



**EXCELENTÍSIMO SEÑOR PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**CASO: CESAR ALBERTO MENDOZA Y OTROS. PRISIÓN Y RECLUSIÓN PERPETUAS DE ADOLESCENTES VS. ARGENTINA**

El “INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS” (*Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, de aquí en adelante, IBCCRIM), por medio de su Presidente y representante legal, MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES (doc. adjunto), se dirige respetuosamente a la elevada presencia de Vuestra Excelencia para solicitar su admisión en calidad de *amicus curiae* en el caso CIDH nº 12.651 (“*Mendoza y otros*”), legitimado por el alcance de la actuación, previsto en su Estatuto, de salvaguarda de los Derechos Humanos en la esfera criminal, al tiempo en el que presenta el memorial **adjunto**.

La entidad tiene domicilio legal y sede estatutaria en la calle (Rua) Onze de Agosto nº 52, Barrio Centro, en la ciudad de San Pablo, Estado de San Pablo.

El IBCCRIM es una entidad brasileña fundada en 1992, conformada por abogados, magistrados, miembros del Ministerio Público y Defensoría Pública, académicos y estudiantes, así como también por juristas, policías y otros profesionales dedicados al debate de las Ciencias Criminales, principalmente en lo que respecta a la defensa de los principios y garantías del Estado Democrático de Derecho ([www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)).

Desde su concepción, el instituto ha desarrollado diversas actividades que permitieron la acumulación del conocimiento, sistematización de datos relevantes y enriquecimiento del debate sobre la estructura del sistema penal brasileño. Esta difusión no se restringe solamente al ámbito jurídico, sino que también abarca los



diversos segmentos de la sociedad, lo que se desarrolla especialmente a través de seminarios nacionales e internacionales, cursos de Postgrado, convenios con universidades, y producción académica y cultural.

Entre las publicaciones, se destacan las ediciones de la “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, la revista electrónica “*Liberdades*” y el “*boletim mensal*” (boletín mensual), referencia para los profesionales y académicos del Derecho Penal. Existe además, un espacio dedicado al fomento del interés por el área en el ámbito académico, a través de la publicación de las mejores monografías científicas, lo que contribuye a la difusión en red del conocimiento.

Finalmente, cabe señalar que el IBCCRIM ha actuado como *amicus curiae* ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, posicionándose, invariablemente alineado a sus directrices fundadoras y reglamento interno, a favor de la defensa incondicional de los principios y garantías constitucionales, concreción del Estado Democrático y Social de Derecho y defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente por la humanización del Derecho Penal.

Por lo expuesto, el Instituto **solicita** su admisión como *amicus curiae* en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 12.651 (“*Mendoza y otros*”) y el sometimiento de los memoriales adjuntos a la apreciación de los Excelentísimos Magistrados de esa egregia Corte.

Finalmente, solicita ser notificado de todos los actos procesales, orales y escritos del procedimiento, ya sea por correo común, o por correo electrónico: [diretoria@ibccrim.org.br](mailto:diretoria@ibccrim.org.br)

San Pablo, 20 de agosto de 2012.

**MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES - OAB/SP 155.546**



CASO: CESAR ALBERTO MENDOZA Y OTROS. PRISIÓN Y RECLUSIÓN PERPETUAS DE ADOLESCENTES VS.

ARGENTINA

**AMICUS CURIAE: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM**

**MEMORIAL<sup>1</sup>**

**COMPENDIO**

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. Presuposiciones teóricas: la finalidad de la pena y la inadecuación de la prisión perpetua para adolescentes infractores.....</b> | <b>4</b>  |
| <b>II. Criminalidad y contexto social.....</b>  | <b>10</b> |
| <b>III. Impactos de la sanción penal para el adolescente .....</b>  | <b>14</b> |
| <b>IV. Estudio Comparado de la Justicia Penal Juvenil .....</b>   | <b>18</b> |
| <b>V. Evolución del tratamiento penal juvenil en Brasil.....</b>  | <b>22</b> |
| <b>VI. La experiencia de la Fundación CASA.....</b>   | <b>28</b> |
| <b>VII. Conclusión .....</b>  | <b>31</b> |
| <b>VIII. Del derecho: Normas y Tratados Internacionales infringidos por el Estado Argentino.....</b>                                    | <b>32</b> |

---

<sup>1</sup> Este escrito fue elaborado por los alumnos de la CLÍNICA DE DERECHO PENAL de la ESCUELA DE DERECHO DE LA FUNDACIÓN GETÚLIO VARGAS (DIREITO-GV): CAROLINA AMADEO, LOURENÇO ASSEF RENWICK, MARIANA BEIRA PACETTA, MARIANA DE MEDEIROS FERREZ y MARIANA MARANGONI DE PAULO, bajo la coordinación de la Profesora HELOISA ESTELLITA y en el ámbito del Convenio celebrado entre la Comisión “Amicus Curiae” del IBCCRIM y a DERECHO – GV. Agradecimientos especiales al emérito Profesor Doctor SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA por las contribuciones académicas y revisión de este documento; también a ADRIANA M. NUNES MARTORELLI, Defensora Pública de la FUNDACIÓN CASA/SP, y a los miembros de su equipo, por las inestimables contribuciones acerca del funcionamiento de la institución.



## I. PRESUPOSICIONES TEÓRICAS: LA FINALIDAD DE LA PENA Y LA INADECUACIÓN DE LA PRISIÓN PERPETUA PARA ADOLESCENTES INFRACTORES

El Derecho Penal se considera un instrumento mantenedor de la ética social que reacciona a los comportamientos contrarios al ordenamiento mediante la imposición de sanciones. Dado el impacto de su principal sanción -- la pena privativa de libertad --, en la persona del sancionado, es esencial alinear la función punitiva a los principios jurídicos constitucionales e internacionales, pautándola en la humanización y preservación de la dignidad humana, elemento central del Estado Democrático de Derecho<sup>2</sup>.

En la actual etapa de desarrollo de ese modelo de Estado, la tendencia es que la pena abandone el carácter puramente punitivo y pase a enfocarse en la reintegración del infractor en la sociedad. En este sentido, se vuelven cada día más reprobables -- incluso en el ámbito internacional -- puniciones excesivamente crueles, como las de carácter temporal indeterminado. Para ilustrar ese movimiento, es interesante analizar el desarrollo histórico de la finalidad de la pena.

En sus orígenes, la pena privativa de libertad tenía una finalidad exclusivamente *retributiva*, o sea, buscaba castigar el individuo para que el mal por él cometido fuese expiado. De esta manera, el Estado no se preocupaba por el infractor, sino por el resultado nocivo del acto delictivo en sí.<sup>3</sup> Ese propósito no se modificó significativamente, ni siquiera con el advenimiento del Iluminismo, y se mantuvo la

---

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 15ed., São Paulo: Saraiva. 2010, p. 120.

<sup>3</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 244.



idea de pagar un mal con otro<sup>4</sup>, lo que le confería al Estado un poder casi ilimitado en el uso de la violencia. Por detrás de ese pensamiento residía un ideario de venganza.

Con la llegada de las teorías preventivas, la pena pasó a ser concebida como método de inhibir delitos futuros. De esta manera, al abandonar la visión retributiva, se unió el mal de la pena a la persona del infractor – hasta entonces ignorado, dado que la *retribución* se dirigía al propósito ilícito practicado, y no al sujeto violador – usándolo, a partir de entonces, como ejemplo de la conducta social indeseada. Estas teorías se dividieron en dos frentes principales: la *Teoría Preventiva General* y la *Teoría Preventiva Especial*, ambas concebidas en acepciones *negativas* y *positivas*.

En la *Teoría Preventiva General*, la amenaza de la pena funciona como instrumento de desaliento a la práctica de delitos por el individuo. En su dimensión *negativa*, se le atribuye a la pena criminal la función de desaliento a la práctica de ilícitos por la amenaza presente en la existencia de la pena en sí misma. Se pretende, de esta manera, disuadir la generalidad de personas a través del temor, evitando que delinca en el futuro. En esa perspectiva, la pena asume un carácter educativo, dirige a todos los miembros de la sociedad una amenaza, y así, previene que practiquen actos ilícitos.<sup>5</sup> La criminalización asume, pues, la función utilitaria, y la dosificación de la pena se hace necesaria para la intimidación eficaz del público, que se encuentra bajo el alcance de la norma.

Ya en su faceta *positiva*, la *Teoría Preventiva General* entiende que la punición es necesaria en la medida en que el delito alcanza a la sociedad, desreglándola y creando disturbio social. La pena sería, pues, un medio de restaurar el ordenamiento jurídico, o sea, una respuesta necesaria a la represión de la acción delictiva con la finalidad de asegurar el orden social. Por ello, la pena se destina no solamente a los potenciales

---

<sup>4</sup> “(...) *retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição.*” (BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit., p. 100.)

<sup>5</sup> PUSCHEL, Flavia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no Direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica.* In: Revista Direito GV, v.3, n.2, jul-dez 2007, p. 24.



delincuentes, sino a todos los miembros de la sociedad que ven en la pena la señalización de una especie de ejercicio de confianza en la norma jurídica<sup>6</sup>.

La *Teoría Preventiva Especial* parte del enfoque en el infractor en particular, preocupándose de que éste no reincida. En ese sentido, mientras que en el primer momento de la teoría de la prevención, la finalidad de la pena era la absorción por la sociedad en general del ejemplo de conducta a ser seguido, en éste, el fin último de la pena consiste en alejar el infractor de una ulterior práctica delictiva.

