parte la CFCP el 21 de agosto de 2012 decidió –con anterioridad a la emisión de la sentencia de la Corte IDH en el caso “M. y otros contra Argentina”– respecto de los recursos interpuestos por las defensas de C.A.M. y C.D.N., víctimas del caso resuelto por el tribunal interamericano.

El primer aporte del fallo de la CFCP fue reconocerle valor a las decisiones de la CIDH. Al respecto estableció:

“... por todo ello, en la medida en el que el órgano supranacional –sea o no de carácter jurisdiccional– fije un estándar de reconocimiento mayor al que rige en el orden interno, entonces es aquél el que debe aplicarse, pues el control de convencionalidad consiste precisamente en la consagración de las disposiciones de la Convención y de las interpretaciones de la Corte

50 *Ibidem*, pág. 110.

51 SCJM-Sala I. F.C/A.D.D. P/HOMICIDIO AGRAVADO S/CASACIÓN. Op. cit., pág. 3.

52 *Ibidem*., pág. 7.

IDH y la Comisión IDH, teniendo en miras la defensa y el resguardo de los derechos humanos”⁵³.

En siguiente lugar la CFCP indicó que se violó el derecho consagrado en el artículo 8.2.h) de la CADH⁵⁴ sobre la base de lo recomendado por la CIDH en el informe de fondo N° 172/10. También admitió que se vulneró el derecho de defensa en virtud de los parámetros fijados por la CIDH⁵⁵.

Por otra parte, el tribunal, haciéndose eco de lo establecido por los organismos del SIDH, afirmó que:

“... los principios que rigen el derecho penal juvenil, establecen claramente que la sanción penal debe operar como última ratio, de manera subsidiaria y siempre atendiendo al interés superior del niño”⁵⁶.

Asimismo la CFCP refirió al tema de la aplicación de la escala de la tentativa previsto en la ley 22.278 –ya analizado ut supra– y a los principios que regulan la justicia penal juvenil. A saber: mínima intervención, resocialización, última ratio, subsidiariedad e interés superior del niño⁵⁷.

Además indicó que:

“... las pautas de interpretación que consagra la normativa internacional –circunstancias personales de quien ha cometido el delito– han sido desoídas [...], pues los jueces sólo enumeraron diversas circunstancias personales del imputado pero no realizaron un análisis de las mismas que permitiera reflejarlo en la pena”⁵⁸;

53 CFCP Sala II. Causa N° 14.087 “M.C.A. y otros s/recurso de revisión”. Op. cit., pág. 25.

54 *Ibidem*, pág. 30.

55 *Ibidem*, págs. 32/33.

56 *Ibidem*, pág. 45.

57 *Ibidem*, pág. 52.

58 *Ibidem*, pág. 52 y 96.

por tanto la segunda instancia considera que las sentencias que impusieron prisiones perpetuas a los nombrados son arbitrarias.

Concluyó la CFCP que:

“... a los fines de consagrar los derechos fundamentales en juego, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 80 inciso 7° del C.P. en orden a la pena de prisión perpetua prevista con relación a niños, niñas y adolescentes; anular la decisión en crisis en lo que refiere al punto observado y remitir las actuaciones a otro Tribunal para que, previa audiencia, fije una nueva sanción con arreglo a la presente y atendiendo especialmente a los lineamientos expuestos en el informe 172/10”⁵⁹.

Para culminar el presente apartado se incluye el precedente E.M. de la CSJN que si bien fue anterior a las decisiones de los organismos del SIDH en el caso “M. y otros contra Argentina” importó un significativo avance para el sistema de justicia penal juvenil.

En el caso M. y otros contra Argentina la Corte IDH valoró positivamente el referido precedente jurisprudencial ya que en él la CSJN estableció criterios importantes sobre la incompatibilidad de la imposición de la prisión perpetua con los derechos de los niños⁶⁰.

E.M. fue condenado por el Tribunal Oral de Menores N° 2 de Buenos Aires a 14 de años de prisión pero el Fiscal General interpuso un recurso de casación contra la sentencia. En razón de ello, la Cámara Nacional de Casación Penal –en una decisión lamentable– lo condenó a prisión perpetua. Finalmente la CSJN dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia y reenvió la causa a la Cámara de Casación para que se dicte nuevo fallo de acuerdo a lo expresado en la sentencia⁶¹.

La CSJN resaltó que la necesidad de la pena a la que hace referencia la ley 22.278 no puede ser equiparada a la “gravedad del hecho” o a la “peligrosidad”⁶². En este orden de ideas, manifestó que:

59 *Ibidem*, págs. 57/58 y 97/98. La negrita me pertenece.