En su acepción *positiva*, la *Teoría De la Prevención Especial* se daría a través del ideal de re-socialización perseguido desde el inicio del encarcelamiento, el cual debe prestarse al propósito de la corrección del infractor, conduciéndolo posteriormente al camino de la legalidad<sup>7</sup>. Por otra parte, en su acepción *negativa*, la pena velaría por la neutralización del criminal, dado que, encarcelado, su capacidad de practicar nuevos delitos contra la sociedad estaría anulada.

Aunque la idea de reintegración se haya introducido en las teorías preventivas, no se ha alcanzado, en la práctica, una adecuada limitación del poder punitivo estatal, dado que la sanción tendería a la indeterminación temporal, pues su meta sería la de eliminar la peligrosidad del infractor. Al tener en cuenta que ese fin puede no concretarse, la pena sin expectativas de término conduciría a la frustración del agente, retirándole cualquier esperanza de reintegración social, lo que frustraría, por lo tanto, la propia finalidad de la pena. Refuerzan esta crítica los elevados índices de reincidencia, además del colapso y decadencia de las instituciones carcelarias.

Actualmente, se recurre a concepciones unificadoras, que buscan agrupar las finalidades de la pena, tratando de superar las deficiencias individuales de cada teoría hasta entonces formulada. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS resume de la siguiente manera la multiplicidad de objetivos anhelados por la aplicación de la pena: "*la pena representaría: retribución de lo injusto realizado, mediante compensación o expiación*

---

<sup>6</sup> *ídem, ibidem.*

<sup>7</sup> *ídem, p. 25.*



*de la culpabilidad; Prevención Especial Positiva mediante corrección del autor por la acción pedagógica de la ejecución penal, además de Prevención Negativa como seguridad social por la neutralización del autor y, finalmente; Prevención General Negativa a través de la intimidación de criminales potenciales por la amenaza penal y Prevención General Positiva como mantenimiento/refuerzo de la confianza en el orden jurídico”<sup>8</sup>.*

De esta manera, la pena sigue teniendo naturaleza retributiva y fondo moral, mientras que no se limita apenas a un carácter preventivo, sino a unir tanto la finalidad correctiva como la educacional. De esta manera, la pena asume medidas adicionales en relación al agente, al considerar no solamente su peligrosidad, sino en el límite, la posibilidad de considerarlo o no inimputable.

La pena debe, pues, estar unida a una función preventiva, siempre que esté limitada por las nociones de culpabilidad y proporcionalidad. Persistiría la finalidad de prevención general, pero limitada por las garantías individuales y unidas estrictamente a la culpa del agente. En este sentido, la última etapa de esta evolución se configura por un carácter más garantizador, especialmente en lo que concierne al tratamiento dirigido al adolescente infractor<sup>9</sup>.

Por lo expuesto, cabe analizar de qué manera la finalidad de la pena se encuentra dispuesta en el ordenamiento jurídico, o sea, de qué manera la punición es vista por las instituciones y cómo éstas refuerzan o determinan sus intenciones. En definitiva, *“todo sistema penal prevé, expresa o tácitamente, criterios para la determinación de la pena a aplicar. Estos criterios tienen una estrecha relación con cuál sea el sentido y fin de la pena dentro del ordenamiento jurídico respectivo”*<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ed., Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2008, p. 470.

<sup>9</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>10</sup> ZIFFER, Patricia S. “El sistema argentino de medición de la pena (art. 41 del Código Penal Argentino)” in *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires: Ad.Hoc, p. 187.



En el caso de Argentina, así como también en el de Brasil, la Constitución silenció sobre referencias explícitas en relación al objetivo de la pena, debiendo el mismo ser extraído de la interpretación del texto constitucional, así como de las demás normas infraconstitucionales. En el caso argentino, el país mantiene una paradoja porque, por un lado, existe la posibilidad de prisión perpetua para adolescentes infractores y, por otro, incorpora la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece en su artículo 5º, ap. 6, como finalidad esencial de la pena privativa de libertad, **la reforma y la readaptación social del condenado.**

Por lo tanto, existe un contrasentido latente en el ordenamiento argentino, dado que, permitir la privación de libertad perpetua, especialmente en el caso de adolescentes, además de ser extremadamente cruel, le atribuye a la pena una característica puramente retributiva, lo que imposibilita la reinserción del individuo en su medio social. Como resultado, se estará condenando al sujeto a la pérdida de su juventud y de su libertad sin expectativas del fin de la punición, privándole de cualquier resquicio de ciudadanía.

Amplio es el consenso sobre la circunstancia de que la pena privativa de libertad, cuando es de carácter perpetuo, se configura como la expulsión permanente del individuo del grupo social. No existe, pues, finalidad de reintegración social, pero sí la “des-socialización”. La pena deja de mensurarse por los efectos del delito cometido y de la culpabilidad, dejando de ser individualizada y proporcional. Además de estigmatizador y socialmente costoso, cuando de carácter perpetuo, el confinamiento no busca otra cosa que alejar al individuo de la convivencia social.

En el caso en discusión, la sanción de carácter perpetuo aplicada a infractores no es proporcional frente al delito por ellos cometido, principalmente por el hecho de haberlo practicado en el período de su juventud. La verdad es que fueron punidos severamente por actos que cometieron sin tener su formación moral y ética plena, es decir, cuando aún no poseían la madurez suficiente para comprender plenamente las consecuencias dañinas de sus actos.





La sanción penal compatible con un Estado Democrático de Derecho pleno, en especial en el caso de las medidas socioeducativas<sup>11</sup> de los jóvenes, no podrá jamás ser perpetua, sin perspectiva de redención del infractor, principalmente teniéndose en cuenta la necesidad de dar eficacia a los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos de los cuales países como Argentina son signatarios.

Especialmente en lo que atañe al adolescente infractor, la medida sancionatoria debe volverse a finalidades pedagógicas, como un instrumento para formar el futuro ciudadano. En este sentido, es deseable la aplicación de puniciones alternativas con la prestación de servicios a la comunidad o, si es necesario, en carácter excepcional, la reclusión del individuo por un tiempo breve y determinado.

No se debe perder de vista jamás que en el eventual período de acotamiento de la libertad individual es esencial el contacto del adolescente con la sociedad, a fin de posibilitar su regreso a la misma, garantizando que la finalidad de la medida sea de hecho alcanzada. Es también indispensable que, en el curso de la reclusión, el Estado se habilite a garantizar el acceso a la educación básica de calidad, al priorizar el desarrollo intelectual y socio afectivo del adolescente, sin descuidarse de la garantía de otros derechos esenciales a la formación del individuo.

---

<sup>11</sup> Se optó por utilizar el término “medidas socioeducativas” en lo que atañe a la sanción impuesta a adolescentes infractores, pues, en Brasil, el Estatuto del Niño y del Adolescente trae como forma de reparación a la práctica infractora del joven las llamadas medidas socioeducativas (art. 112 del ECA) y medidas de protección (101 do ECA). Incluso cuando a dichas medidas no se les atribuya la denominación de “pena”, cabe señalar el entendimiento doctrinario brasileño que las ve como actos de intervencionismo estatal en la autonomía individual. En este sentido, “(...) es la voluntad coactiva del Estado que emerge de cualquier sentencia penal condenatoria y que, también en la esfera estatutaria, se va a sobreponer a la voluntad del adolescente en conflicto con la ley (...) Al afirmarse que la medida socioeducativa tiene carácter de sanción no se quiere con ello hacer que el adolescente tenga lo que hay de peor en el sistema punitivo del adulto (...) mucho menos hacer con que la sanción socioeducativa, que guarda visión educacional y pedagógica, tenga un contenido meramente retributivo, lo que sucede en la mayoría de las penas privativas de libertad. Al contrario, se preconiza la humanización de las respuestas institucionales, haciendo que la visión dominante entre muchos operadores del derecho – se debe punir para proteger el propio adolescente – encuentre en la brevedad y excepcionalidad sus parámetros” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o directo penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.190).



## II. CRIMINALIDAD Y CONTEXTO SOCIAL

El esfuerzo por comprender los motivos que conducen a la práctica de infracciones criminales por parte de niños y adolescentes ha tomado un espacio relevante en el debate político y penal brasileño. La reflexión tiene el objetivo de abarcar tanto los orígenes del comportamiento antisocial de esos individuos, como el tratamiento que les deberá ser dado luego del acto infractor.

Existe una clara preocupación por entender el meollo del problema para que sean tomadas las medidas adecuadas para resolverlo, principalmente porque se cree que la solución para la criminalidad del niño y del adolescente no reside en la imposición de medidas socioeducativas más rígidas, o en la antelación de la mayoría penal, sino en la mayor diligencia del Estado con la institución de la familia y con la promoción del amplio acceso a la educación pública de calidad, al brindarles a todos la igualdad de oportunidades, justificada por el principio de la isonomía<sup>12</sup>. Así, para entender el debate y, en especial, las causas de la criminalidad juvenil, primeramente se debe evaluar el contexto en el cual los adolescentes infractores están insertos, haciendo un análisis sociológico.

La estructura globalizada influenciada por el orden capitalista, en especial en los grandes centros urbanos, causa un gran abismo social entre las clases. Las capas menos privilegiadas se encuentran en una situación de miseria y son forzadas a encontrar medios, aunque obtusos, para garantizar su supervivencia. Tal es la realidad encontrada en Argentina, según señala el magistrado argentino LUIS FERNANDO NIÑO<sup>13</sup>, en la cual el adolescente sufre dificultades con los cambios intrapsíquicos, corporales, pasando por un período de abrupta transformación. Además de esos cambios y de las crisis propias de esa etapa, relata el magistrado que algunos adolescentes argentinos

---

<sup>12</sup> DA COSTA, Domingos Barroso. A Crise do Superego Brasileiro – Aspectos da Criminalidade Infanto-Juvenil, em *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 154, São Paulo: IBCCRIM, 2005.

<sup>13</sup> NIÑO, Luis Fernando. *Acerca de la capacidad jurídico-penal de niñas, niños y adolescentes* in Avances y Desafíos de un Sistema Penal Juvenil en Construcción, Buenos Aires: UNICEF, 2009.



se enfrentan con dificultades económicas, traducidas en indigencia y pobreza que conducen al límite, a los malos tratos, al abandono familiar y a la desnutrición.

Agrega Niño que *“Pese a tal suma de factores negativos es de resaltar contra la permanente construcción social de una realidad más insegura que la real y promovida por los sectores más reaccionarios y difundida por los medios masivos que responden a sus intereses, que en los peores años de la más aguda crisis económica padecida por la sociedad argentina, el aumento de la tasa global de criminalidad fue escasamente significativo”*<sup>14</sup>.

Se observa que los adolescentes se deparan con una excesiva carga de informaciones “que les imponen un *querer tener* ilimitado”<sup>15</sup>, siendo el mencionado *querer tener* fruto del sistema capitalista, de la sociedad de consumo vigente. Frente a tantos bienes consumibles, que no están a su alcance y de una sociedad evidentemente desigual, los adolescentes, privados de las condiciones, tendrán en la criminalidad el medio para la búsqueda de una identidad, que no le fue otorgada por la propia sociedad, y para la obtención de los bienes de consumo tan anhelados. En un mundo en el cual el individuo es identificado y alabado por su condición financiera, el adolescente marginado tendrá en el delito la forma de obtener su éxito personal.

A través de un análisis de la coyuntura social, se observa la existencia de un desequilibrio entre los medios y fines, pues hay un sistema social que no proporciona de forma igualitaria instrumentos adecuados para alcanzar lo que valora, entre los cuales estaría por ejemplo, la obtención de bienes de consumo. No obstante, es válido notar que la *frustración genera agresión*<sup>16</sup>, agresión en el sentido de una conducta más hostil, estando el adolescente frustrado con su inhabilidad para el alcance de su satisfacción potencialmente vulnerable al delito.

---

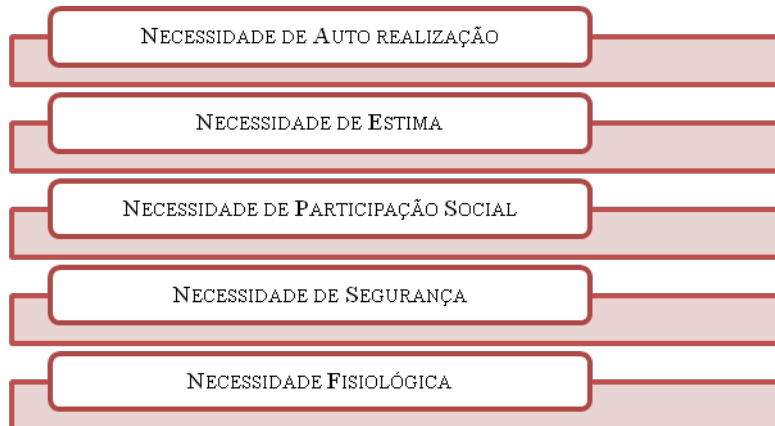
<sup>14</sup> *Ídem.*

<sup>15</sup> DA COSTA, Domingos Barroso, obra citada.

<sup>16</sup> TRINDADE, Jorge. *Delinqüência Juvenil – Compêndio Transdisciplinar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 77.



Según MASLOW<sup>17</sup>, existe una jerarquía de necesidades a ser satisfechas, cuya frustración en su obtención puede conducir a la práctica de actos infractores:



Según HIRSCH<sup>18</sup>, existen cuatro diferentes vínculos que correlacionan la sociedad y designan las unidades más significativas. Los elementos que forman el referido *vínculo* son: apego, empeño, involucramiento y convicción. Ya las *unidades significativas de control* son: la familia, la escuela y la ley. Para este autor, la conducta delincuente se vuelve posible cuando el adolescente no se siente parte del ambiente, no sintiéndose comprometido con éste, y en especial con respecto a los familiares y a la escuela, cuando no tienen el intuito de alcanzar éxito profesional o educacional, o cuando no cree en la legitimidad de la ley. Además, se observa que la conducta delincuente generalmente es producto de un control social que no es eficiente, de una socialización frustrada por padres ausentes, por la falta de perspectivas profesionales y educacionales y de un sistema legal dudoso.

HIRSCH presenta tres corrientes sociopatológicas distintas para explicar el comportamiento desviado de los adolescentes: (a) teoría del control; (ii) teoría del

---

<sup>17</sup> *Ídem.*

<sup>18</sup> *Ídem.*



desvío cultural; y (iii) teoría de la tensión. Entre ellas, presentan particular interés la primera y la tercera teorías.

Según este autor, la *teoría del control* entiende que los actos infractores son producto de la ruptura del *vínculo* del individuo con la sociedad, o incluso su debilitamiento. En este sentido, existe la presuposición de que el acto infractor se volverá posible en las hipótesis en las cuales el apego, el empeño, el involucramiento y la convicción estén debilitados. O sea, se puede entender que el sentimiento de identidad, la motivación para que el individuo se mantenga y siga las directrices de la sociedad ya no existe, haciendo que exista el sentimiento de exclusión, dejando al margen su involucramiento y fe en la sociedad y sus valores, siempre bajo la presuposición de que todos los individuos comparten del mismo conjunto de valores. De este modo, la delincuencia puede ser vista como la contestación del orden que está consolidado en una sociedad.

La *teoría de la tensión* parte de la misma presuposición de la *teoría del control*, al sostener que la sociedad presenta un consenso de valores y, de manera homogénea, persigue las mismas metas de éxito, como éxito profesional, educacional, etc. Sin embargo, este anhelo, que abarca de manera igualitaria a la sociedad no está acompañado por la disposición de medios para la obtención de estos elementos pertinentes al consenso de valores. De acuerdo con esta teoría, pues, la delincuencia ocurrirá en las hipótesis en que los medios convencionales para alcanzar las metas no estén disponibles.

Por último, es importante destacar la crisis por la cual la institución familiar está atravesando, principalmente en las capas más bajas de la sociedad. Hay una carrera por la supervivencia o incluso la inexistencia de medios suficientes que garanticen el sustento familiar, lo que genera un escenario familiar marcado por la ausencia de los padres. El caso *sub judice* permite constatar la creación de un círculo vicioso, una vez que los niños privados de la convivencia familiar vendrían a ser los futuros delincuentes, que serán privados de la convivencia con sus hijos en el futuro, como



ocurrió con CÉSAR, CLAUDIO, LUCAS MATÍAS MENDOZA y el fallecido DAVID (ver petición, p. 105). Se crea, por consiguiente, una cadena que consolida la desestructuración de la familia moderna de bajo ingreso.

También en este sentido, en lo que se refiere al microambiente donde los adolescentes desprovistos de medios y estructura familiar están insertos, la figura del éxito más próximo que poseen no es la del padre de familia, sino la del traficante o de aquel que practica robos. La realidad vivenciada por estos adolescentes retrata la óptica de la exclusión social, pues en definitiva, para que ellos obtengan la igualdad material con los demás individuos de la sociedad en la cual están insertos, tendrán que recurrir al propio tráfico o al robo, ya que no existe alternativa para el alcance del éxito personal. Se observa así, la ya mencionada tensión entre deseo y satisfacción.

Frente a este cuadro, se concluye que tanto la falencia del sistema estatal de asistencialismo, al dar las condiciones básicas, en lo que se refiere a los métodos educacionales, como la ausencia de un modelo familiar estructurado pueden explicar el ingreso de los adolescentes en la vida criminal. Es necesaria una reflexión madura sobre el tema y la concientización de que la ruptura de este círculo que se consolida no se encuentra en la rigidez del sistema penal, sino en la gestión y en la provisión de condiciones adecuadas y suficientes para la buena educación e inserción del adolescente en la sociedad.

### **III. IMPACTOS DE LA SANCIÓN PENAL PARA EL ADOLESCENTE**

En armonía con ese análisis de génesis del comportamiento desviado juvenil, se dispone en la Convención sobre los Derechos del Niño que *“El niño privado de libertad debe ser tratado con la humanidad y el respeto debidos a la dignidad de la persona humana y de forma adecuada con las necesidades de las personas de su edad (...)”* (art. 37, “c”).



El sistema carcelario somete al sujeto privado de libertad (por restricciones presupuestarias, de espacio o por cualquier otra restricción), a una situación de alto riesgo, a condiciones nefastas de higiene, a la violencia y a amenazas constantes, de manera que la imposición de medidas socioeducativas severas suscita, por sí sola, la discusión sobre la proporcionalidad de la sanción frente a las consecuencias que la vida en la cárcel le impone al individuo condenado<sup>19</sup>.

Dicha cuestión toma formas más delicadas si se considera el caso de la imposición de la privación de libertad a adolescentes, puesto que los efectos pueden ser más severos con respecto a éstos. Con relación a los adolescentes, merecen relevancia los dos ámbitos en los cuales se ven más afectados: salud e integridad física y el desarrollo de su personalidad.

A pesar de que los niños y adolescentes privados de libertad gozan de derechos garantizados por la Convención de los Derechos del Niño -- por ejemplo, la separación de los adultos --, tales derechos son sistemáticamente incumplidos, ya sea por inadecuación del sistema o por severas fallas de infraestructura. La violación común es el encarcelamiento de niños y adolescentes en instituciones carcelarias orientadas para adultos<sup>20</sup>, como en el caso ora examinado por esa Corte, en el cual los menores fueron expuestos, además de las enfermedades típicas a que están sujetos los presos, al sufrimiento de la práctica de crímenes violentos, como la violación y la agresión, que los vuelve particularmente sujetos a cometer suicidio<sup>21,22</sup>, hecho que apunta a la gravedad de las consecuencias de un inadecuado encarcelamiento de adolescentes.