60 Corte IDH, Caso M. y otros vs. Argentina. Op. cit., párr. 324.

61 CSJN. Fallos 328:4343, pág. 22.

62 *Ibidem*, págs. 9/10.

“... en el caso de los menores, [...] se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”⁶³.

También refirió al principio de culpabilidad indicando que:

“... el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no puede tener la misma entidad que el formulado normalmente para un adulto”⁶⁴.

Más allá de las diferencias de criterios que existen entre la CSJN y la SCJM en relación a los argumentos que fundan la disminución de responsabilidad, resulta trascendente que ambos tribunales hayan dispuesto la inadmisibilidad de equiparar el reproche de un adulto con el de un niño.

Finalmente la CSJN se hizo eco de lo dicho por su par norteamericano acerca de que:

“... el menor además de ser titular de los derechos constitucionales que integran el debido proceso, por su misma condición de niño también era titular de derechos e inmunidades especiales respecto de los adultos, aunque reconoció que en la práctica recibía lo peor de dos mundos (worst of both world) ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor”⁶⁵.

En virtud de lo expuesto surge que el fallo E.M. realizó valiosas contribuciones en la materia. Sin lugar a dudas, la más importante fue establecer que las penas absolutas son inaplicables a NNyA, cuestión que luego fue reconocida por el Estado argentino ante el SIDH⁶⁶.

Sin perjuicio de los avances vistos, a continuación se analizará un fallo que

63 Ídem.

64 Íbidem, pág. 18.

65 Íbidem, pág. 13.

66 Corte IDH, Caso M. y otros vs. Argentina. Op. cit., párr. 322.

confirma una prisión perpetua impuesta a un niño y, en consecuencia, pone en jaque los progresos logrados.

4. Retrocesos

Conforme se anticipó, en la causa caratulada “Recurso de revisión interpuesto por el Sr. Defensor Oficial de Cámara Dr. Jose Nicolas Báez a favor de su defendido C. N. G. en Autos: “E., E. I.; B., Y. M., B., C. C. A., S., A. M., G., C. N., A., J. C., A., O. O., S., F. R. Y L., P. M. p/ Homicidio Triplemente Calificado por haberse cometido con Ensañamiento, Alevosía y con el Concurso de dos o más personas en Concurso Real con el delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal, y con el delito de Privación Ilegítima de la Libertad–Mercedes– Expte. P11 14836/6”, el STJC confirmó por mayoría la pena de prisión perpetua impuesta a C.N.G. por un hecho cometido cuando era menor de dieciocho años de edad.

Para arribar a dicho resultado, el STJC rechazó el recurso de revisión interpuesto por la defensa. Indicó que no se daba un supuesto para admitirlo⁶⁷ y en efecto desconoció lo ordenado por la Corte IDH acerca de que las sentencias que hubiesen impuesto penas perpetuas a niños debían ser revisadas.

Sin perjuicio de ello, al STJC no le bastó el rechazo formal del recurso incoado sino que se atrevió a ir más allá y criticar la obligatoriedad y el alcance de las decisiones del tribunal interamericano. A tal fin refirió al fallo de la CSJN en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁶⁸.

En este orden de ideas, hizo suyos los argumentos de la CSJN y dijo que:

67 STJC. RECURSO DE REVISION INTERPUESTO POR EL SR. DEFENSOR OFICIAL DE CAMARA DR. JOSE NICOLAS BAEZ A FAVOR DE SU DEFENDIDO C. N. G. EN AUTOS: E., E. I.; B., Y. M., B., C. C. A., S., A. M., G., C. N., A., J. C., A., O. O., S., F. R. Y L., P. M. P/ HOMICIDIO TRIPLEMENTE CALIFICADO POR HABERSE COMETIDO CON ENSAÑAMIENTO, ALEVOSÍA Y CON EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS EN CONCURSO REAL CON EL DELITO DE ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, Y CON EL DELITO DE PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD–MERCEDES– EXPTE. P11 14836/6.Op. cit., págs. 6/7.

68 *Ibidem*, pág. 7.

“Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”⁶⁹. A lo que añadió que “la Corte Interamericana no constituye entonces una ‘cuarta instancia’ que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria”⁷⁰.

Al respecto, vale recordar que la Corte IDH ya le ha ordenado a la República Argentina que deje sin efecto decisiones judiciales dictadas por tribunales locales. En tal sentido puede verse el caso Kimel⁷¹, en el cual se revocó la sentencia penal impuesta a la víctima⁷².