---

<sup>19</sup> "No es difícil asociar la prisión con la muerte. Por una parte, por la realidad diaria de la vida en la prisión. Es mucho más fácil morir en prisión que fuera de ella. La prisión es una 'sociedad de alto riesgo'. Riesgo representado por las enfermedades, por los demás, por el propio detenido (los suicidios como demuestran las estadísticas, son mucho más frecuentes en prisión que fuera de ella)" (MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria. Tiempo de pena, tiempo de vida: reflexiones sobre la prisión perpetua de menores. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 2004, vol. 12, núm. 51, p. 49.

<sup>20</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe sobre los derechos de la niñez. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. Organización de los Estados Americanos, p. 111. Disponible en: [www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf) (acceso en 27.6.12).

<sup>21</sup> "La Corte Interamericana ha advertido que la no separación expone a los niños a: [...] circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe sobre los derechos de la niñez, obra citada, p. 111).

<sup>22</sup> "Nationally, children in adult jails and prisons are 5 times more likely to be raped, twice as likely to be beaten by staff, and 50% more likely to be attacked with a weapon than youths sent to juvenile justice system. A Justice Department study showed that the suicide rate of children in adult jails is 7.7 times



Sin embargo, la consecuencia más nefasta está en el plan del desarrollo de la personalidad. Al paso en que un adulto, al ingresar al sistema carcelario, ya tuvo su personalidad e identidad desarrolladas, no se puede afirmar lo mismo tratándose de adolescentes.

Ello porque los adolescentes no han alcanzado aún un pleno desarrollo físico, a la vez que sus cuerpos y, principalmente, sus cerebros todavía están en formación<sup>23</sup>. Para empeorar este cuadro, el encarcelamiento promueve incluso, el alejamiento de la familia, lo que trae consecuencias para el desarrollo psíquico del niño<sup>24</sup>, según lo observado. Es acertado afirmar por tanto, que la condenación a prisión perpetua tiene un significado e implicaciones distintos para adolescentes y adultos. Condenar un adulto a dicha sanción implica interrumpir su vida en determinado punto, en cambio, condenar un adolescente a prisión perpetua no implica apenas una interrupción de una vida, sino también la imposición de un relevante obstáculo para su desarrollo.<sup>25</sup>

Esta distinción no es trivial, pues al tratarse de un adulto, tenemos un ser humano formado, o sea, un sujeto que desarrolló una identidad. Pero, con respecto a un menor que, naturalmente, está viviendo este proceso de desarrollo de su identidad, tal medida trae una nefasta consecuencia al sustituir el ambiente en que los

---

*higher than that of youth in juvenile detention centers” (Transfer to Adult Court/ Trying Kids as Adults. Fact Sheet: Florida's Experience with Trying Juveniles as Adults. Building Blocks for Youth) (Disponible en: [www.buildingblocksforyouth.org/issues/juvenilecrime/factsheet.html](http://www.buildingblocksforyouth.org/issues/juvenilecrime/factsheet.html) Acceso el 27.6.12).*

<sup>23</sup>*“Neuroscience is providing new insights into brain development, revealing that changes in important neural circuits underpinning behaviour continue until at least 20 years of age. The curves for brain development are associated with comparable changes in mental functioning (such as iq, but also suggestibility, impulsivity, memory or decisionmaking), and are quite different in different regions of the brain. The prefrontal cortex (which is especially important in relation to judgement, decision -making and impulse control) is the slowest to mature. By contrast, the amygdala, an area of the brain responsible for reward and emotional processing, develops during early adolescence. It is thought that an imbalance between the late development of the prefrontal cortex responsible for guiding behaviour, compared to the early developments of the amygdala and associated structures may account for heightened emotional responses and the risky behaviour characteristic of adolescence<sup>28</sup>. There is huge individual variability in the timing and patterning of brain development. This could be taken to imply that decisions about responsibility should be made on an individual basis at this stage of development” (RHODES, Kristin. The criminal prosecution of juveniles: a philosophical reappraisal of adolescent agency. In: *Lethbridge undergraduate research journal*, v. 3, n. 2, 2008) (Disponible en: <http://www.lurj.org/article.php/vol3n2/juveniles.xml>; acceso en: 27.6.12).*

<sup>24</sup> Al tratarse de niños con padres encarcelados, HAGAN y DINOVTZER abordan el tema del alejamiento de los padres. Cf. HAGAN, J., DINOVTZER, R. Consequences of Imprisonment for Children, Communities, and Prisoners. In: *Crime and Justice*, v. 26, Prisons, 1999. p. 146.

<sup>25</sup> MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria, obra citada, p. 47.





intercambios sociales dificultarían el desarrollo de la identidad de este adolescente, por el ambiente del sistema carcelario, de forma que los intercambios sociales en que este sujeto tomará parte se darán no con los individuos que componen la sociedad en que pretende reintegrarse, sino con los que, excluidos de este orden por sus conductas, viven en total aislamiento en un sistema a parte<sup>26</sup>.

Frente a la vulnerabilidad por la cual se distingue el menor infractor de los demás, la temática de la finalidad de la punición se plantea una vez más. Con respecto a ello, el papel primordial de la sanción debe ser la reinserción pautada por la idea de que existe, además del acto infractor y de su punición, la necesidad de acciones sociales amparadas y promovidas por el Estado<sup>27</sup>. No se puede alcanzar la anhelada reinserción a través de un sistema carcelario inadecuado, incapaz de suplir las demandas de los adolescentes infractores<sup>28,29</sup>. Someter a un menor a la cárcel y, principalmente, a la cárcel conjuntamente con adultos, significa cerrar la puerta para su re-socialización<sup>30</sup> o incluso su socialización.

No es correcto afirmar que adolescentes infractores están de hecho insertos en la sociedad. Según los argumentos mencionados, se sustenta que adolescentes con tendencias a comportamientos antisociales no pueden ser considerados plenamente socializados en la medida en que padecen de condiciones económicas, lo que les impide tener las mismas oportunidades que los adolescentes de clases sociales más elevadas. Y esta premisa tiene que ver con la necesidad de repensar el sistema como un todo, así como analizar profundamente la finalidad de la sanción y la necesidad de garantizar la socialización y no solamente la re-socialización de los adolescentes, lo que no es posible a través de la privación de la libertad.

---

<sup>26</sup> "Si en el exterior los individuos se definen a menudo por su profesión o por su edad (un 'joven', un 'viejo') en detención los sustantivos más frecuentemente utilizados remiten ya sea al delito cometido, ya sea a la duración de la pena: 'pequeña pena', 'larga pena', 'perpetua'" (MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria, obra citada, p. 47).

<sup>27</sup> MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria, obra citada, p. 53.

<sup>28</sup> GRAZIANO, Sergio. La construcción social del comportamiento criminal del menor infractor. *Boletim IBCCRIM*, año 2003, v. 11, n. 126, p. 6.

<sup>29</sup> MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria, obra citada, p. 44-66.

<sup>30</sup> MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria, obra citada, p. 53-54.



Según los relatos incluidos en la petición encaminada por la Defensoría Argentina (p. 40 y ss.), las condiciones carcelarias en el país, de hecho, no proporcionan la socialización, ni siquiera la re-socialización, conforme con lo observado en el caso de LUCAS MATÍAS MENDOZA (p. 39 y ss.), que sufrió daños en los ojos, no fue tratado, perdió la visión y no recibió ninguna atención, como la debida educación en Braille.

#### **IV. ESTUDIO COMPARADO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL**

Al compararse la legislación argentina con las de otros países, se puede apreciar que ésta se encuentra a contramano de un movimiento, verificado principalmente en Latinoamérica y en Europa. Mientras la mayoría de esos países respeta las normas internacionales respecto al tratamiento del adolescente en conflicto con la ley, el ordenamiento argentino sigue teniendo disposiciones que contrarían parte de esas exigencias.

De esta manera, Argentina no solamente no cumple directamente con las reglas del derecho internacional, como será demostrado más adelante, sino que además va en contra de una tendencia regional, o incluso mundial, de dar una mayor protección al adolescente en conflicto con la ley penal.

La mayoría de los países distingue las sanciones penales previstas para adolescentes de las previstas para adultos<sup>31</sup>. En toda Europa, la pena de mayor duración para adolescentes es de 25 años<sup>32</sup>. Algunos ejemplos: Alemania prevé como pena máxima diez años de internación para adolescentes infractores; España, ocho años y Holanda, dos años. Ya Italia impone como límite dos tercios de la pena de un adulto y Francia, la mitad. O sea, la pena de prisión perpetua, tal como está prevista en

---

<sup>31</sup> Disponible en: <[http://www.usfca.edu/law/ilwop/other\\_nations/](http://www.usfca.edu/law/ilwop/other_nations/)>. Acceso el: 29/03/12.

<sup>32</sup> Disponible en: <[http://www.usfca.edu/law/ilwop/other\\_nations/](http://www.usfca.edu/law/ilwop/other_nations/)>. Acceso el: 29/03/12.



el *Régimen Penal de la Minoridad* vigente en Argentina, si se la compara con los países europeos, por lo menos, es excepción.

Este es el tenor del estudio realizado por una clínica de Derechos Humanos de la Universidad de San Francisco<sup>33</sup>, que hizo una recolección de todos los países que permiten la imposición de sanciones de prisión perpetua sin posibilidad de liberación (*life imprisonment without the possibility of release or parole – LWOP*) a niños y adolescentes infractores. Según el estudio, excepción realizada a los Estados Unidos, en el cual ese tipo de pena llega a ser posible para niños de cualquier edad, sólo hay en el mundo otros diez países en los cuales las leyes podrían ser entendidas de manera que permitan la LWOP, siendo uno de ellos Argentina. Incluso Estados Unidos, notablemente célebre por una posición conservadora en materia de justicia penal, viene flexibilizando el tratamiento destinado a sus adolescentes infractores. Hay que destacar que en 2012 la Suprema Corte Norteamericana juzgó el emblemático caso *JACKSON VS. HOBBS*, argumentando que la prisión perpetua para menores de edad constituye una violación a la octava Enmienda de la Constitución norteamericana, la que prohíbe puniciones de carácter cruel y no comunes<sup>34</sup>.

El estudio señala la situación en Argentina como un motivo de preocupación, una vez que el cambio legislativo promovido en 2004 había permitido la imposición de LWOP. Según el estudio, la nueva legislación podría ser interpretada de manera que permita no sólo la pena de prisión perpetua, como incluso la prisión perpetua sin posibilidad de liberación.

La situación es grave. Aún más si consideramos que, sin contar los Estados Unidos, que nunca ratificaron la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño donde hay por lo menos 2.484<sup>35</sup> niños y adolescentes cumpliendo medidas de prisión

---

<sup>33</sup> NEWMAN, Frank C., International Human Rights Clinic da University of San Francisco School of Law.

<sup>34</sup> Jackson Vs. Hobbs, US Supreme Court.

<sup>35</sup> DE LA VEGA, C.; LEIGHTON, M. Sentencing our children to die in prison: global law and practice *University of San Francisco Law Review*, v. 42, Aug. 2008, p.983 e ss. Disponible en: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=sentencing%20our%20children&source=web&cd=1&ved=>



perpetua sin posibilidad de liberación, hay actualmente en el mundo apenas doce niños y adolescentes cumpliendo sanciones penales de carácter perpetuo cinco de los cuales se encuentran en Argentina<sup>36</sup>.

También, desde el punto de vista regional, la gravedad de la legislación argentina llama la atención una vez que, entre los países que aceptaron la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y desconsiderando Argentina y Barbados, la pena más alta prevista para adolescentes en este ámbito es de quince años, y nada más que en tres países<sup>37</sup>, siendo el promedio general alrededor de los siete años.

Ello se explica por el hecho de que hubo en Latinoamérica, principalmente a partir de los años 90, un proceso de adecuación de los ordenamientos jurídicos de cada país a las prescripciones de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. En ese contexto, la gran mayoría de los países latinoamericanos adoptó nuevos códigos de la niñez, al incorporar los principios de la Convención. Un estudio realizado por UNICEF<sup>38</sup> indica que pocos países se resistieron a esa tendencia, incluyendo Panamá y Argentina.

Como explica BELOFF<sup>39</sup>, ese proceso de reformas legislativas en el ámbito del derecho penal juvenil se dio de un modo bastante singular. Primero, porque revolucionó la forma de producción de las leyes, que pasaron a ser elaboradas por los

---

OCFAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.usfca.edu%2Fflaw%2Fdocs%2Fsentencing\_our\_children%2F&ei=UFzzT\_amNli02gXczl3iAw&usg=AFQjCNHqkTpPyJaHZDJ6whN0-3GP1EdVTQ. Acceso el: 29/03/12.

<sup>36</sup> "La mano dura y la Corte menemista podrían costarle una condena internacional al país," Buenos Aires Económico, Enero 23, 2008. Disponible en:

<http://prensa.cancilleria.gov.ar/noticia.php?id=15812298>. Acceso el: 30/03/12.

<sup>37</sup> El Salvador, Costa Rica e Surinam.

<sup>38</sup> REFORMAS LEGISLATIVAS Y LA IMPLANTACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. Centro de Estudios Innocenti de UNICEF. Disponible en: < [http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/law\\_reform\\_crc\\_imp\\_por.pdf](http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/law_reform_crc_imp_por.pdf)>. Acceso el 04.05.2012.

<sup>39</sup> BELOFF, Mary G. Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latino-americanos. In GARCÍA MÉNDEZ, E.; BELOFF, M.; CILLERO BRUÑOL, M.; BONASSO, A.; DO AMARAL E SILVA, A. F.; CONDE ZABALA, M. J.; ACOSTA VARGAS, G. *Adolescentes y responsabilidad penal*/ p. 29-69. Revista de ILANUD/ año 2003, n. 24, p. 103-137.



actores efectivamente comprometidos con la implantación de la Convención y de modo bastante democrático, en lugar de los supuestos “*experts*” en derecho de niños y adolescentes. Segundo, por el contenido de esas nuevas leyes, que buscaron construir un sistema legal que hiciera posible el ejercicio pleno de derechos reconocidos por la Convención Internacional. Dicho proceso tuvo inicio en Brasil con la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente en 1989. Desde entonces, la mayoría de los países de Latinoamérica abandonó los modelos asistencialistas tutelares, característicos de las legislaciones de niños y adolescentes previas a la Convención Internacional, creando nuevos sistemas para regular la condición jurídica de la infancia y de la adolescencia.

Estos sistemas comprenden exclusivamente las situaciones en las que una persona menor de 18 años comete un delito, falta o contravención. Ellos excluyen los niños de la atribución de responsabilidad y, al mismo tiempo, ubican a los menores de 18 años fuera del sistema de justicia penal de adultos. En ellos, niños y adolescentes, pasan a ser concebidos tanto como sujetos de derechos como de responsabilidades, gozan de todas las garantías procesales y substantivas de las cuales gozan los adultos frente al aparato coactivo del Estado e incluso de otros derechos particulares. Previenen, incluso, soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico-penal. O sea, la atribución de responsabilidad presenta consecuencias jurídicas diferentes, teniendo en cuenta la particular condición del sujeto que está en pleno desarrollo, se aplican las llamadas medidas socioeducativas o sanciones penales juveniles. De este modo, la privación de libertad pasa a ser vista como una sanción alternativa y excepcional, a ser aplicada apenas en casos de delitos muy graves, limitada en el tiempo y breve<sup>40</sup>.

Hasta el advenimiento de la adopción de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, el tratamiento se daba con base en un modelo tutelar, que no separaba el “menor infractor” del “desamparado”. Así, el adolescente era considerado

---

<sup>40</sup> *Ídem.*



inimputable penalmente; sin embargo, el Estado no dejaba de reaccionar contra aquellos considerados peligrosos o potenciales delincuentes, y ejercía sobre ellos coacción material directa por tiempo indeterminado, sin las garantías que cualquier adulto tiene frente a la pretensión punitiva del Estado<sup>41</sup>.

Con la adecuación de los ordenamientos a la Convención, la antigua “justicia de menores”, fue sustituida por la “justicia juvenil”, que reúne un conjunto de normas e instituciones creadas específicamente para dar respuestas a la situación del individuo menor de edad acusado de cometer un delito.<sup>42</sup> Y, en ese nuevo modelo, el adolescente en conflicto con la ley pasa a recibir un tratamiento especial, que tiene en cuenta su condición de sujeto en desarrollo y que le reconoce todos aquellos derechos y garantías de que disponen los adultos frente al aparato estatal, y también otros específicos para su condición.

De este modo, la adecuación de los ordenamientos jurídicos a las prescripciones de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño hizo que hubiera un cambio en la mentalidad en lo que se refiere al tratamiento penal juvenil en la mayoría de los países de Latinoamérica. Sin embargo, Argentina se quedó fuera de ese proceso y la admisión de la sanción carcelaria de carácter perpetuo a adolescentes.

## **V. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO PENAL JUVENIL EN BRASIL**

El cambio de mentalidad antes mencionado puede ser fácilmente verificado en el estudio de la evolución del tratamiento penal juvenil en Brasil.

Hasta 1830, cuando se publicó el primer Código Penal de Brasil, los niños y adolescentes eran severamente penalizados, sin que hubiera una gran diferenciación

---

<sup>41</sup> *Ídem.*

<sup>42</sup> *Ídem.*



con respecto a los adultos, aunque el hecho de ser menor haya constituido un atenuante a la punición desde los orígenes del derecho romano<sup>43</sup>. El Código Penal del Imperio de Brasil fijó la imputabilidad penal plena a los catorce años de edad y estableció un sistema biopsicológico para punición de niños entre los siete y los catorce años<sup>44</sup>.

De modo general, la legislación relativa a la infancia en las primeras décadas del período del Imperio se refería, principalmente, a una preocupación con el recogimiento de los niños huérfanos y expuestos<sup>45</sup>. Esta situación se agravó con la abolición de la esclavitud en 1888, que tuvo como consecuencia un gran crecimiento del número de abandonados e infractores<sup>46</sup>.

El advenimiento del Código Penal de los Estados Unidos de Brasil, en 1890, no trajo grandes innovaciones en lo que se refiere a responsabilidad de menores de edad. Sin embargo, con la proclamación de la República, la temática del niño pasó a ser más discutida por las elites que demandaban la intervención del Estado para educar y corregir a los niños y a los adolescentes de edad<sup>47</sup>.

Ya en el siglo XX, el movimiento internacional por los derechos del niño pasó a reivindicar el reconocimiento de su condición distinta de la del adulto. En ese contexto, se produjo el desarrollo de la llamada *Doctrina de la Situación Irregular*, que preconizaba una política de supresión de garantías a cambio de la “protección” de los niños y adolescentes<sup>48</sup>. La doctrina se fundaba en el binomio carencia/delincuencia y

---

<sup>43</sup> SOARES, Janine Borges. A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, ano 2003, n. 51, p. 257-286.