También se equivocó el STJC al referir a conceptos tales como “subsidiaridad” o “cuarta instancia” para desconocer la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH, en tanto dichos conceptos se encuentran vinculados con el acceso a la instancia internacional y nada tienen que ver con la competencia contenciosa de la Corte IDH para resolver un caso concreto, una vez superada la instancia de admisibilidad⁷³.

En cuanto al principio de subsidiariedad, cabe destacar que en virtud de él son los Estados quienes tienen la primera oportunidad para actuar en un caso donde se ponga en tela de juicio la presunta violación a un derecho contenido en la CADH y por ende los organismos internacionales se encuentran impedidos de intervenir cuando no se hayan agotado recursos internos. Esto implica que quien intente acudir al SIDH deberá agotar los recursos internos de carácter

69 Ídem.

70 *Ibidem*, pág. 8.

71 Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013.

72 ROUSSET SIRI, Andrés, FERNÁNDEZ LEYTON, Jorgelina, RODRIGUEZ INFANTE, David y LECOUR Lucas, Análisis de la sentencia de la CSJN en el caso Fontevecchia y D’Amico [en línea], 2017. Disponible en web: <http://xumek.org.ar/analisis-de-la-sentencia-de-la-csjn-en-el-caso-fontevecchia-y-damico/>

73 Ídem.

ordinario o en su defecto encontrarse en alguno de los supuestos previstos por el artículo 46 inciso 2 de la CADH. Por otro lado, resulta importante recordar que la cuarta instancia es una doctrina creada por la CIDH en el caso *Wright*. Allí se estableció que:

“... no es atribución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos actuar como órgano cuasi-judicial de cuarta instancia y revisar las decisiones de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la OEA”⁷⁴.

Es decir, los órganos del SIDH no tienen facultades para revisar meras inconformidades con las decisiones de tribunales locales y para que su actuación sea posible deberá existir una violación a la CADH o a alguno de los artículos justiciables de los restantes tratados respecto de los cuales la Corte IDH tiene competencia.

En el caso resuelto por el STJC las referencias a subsidiariedad y cuarta instancia no tienen ninguna pertinencia toda vez que el caso no ha sido objeto de análisis en la instancia internacional.

Por su parte en el caso “*Fontevécchia*” los recursos fueron agotados por los peticionarios, quienes incluso interpusieron el Recurso Extraordinario Federal. Nótese que el referido recurso no es exigible en la instancia internacional ya que no reviste el carácter de ordinario. El hecho de que el Estado argentino no haya interpuesto ante el SIDH la excepción de falta de agotamiento de recursos internos corrobora que el principio de subsidiariedad no fue vulnerado.

En este sentido se pronunció De Antoni respecto de la subsidiariedad al afirmar que “sólo puede ser exigida en el ámbito internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios en el ámbito nacional”⁷⁵.

Respecto de la cuarta instancia en el caso “*Fontevécchia*”, no se puede pretender que la medida de reparación ordenada por el tribunal interamericano

74 CIDH. Resolución N° 29/88. Caso N° 9260.

75 DE ANTONI, Román, *Duelo de Cortes: El caso “Fontevécchia” y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana* [en línea]. REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN. 2017. Disponible en web: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/4088/4029>

–dejar sin efecto la condena civil– implica una violación a la cuarta instancia. De lo contrario se limitaría seriamente el alcance de intervención de la Corte IDH y, sin lugar a dudas, se generaría un grave perjuicio a las víctimas de derechos humanos ya que las reparaciones no cumplirían su función.

En términos similares a lo referido, emitió su opinión Abramovich al sostener que

“... el argumento relativo a que el tribunal regional no es una cuarta instancia de los sistemas de justicia nacionales, no sirve [...] para discutir el alcance del poder remedial de la Corte Interamericana. La fórmula de la cuarta instancia se refiere simplemente a que la Corte Interamericana no revisa el acierto o error de las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho nacional si actuaron respetando el debido proceso y se trata de tribunales independientes e imparciales”⁷⁶.

Por otra parte es dable señalar que de ningún modo un tribunal local puede limitar la competencia contenciosa de la Corte IDH. En consecuencia, sentencias como la de la CSJN o la del STJC se traducen en un ilícito internacional y conducen a nuevas violaciones a las normas de la CADH⁷⁷.