<sup>44</sup> *Ídem*.

<sup>45</sup> *Ídem*.

<sup>46</sup> Disponible en: <http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/index.php/a-fundacao/historia>  
Acceso el: 26.06.2012.

<sup>47</sup> SOARES, Janine Borges, obra citada.

<sup>48</sup> *Ídem*.



no confundía más el niño con el adulto. No obstante, de dicha doctrina resultaba otro mal: la criminalización de la pobreza<sup>49</sup>.

Como reflejo de las discusiones de la época, se creó en 1927, el primer Código de Menores de Brasil, que establecía que: *“el menor abandonado o delincuente, menor de dieciocho años, quedaría sometido al régimen establecido por este Código, eximiendo el menor de catorce años de cualquier proceso penal, y sometiendo al mayor de catorce y al menor de dieciocho a proceso especial”*<sup>50</sup>. El Código reflejaba un tenor proteccionista y una intención de control total sobre los adolescentes y de intervención sobre la población pobre, consagrando así la alianza entre la justicia y la asistencia.<sup>51</sup> Este modelo de legislación respondía a los temores provenientes del aumento de la criminalidad infantil, buscando proteger al mismo tiempo, a la sociedad y a la infancia<sup>52</sup>.

El Código Penal de 1940 mantuvo esa perspectiva tutelar y fijó la imputabilidad penal a los 18 años. Los niños y adolescentes estaban sujetos apenas a la pedagogía correctiva de la legislación especial que trataba de forma totalmente igualitaria a los delincuentes y a los abandonados.<sup>53</sup>

En 1979, se creó el nuevo Código de Menores que consagró la *Doctrina de la Situación Irregular*. Éste se destinaba a los niños y adolescentes considerados en situación irregular, vistos como objeto potencial de intervención del sistema de justicia, formado por los Juzgados de Menores, que no hacían distinción entre menor abandonado y delincuente ya que la “situación irregular” englobaba tanto a los infractores como a los abandonados. Ello, en última instancia, llevaba a la criminalización de la pobreza y a la “judicialización” de la cuestión social dentro del objetivo del Derecho del Menor, pues, muchas veces, en nombre de la “protección” de

---

<sup>49</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>50</sup> SOARES, Janine Borges, obra citada, p. 266.

<sup>51</sup> *Ídem*.

<sup>52</sup> *Ídem*.

<sup>53</sup> *Ídem*.





los niños y los adolescentes les eran negadas las garantías de los sistemas jurídicos del Estado de Derecho<sup>54</sup>.

Esa situación sólo empieza a modificarse con la promulgación de la Constitución de 1988, la llamada “Constitución Ciudadana”, que se anticipó a la Convención Internacional sobre el Derecho del Niño, adhiriéndose totalmente a la *Doctrina de la Protección Integral*<sup>55</sup>, siendo Brasil el primer país en adecuar su legislación a las normas de la Convención, incorporándolas al texto constitucional.<sup>56</sup>

La materialización de la *Doctrina de la Protección Integral* cupo al Estatuto del Niño y del Adolescente “Estatuto da Criança e do Adolescente” (ECA), promulgado en 1990, que transformó drásticamente la cuestión del niño y del adolescente en Brasil, trayendo amplios cambios de orden político, donde se destaca la descentralización de las políticas públicas en las áreas de la infancia y juventud y el hecho de la efectividad de los derechos fundamentales del niño y del adolescente que pasaron a ser asumidos como un deber de todos<sup>57</sup>. Como principal cambio cultural, el menor deja de ser visto como un mero objeto de medidas y es elevado a la condición de sujeto de derechos, cuya particularidad es estar aún en desarrollo.<sup>58</sup>

Ya en la esfera jurídica, se puede destacar el surgimiento del sistema de responsabilidad penal del adolescente infractor. La función jurisdiccional abandona, así, su carácter asistencial, pasando a lidiar apenas con conflictos y abandonando cuestiones referentes a la carencia de recursos materiales.<sup>59</sup> Representativo es el hecho de que el Juez de Menores, que trataba de la “situación irregular” del menor,

---

<sup>54</sup> *Ídem*.

<sup>55</sup> En la redacción original: “Art. 227. Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, salud, alimentación, educación, ocio, profesionalización, cultura, dignidad, respeto, libertad y convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”.

<sup>56</sup> SOARES, Janine Borges, obra citada.

<sup>57</sup> *Ídem*.

<sup>58</sup> *Ídem*.

<sup>59</sup> *Ídem*.



haya sido sustituido por el Juez de Derecho, que juzga la eventual situación irregular de la familia, de la sociedad o del Estado.

Hubo de esa manera, un verdadero cambio de paradigma en lo que respecta al tratamiento del menor<sup>60</sup>. En lo que se refiere a la cuestión del acto infractor, el “ECA” fue capaz de poner fin a las ambigüedades que perduraron entre protección y responsabilidad del adolescente infractor. En el nuevo sistema, el autor de conducta contraria a la ley penal, que tenga entre doce y dieciocho años de edad, debe responder a un procedimiento para la averiguación del acto infractor y, en el caso de comprobadas autoría y materialidad, estará sujeto a la aplicación de medidas socioeducativas, de carácter sancionatorio y, al mismo tiempo, pedagógico, respetándose todas las garantías aseguradas a los mayores que infringen la ley penal<sup>61</sup>. Además de ello, en ese sistema de responsabilidad, predominan los principios del Derecho Penal Mínimo, *“optando la ley juvenil por las penas restrictivas de derechos como alternativas a la privación de libertad”*<sup>62</sup>.

La importancia del nuevo sistema de Derecho Penal Juvenil, contemplado por el “ECA”, reside en la superación de un pasado de violencia, arbitrariedades y discriminación<sup>63</sup>, y en la creación de un nuevo paradigma del tratamiento del adolescente en conflicto con la ley. Es evidente que la implantación completa de la Doctrina de la Protección Integral está lejos de ser cabalmente alcanzada, sin embargo, ello no nos impide celebrar las modificaciones profundas y significativas alcanzadas hasta aquí.

Cumple mencionar la existencia de Resolución adoptada en el ámbito de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP - ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL) formulada durante el XVIIº Congreso Internacional de Derecho Penal, que trató

---

<sup>60</sup> *Ídem.*

<sup>61</sup> *Ídem.*

<sup>62</sup> *Ídem*, p. 283.

<sup>63</sup> *Ídem.*



la responsabilidad penal de menores en el orden jurídico nacional e internacional<sup>64</sup>. Entre los países que adoptaron dicha Resolución se encuentran: Argelia, Brasil, China, Irán, Colombia, entre otros<sup>65</sup>.

De acuerdo con la mencionada Resolución, los países participantes del XVII<sup>o</sup> Congreso Internacional de Derecho Penal se comprometieron en adoptar medidas velando por la protección especial necesaria al niño y al adolescente por la sociedad y por la legislación y el mayor interés del niño y el del adolescente<sup>66</sup>.

El ítem 10, de la Sección III de la Resolución, dispone que la punición de carácter perpetuo de cualquier modo, puciones corporales, tortura y otros tratamientos degradantes o inhumanos deben ser prohibidos, siendo que el plazo máximo para la privación del derecho de libertad debe ser de 15 (quince) años. No obstante, el ítem 13 del documento, determina que el aprisionamiento debe ser tratado como una medida de carácter excepcional, siendo aplicado apenas en los casos de graves ofensas y para adolescentes considerados altamente peligrosos<sup>67</sup>.

La Resolución representa el esfuerzo internacional, cada vez mayor, de garantizar y defender el interés del niño y del adolescente, al respetar principios de proporcionalidad, adecuación y necesidad, con el fin de garantizar su posterior reinserción en la sociedad y de detener medidas consideradas abusivas y no coherentes, tales como la prisión perpetua y la condenación a más de 15 (quince) años de aprisionamiento.

---

<sup>64</sup> *Revue Internationale de Droit Penal*, año 75, 1<sup>o</sup>/2<sup>o</sup> trimestre de 2004 – Colloque Préparatoire, XVII<sup>e</sup> Congrès International de Droit Pénal, 12-19 Septembre, 2004. Beijing (Chine), Francia: Éditions Érès, 2005.

<sup>65</sup> De acuerdo con la *Revue Internationale de Droit Penal*, año 75, 1<sup>o</sup>/2<sup>o</sup> trimestre de 2004 – Colloque Préparatoire, XVII<sup>e</sup> Congrès International de Droit Pénal, 12-19 Setiembre, 2004. Beijing (China), participaron del Congreso y adoptaron las recomendaciones: Argelia, Austria, Bélgica, Brasil, China, Colombia, Croacia, República Checa, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irán, Japón, México, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovenia, Suecia, Túnez y Estados Unidos de América.

<sup>66</sup> *Revue Internationale de Droit Penal*, obra citada, p. 786.

<sup>67</sup> *Ídem*.



## VI. LA EXPERIENCIA DE LA FUNDACIÓN CASA

Con el fin de ilustrar lo que se ha afirmado hasta aquí, sacamos a colación una de las más emblemáticas traducciones prácticas del nuevo paradigma de tratamiento penal juvenil ahora destacado. Se trata de la experiencia llevada a cabo por el Estado de San Pablo, a través de una institución de corrección juvenil, la Fundación CASA, que se muestra como una alternativa exitosa cuando se la compara con el antiguo pasado de violencia y represión a niños y adolescentes brasileños.