Además, la decisión del STJC, al igual que la de la CSJN, desconoce el principio de la *compétence de la compétence* que implica que todo órgano con funciones jurisdiccionales –como lo es la Corte IDH– tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia⁷⁸.

Lo visto hasta aquí, da cuenta del grave impacto que tuvo la decisión de la CSJN en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe

76 ABRAMOVICH, Víctor, Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios del derecho público argentino [en línea]. Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 2017. Disponible en web: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/revista-pensar-en-derecho-10.pdf>

77 ROUSSET SIRI, Andrés, FERNÁNDEZ LEYTON, Jorgelina, RODRIGUEZ INFANTE, David y LECOUR Lucas, Op. cit.

78 ROUSSET SIRI, Andrés, FERNÁNDEZ LEYTON, Jorgelina, RODRIGUEZ INFANTE, David y LECOUR Lucas, Op. cit.

sentencia dictada en el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁹, dando lugar a que otros tribunales desconozcan lo establecido por los organismos del SIDH. Sin dudas el STJC ha emitido un preocupante precedente que hace pensar en la necesidad de normativa en materia penal juvenil que garantice los derechos de NNyA y que imposibilite que los tribunales locales continúen tomando decisiones que contraríen la CADH y lo fijado por la Corte IDH.

5. Reflexiones finales

El presente artículo ha sido denominado "*M. y otros contra Argentina una tenue luz en el camino*" por un doble sentido. El primero de ellos, tiene su explicación en que la sentencia dictada por la Corte IDH pese a contener grandes aportes para el correcto funcionamiento del sistema de justicia penal juvenil fue también deficitaria en otros aspectos.

Los aciertos del tribunal interamericano fueron, entre otros, fijar los principios que deben regir cuando se aplican penas privativas de la libertad a NNyA; establecer que la prisión y reclusión perpetua, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de reintegración social de niños; categorizar las prisiones perpetuas impuestas a niños como tratos crueles, inhumanos y degradantes; indicar que la ley 22.278 no se adecúa a la CADH, etc.

Ahora bien, el tribunal interamericano tuvo falencias que no pueden soslayarse. Entre ellas, se destacan la escasa profundidad al abordar el principio de especialización y su irradiación en el sistema de justicia penal juvenil; la réplica de una mirada adultocentrista que sigue latente en el derecho internacional de los derechos humanos; no preservar la identidad de las víctimas del caso; la carencia de referencias claras y específicas al sistema tutelar y a las altas penas que se imponen con habitualidad a NNyA.

Lo señalado hasta aquí, da cuenta de este primer sentido por el cual la sentencia de la Corte IDH significó una tenue luz en el camino y no un esclarecedor resplandor para los sistemas de justicia penal juvenil.

Además, existe un segundo sentido por el cual el artículo fue titulado de

79 CSJN. Fallos 328:4343.

este modo que ya no atañe al tribunal interamericano sino que es responsabilidad exclusiva de los tribunales de la República Argentina. En efecto, los enormes avances producidos en la jurisprudencia de los tribunales locales a partir del fallo de la Corte IDH se han visto opacados por los recientes retrocesos efectuados por el Supremo Tribunal de Justicia de Corrientes, los cuales tiñen de incertidumbre y oscuridad el futuro venidero.

Por otra parte, el derrotero judicial ha dado sobradas muestras acerca de que un fallo de la Corte IDH resulta insuficiente para que los tribunales nacionales garanticen los derechos de aquellos/as NNyA que son parte del sistema de justicia penal juvenil. En consecuencia y a fin de lograr una mayor protección de derechos, se hace necesario el dictado de una ley en la materia.

Dicha ley deberá reducir los montos de las penas privativas de la libertad y prohibir la imposición de prisiones perpetuas. Conforme se expuso en el tercer apartado, existen motivos de política criminal y de dogmática penal que justifican la adopción de dicho temperamento.

La norma también tendrá que respetar el principio de especialización en la segunda instancia. Esto implica, generar opciones para que quienes decidan la suerte de NNyA tengan instrucción en la materia.

En este orden de ideas, se deberá establecer que los tribunales que realicen las unificaciones de pena cuando al menos una de las condenas haya sido impuesta por un hecho cometido mientras la persona era menor de dieciocho años de edad, tendrán que estar integrados por jueces/as especializados/as en materia de niñez.

Asimismo, habrá que consagrar un nuevo plexo normativo que garantice todos los derechos de NNyA en el sistema de justicia penal juvenil y que de ningún modo baje la edad de imputabilidad. Si bien esto último no ha sido objeto de análisis del presente trabajo, es un punto central en todas las discusiones legislativas cada vez que se intenta una reforma de la justicia penal juvenil.