Según lo ya dicho, en Brasil, la Justicia Penal está disciplinada por el Estatuto del Niño y del Adolescente “Estatuto da Criança e do Adolescente” (ECA) y por la Ley Federal nº 12.594, instituidora del Sistema Nacional de Atención Socioeducativa (SINASE). Dicha legislación es responsable por reglamentar el régimen jurídico de las medidas socioeducativas aplicables a los adolescentes infractores estableciendo principios y directrices básicas.

El régimen jurídico de corrección juvenil es formulado y coordinado por la Unión, pero le compete a cada Estado de la Federación desarrollar y mantener sus propios programas para la ejecución de medidas socioeducativas de *semilibertad* e *internación*. Como resultado, actualmente se observan enormes disparidades regionales en la conducción del tratamiento socioeducativo de los adolescentes infractores brasileños. Algunas deficiencias se han perpetuado en los Estados del país y su evaluación es bastante lenta. En muchos Estados brasileños, hay un déficit crónico de vacantes en unidades de internación y carencia de recursos humanos y materiales. Buena parte de los programas pedagógicos provinciales padece la falta de coordinación e ineficiencia, y persisten aún grandes barreras a la creación de una cultura de re-socialización en detrimento de la cultura meramente represora.

No obstante, existen Estados brasileños que se están destacando por los grandes avances en sus sistemas socioeducativos. La mejor experiencia brasileña en



este sentido se ubica en el Estado de San Pablo, y se desarrolla a través de la Fundación CASA. La Fundación Centro de **Atención Socioeducativa al Adolescente** (Fundación “CASA”) es la institución del Estado de San Pablo encargada de aplicar las medidas socioeducativas establecidas en la legislación brasileña. Creada en 2006, la institución está vinculada a la *Secretaría de Justicia y de la Defensa de la Ciudadanía* y brinda asistencia a adolescentes de entre 12 y 21 años incompletos<sup>68</sup>. En su corta existencia, la Fundación ha sido capaz de generar una importante transformación en el tratamiento socioeducativo de los adolescentes paulistas. Sus frutos positivos pueden ahora ofrecer un marco de referencia también para Argentina, cuyo sistema juvenil correccional es blanco de cuestionamientos ante esta Corte.

Es atribución de la Fundación “CASA” la aplicación a los adolescentes infractores de las medidas socioeducativas de *semilibertad e internación*, previamente establecidas por la autoridad competente del Poder Judicial<sup>69</sup>. En este sentido, la Fundación es el instrumento institucional paulista para la implantación de las reglas y principios que rigen el tratamiento socioeducativo de los adolescentes brasileños. Su creación tuvo como preocupación central colocar en práctica el espíritu protector presente en la legislación juvenil brasilera, que busca amparar el adolescente reconociendo su peculiar etapa de desarrollo.

En la concreción de sus objetivos institucionales, la Fundación representó una significativa ruptura con el modelo socioeducativo anterior existente en el Estado de San Pablo. Hasta 2005, la institución provincial para la política juvenil era la Fundación Provincial **del Bienestar del Menor – “FEBEM”**. Creada en 1976, la “FEBEM” atendía a los adolescentes infractores del Estado en grandes unidades concentradas principalmente en la Capital<sup>70</sup>. Durante tres décadas de existencia, la “FEBEM” quedó marcada ante la sociedad civil como una institución violenta, represora y autoritaria,

---

<sup>68</sup> Disponible en: <http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/index.php/medidas-socioeducativas>. Acceso el: 27.06.12.

<sup>69</sup> *Ídem*.

<sup>70</sup> Disponible en: <http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/index.php/a-fundacao/historia>. Acceso el: 27.06.12.



incapaz de ofrecer a los adolescentes paulistas el tratamiento protector previsto en la legislación patria.

Al sucederle a la “FEBEM”, la Fundación “CASA” buscó forjarse bajo una nueva cultura de tratamiento juvenil. Uno de los principales pilares de la sustentación de ese abordaje se dio por el programa de descentralización de la atención. En síntesis, el objetivo fue hacer que los adolescentes fueran atendidos en lugares cercanos a sus familias y dentro de sus comunidades, lo que facilita la reinserción social<sup>71</sup>.

Para los adolescentes sometidos a medidas socioeducativas en ambiente abierto (*libertad asistida y prestación de servicios a la comunidad*), el programa tuvo como resultado la municipalización de la atención, actualmente supervisado por la Secretaría de Estado de la Asistencia y Desarrollo Social. Para los adolescentes que necesitan ser privados de libertad, la Fundación inició un programa que prevé la construcción de 61 centros en el Interior, siendo que 59 ya están en funcionamiento. La mayoría tiene una capacidad bastante reducida con el fin de facilitar el trabajo pedagógico con los adolescentes. Generalmente, son 40 adolescentes en internación y 16 en internación provisoria por centro, y la mayoría es gestionada en asociación con entidades indicadas por los municipios.

En seis años de funcionamiento, el nuevo modelo presentó una serie de avances. Entre ellos, una caída significativa en las tasas de reincidencia y en la ocurrencia de rebeliones.

En 2006, en la época de la antigua Fundación Estadual del Bienestar del Menor (“FEBEM”), el 29% de los adolescentes en internación reincidían<sup>72</sup>. Actualmente, la tasa se ubica en el 13%. Las rebeliones cayeron de 80 ocurrencias en 2003, a solamente una en 2009.

---

<sup>71</sup> *Ídem.*

<sup>72</sup> *Ídem.*



En 2005, el 82% de los adolescentes del Estado estaban en grandes complejos en la Capital. Con la descentralización, la ecuación se invirtió: cerca del 44% están en el Interior, el 38% en la Capital y los restantes distribuidos en la Gran San Pablo (12%) y en la Costa (5%)<sup>73</sup>.

Otra vertiente de actuación que pasó por una enorme modificación fue el programa pedagógico destinado a los adolescentes. Actualmente, todos se encuentran matriculados en la enseñanza formal (salvo cuando no se obtiene el permiso de la Secretaría Estadual de Educación) y cuentan con atención en el área del arte, cultura, educación física y deporte.

## VII. CONCLUSIÓN

Brasil ha logrado darle eficacia práctica a los compromisos humanitarios asumidos ante la comunidad global, ratificados en tratados y convenciones internacionales que se han incorporado a la legislación patria. La prohibición de las penas de carácter perpetuo ya es una tradición constitucional que se remonta a la Carta Magna de 1934<sup>74</sup>, pero la Constitución brasileña vigente fue inequívoca al disponer sobre la prohibición definitiva de ese tipo de prisión, determinando en su art. 5º, inciso XLVII, párrafo “b” que *“no habrá penas de carácter perpetuo”*.

La sensibilidad con que el tema de la prisión perpetua es encarado dentro el ordenamiento jurídico brasileño se fortalece cuando se trata de la juventud, considerando la amplia esfera de protección garantizada por el ECA, el cual, acompañando los dictámenes del texto constitucional, crea un régimen jurídico de

---

<sup>73</sup> *Ídem.*

<sup>74</sup> LUISI, Luiz. La prisión perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en la constitución brasileña *In Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI: volumen de homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David en su 72. aniversario (21/7/1929)*, p. 455-462.



medidas socioeducativas comprometido con el respeto a la peculiar etapa de desarrollo del adolescente.

Si bien la implantación de la justicia penal juvenil en Brasil no se dé de manera homogénea entre los Estados de la Federación, tanto el texto de la Constitución como las legislaciones infraconstitucionales obligan al poder público a cumplir con requisitos mínimos de respeto de los adolescentes en el campo penal. Y la letra de la ley no es la única en influir y limitar los gobiernos provinciales en adecuar sus sistemas de corrección juvenil, sino también lo es la propia experiencia práctica de instituciones como la fundación “CASA”, que prueba ser posible humanizar el tratamiento penal juvenil y, al mismo tiempo, mantenerse el orden social pacificado y cohesivo.

Si tanto se ha dicho hasta aquí, ha sido para que se evidencie de qué manera el tratamiento penal destinado a los adolescentes de Argentina contrasta con la realidad de países con los cuales debería hermanarse, puesto que es signataria de tratados humanitarios comunes, como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

#### **VIII. DEL DERECHO: NORMAS Y TRATADOS INTERNACIONALES INFRINGIDOS POR EL ESTADO ARGENTINO**

Además de la exposición teórica de la finalidad humanizada de la pena y de las consecuencias nocivas de la punición perpetua, especialmente en el caso de adolescentes infractores, es imprescindible señalar las normas irrespetadas por el Estado argentino en el caso en pauta, pues la legislación interna se encuentra en conflicto con normas de tratados internacionales de los cuales el país es signatario,





además de irrespetar derechos hace tiempo consolidados en la jurisprudencia de esa Corte<sup>75</sup>.

Primeramente, las sentencias proferidas contra los infractores infringen la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, así como la Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Niño de 1989, de fuerza coercitiva, de las cuales la Argentina es signataria. Estos instrumentos normativos surgieron para establecer parámetros de tratamiento digno al infante, evitando su exposición a situaciones de violencia y crueldad que acarrearán daños irreparables, de la manera que lo hizo el Estado argentino, actuó de modo contrario al tratamiento preconizado en esos documentos, ignorando sus garantías y tratándolos como adultos.

Entre las normas internacionales que tratan del asunto de los derechos del niño y del adolescente, se puede citar la infracción al artículo 1.2. de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de los Derechos de los Menores<sup>76</sup>, o Reglas de Beijing, de 1985; los tópicos 1. y 2. de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad<sup>77</sup>, de 1990; e incluso las Directrices de

---

<sup>75</sup> Por ejemplo, en el “Caso de los Niños de la Calle” (Villagrán Moraes y otros) Vs. Guatemala de 1997, en el cual se estableció en el ámbito de la CIDH la necesidad de tratar el interés del adolescente como superior. En este sentido, la Corte estipula la exigencia de que los Estados adopten en sus sistemas legislativo, judicial y administrativo, medidas que impongan la reflexión sobre cómo asegurar el mejor interés de los adolescentes y evitar posibles consecuencias nocivas.