Por último, la CSJN y los superiores tribunales de cada provincia deberán trabajar enérgicamente para diseñar estrategias que permitan un mayor cumplimiento de la CADH y los restantes tratados internacionales de derechos humanos. En este orden de ideas, resulta fundamental el dictado de capacitaciones en control de convencionalidad, niñez y derechos humanos para todos/todas los/as operadores de la justicia penal juvenil.

En conclusión, si bien ha habido ciertos avances en la materia todavía queda un largo camino por recorrer para que aquellos/as jóvenes que son juzgados por la presunta comisión de un delito puedan ver garantizados sus derechos humanos.

6. Bibliografía

Doctrina

- ABRAMOVICH, Victor, Comentarios sobre "Fontevéchia", la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios del derecho público argentino [en línea]. Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 2017. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/revista-pensar-en-derecho-10.pdf>
- BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano. La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad. En Nuevos problemas de la justicia juvenil, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.
- DE ANTONI, Román, Duelo de Cortes: El caso "Fontevéchia" y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana [en línea]. REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN. 2017. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/4088/4029>
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y PINTO, Gimol, "Sentencias de Reclusión y Prisión Perpetua a personas menores de 18 años en la República Argentina (1997-2003)", Ciudad de Buenos Aires, UNICEF-Oficina de Argentina, 2003.
- LEONARDI, María Celeste, Justicia penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires [en línea], Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2004. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43587/Documento_completo.pdf?sequence=1
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Euro Editores S.R.L., 2018.
- MORALES, Santiago y MAGISTRIS, Gabriela, "Hacia un paradigma otro: niños como sujetos políticos co-protagonistas de la transformación social", En: NIÑEZ EN MOVIMIENTO DEL ADULTO-CENTRISMO A LA EMANCIPACIÓN. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial El Colectivo, Chirimbo y Ternura Revelde, 2018.
- ORCE, Guillermo. Culpabilidad de los Menores. Thomson Reuters, 2013. AR/DOC/6532/2-3.
- ROUSSET SIRI, Andrés, FERNÁNDEZ LEYTON, Jorgelina, RODRIGUEZ INFANTE, David y LECOUR Lucas, Análisis de la sentencia de la CSJN en el caso Fontevéchia y D'Amico [en línea], 2017.

Disponible en: <http://xumek.org.ar/analisis-de-la-sentencia-de-la-csjn-en-el-caso-fontevecchia-y-damico/>

Normas y Jurisprudencia

CIDH. Informe de fondo N° 172/10 "C.A.M. y otros". 2 de noviembre de 2010.

CIDH. Resolución N° 29/88. Caso N° 9260.

CIDH. Informe Temático "Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil en las Américas". 2011.

CFCP Sala II. Causa N° 14.087 "M.C.A. y otros s/recurso de revisión". Sentencia del 21 de agosto de 2012.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. Caso M. y otros vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018, Serie C No. 371, párrafo 135.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°10. Los derechos del niño en la justicia de menores. 25 de abril de 2007.

CSJN. Fallos 328:4343.

CSJN. Fallos 324:2895.

SCJM-Sala II. F.C/R.C.C.S. S/CASACIÓN. Sentencia del 9 de marzo de 2012.

SCJM-Sala II. F.C/R.V.J., H.O., N.J.M., Y L.J. P/HOMICIDIO AGRAVADO ROBO AGRAV. C. REAL P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN. Sentencia del 23 de diciembre de 2014.

SCJM-Sala I. F.C/A.D.D. P/HOMICIDIO AGRAVADO S/CASACIÓN. Sentencia del 5 de mayo de 2015.

STJC. RECURSO DE REVISION INTERPUESTO POR EL SR. DEFENSOR OFICIAL DE CAMARA DR. JOSE NICOLAS BAEZ A FAVOR DE SU DEFENDIDO C. N. G. EN AUTOS: E., E. I.; B., Y. M., B., C. C. A., S., A. M., G., C. N., A., J. C., A., O. O., S., F. R. Y L., P. M. P/ HOMICIDIO TRIPLEMENTE CALIFICADO POR HABERSE COMETIDO CON ENSAÑAMIENTO, ALEVOSÍA Y CON EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS EN CONCURSO REAL CON EL DELITO DE

ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, Y CON EL DELITO DE PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD-MERCEDES- EXPTE. PI1 14836/6. Sentencia del 4 de mayo de 2017.