<sup>76</sup> “1.2. Los Estados miembros se esforzarán por crear condiciones que aseguren al menor una vida útil en la comunidad fomentando, durante el **período de vida en que el menor se encuentre más expuesto a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y de educación alejado todo lo posible de cualquier contacto con la criminalidad y la delincuencia**”.

<sup>77</sup> “1. El sistema de justicia de menores debe respetar los derechos y la seguridad de los menores y promover su bienestar físico y mental. La prisión deberá constituir una medida de último recurso.  
2. Los menores sólo deben ser privados de libertad de acuerdo con los principios y procesos establecidos en estas Reglas y en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor debe ser una medida de último recurso y por el **período mínimo necesario y debe ser limitada a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por una autoridad judicial, sin excluir la posibilidad de una liberación anticipada**”.



las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, o Directrices de Riad (1990), especialmente el artículo 1<sup>78</sup>.

Aunque se haya comprometido en honrar tales normas internacionales, el Estado argentino presenta una solución opuesta al tratamiento digno velado para los adolescentes.

En lo que atañe específicamente a la Convención Americana de Derechos Humanos, el ordenamiento penal argentino, y su aplicación en los casos discutidos, se encuentra en conflicto con diversos dispositivos del documento internacional, del cual el país es igualmente signatario, habiendo asumido el compromiso ante esta Corte y ante los demás países que se adhirieron al Tratado de adecuar sus normas internas a los límites estipulados en ámbito internacional.

Los primeros artículos de la Convención infringidos se refieren al derecho a la integridad personal del niño y a la libertad personal, culminando con la cuestión de la condena a prisión y reclusión perpetuas. En su artículo 19, el Tratado establece que el niño tiene derecho a la protección exigida por su condición de menor, tanto por parte de su familia y de la sociedad, como del mismo Estado.

Otro dispositivo de la Convención Americana de Derechos Humanos irrespetado en la previsión e imposición de pena de reclusión perpetua, independientemente de las edades de los infractores, es lo dispuesto en el artículo 5º, especialmente en sus números 1, 2, y 6. Ello, pues la norma establece la necesidad del respeto a la integridad de la persona, prohibiendo su exposición a tortura y penas degradantes e inhumanas, debiendo ser preservada su integridad y velando la finalidad de la readaptación social del condenado.

Cabe también indicar afrenta al artículo 5, número 6, que consagra el objetivo fundamental de la reinserción social<sup>79</sup> en caso de punición necesaria, una vez que se

---

<sup>78</sup> "1. La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Dedicados a actividades lícitas y socialmente útiles, orientados hacia la sociedad y considerando la vida con criterios humanistas, los jóvenes pueden desarrollar actitudes no criminales".



debe buscar y preservar los derechos y libertades individuales, en especial en el tratamiento con los niños (art. 2º de la Convención Americana):

“5. Los menores, cuando pudieren ser procesados, deben ser separados de los adultos y conducidos a tribunal especializado, con la mayor rapidez posible, para su tratamiento. 6. Las **penas privativas de la libertad deben tener por finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.**”

Específicamente la decisión del tribunal argentino en el caso concreto afronta dispositivos de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial el artículo 3º, que establece que todas las decisiones referentes a niños deben tener en cuenta, sobre todo su interés. En el caso específico, al imponer sanción penal de cuño degradante y cruel a los adolescentes en momento de formación de su carácter, no hubo cualquier atención al mejor tratamiento que les podría ser suministrado.

El principio del *interés superior del niño* consolida la idea de que el sistema punitivo debe ser utilizado de manera excepcional, o sea, como *ultima ratio*<sup>80</sup>. Los artículos 3º, 1, y 37, b, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño disponen que:

Art. 3º, 1: “En todas las medidas relativas a los niños, tomadas por instituciones de bienestar social públicas y privadas, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, tendrán consideración primordial los intereses superiores del niño”.

Art. 37, b: “Los Estados Partes velarán para que:

---

<sup>79</sup> En este sentido, aún existe confrontación con el artículo 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes reconocen al niño sospechoso, acusado o que reconoció haber infringido la ley penal el derecho a un tratamiento capaz de favorecer su sentido de dignidad y valor, reforzar su respeto por los derechos del hombre y las libertades fundamentales de terceros y que tenga en cuenta su edad y la necesidad de facilitar su reintegración social y el asumir un rol constructivo en el seno de la sociedad”.

<sup>80</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão, obra citada, p. 165.



b) ningún niño sea privado de su libertad de forma ilegal o arbitraria. La detención, la reclusión o la prisión de un niño se efectuarán en conformidad con la ley apenas como último recurso, y durante el más breve período de tiempo que sea apropiado”.

En este mismo sentido, la Resolución adoptada en el *XVIIº Congreso Internacional de Derecho Penal*, también conocida como *Reglas de Beijing*, en su artículo 17, 1, d, también señala<sup>81</sup>: “*el bienestar del joven será el factor preponderante en el examen de casos*”. De este modo, la medida socioeducativa que restringe derechos del adolescente debe ser la mínima posible a fin de proteger y garantizar el mejor interés del adolescente, siendo que la integración de este principio ocurrirá mediante la limitación de la pretensión de punir del Estado<sup>82</sup>. De este modo, la función de prevención general de la pena cede espacio al *interés superior del niño*, principio que, según los documentos internacionales, se sobreponen a ella, de modo de limitar la pretensión punitiva, en el caso del niño y del adolescente.

Además de ello, el artículo 37 de la misma Convención determina que los Estados signatarios no deben permitir que niños sufran torturas o sean sometidos a penas crueles, tal como la pena de muerte o de carácter perpetuo. La norma mencionada trae explícitamente la prohibición para que las penas como las mencionadas sean impuestas a infractores con menos de 18 años, tal como es el caso juzgado por esta Corte<sup>83</sup>.

La prisión, en el caso de los adolescentes y respetando la idea de tratamiento diferenciado de estos con respecto a los adultos, debe ser vista como la última

---

<sup>81</sup> *Ídem*.

<sup>82</sup> SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006, p. 109, *apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão, obra citada.

<sup>83</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 37: Los Estados Partes garantizan que: a) Ningún niño será sometido a tortura o a penas o tratamientos crueles o degradantes. La pena de muerte y la prisión perpetua sin posibilidad de liberación no serán impuestas por infracciones cometidas por personas con menos de 18 años; b) Ningún niño será privado de libertad de forma ilegal o arbitraria: la captura, detención o prisión de un niño deben ser conformes a la ley utilizadas únicamente como medida de último recurso y tendrán la duración más breve posible”.



alternativa (principio de la excepcionalidad) y, aún así, siempre vinculada a la idea de liberación y temporalidad de la sanción determinada (principio de la brevedad). En especial en lo que respecta al tratamiento diferenciado debido a los adolescentes, en el caso argentino eso no fue observado, pues la sanción es la misma que podría ser atribuida a un adulto<sup>84</sup>.

Actualmente, se debe tener presente que este tratamiento diferenciado no se basa en la edad que el infractor tendrá en el momento de cumplimiento de la punición, sino en la que tenía al momento de la infracción. Tal situación vacía el principio del *interés superior del niño*, además de posibilitar la acción estatal arbitraria y violenta.

Cabe mencionar el entendimiento de GARCÍA MENDEZ en el sentido de que "*los instrumentos internacionales son tan categóricos en este punto que me animaría a decir que 'invierten el peso de la prueba', en el sentido de que obligan al sistema de la justicia penal a demostrar que todas las alternativas existentes ya fueron intentadas, o por lo menos, descartadas racional e equitativamente por la autoridad judicial (me refiero a los artículos 13, 13. 1, 13. 2 , 17 b, 17 c y 19. 1 de las Reglas de Beijing, al punto 45 del capítulo de Política Social de las 'Directrices', al punto 1 de las Perspectivas Fundamentales de las Reglas Mínimas, que utiliza inclusive la palabra 'abolir' ('El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los jóvenes y fomentar su bienestar físico y mental. No debería ahorrarse esfuerzo para abolir en la medida de lo posible, la prisión de jóvenes'). Por último, también es claro en este sentido el inciso b del artículo 37 de la Convención Internacional"*<sup>85</sup>.

Con la edición de estos importantes instrumentos de derecho internacional, los niños y adolescentes pasaron a recibir tratamiento diferenciado, sobre todo con el objetivo de consolidar y proteger sus derechos fundamentales dada su condición de

---

<sup>84</sup> Por lo tanto, es posible mencionar incluso el irrespeto a los artículos 19, 5.6, 1.1 y 2 de la Convención Americana.

<sup>85</sup> MENDEZ, Emílio Garcia, COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros.



fragilidad. Una vez que el Estado argentino es signatario de esos instrumentos normativos, asumió el compromiso de cumplirlos, preservando sus adolescentes y garantizando sus derechos. El presente caso, no obstante, denuncia el patente y claro incumplimiento de esos deberes.

La previsión de la aplicación de pena de reclusión perpetua a adolescentes implica la violación de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, y le cabe a esa Corte declarar la violación y aplicar las sanciones pertinentes.

Estas son las consideraciones que el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales “Instituto Brasileiro de Ciências Criminais”, en su calidad de *amicus curiae*, tiene el honor de someter a los Excelentísimos Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

San Pablo, 20 de agosto de 2012.

**MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES - OAB/SP 155.546**