



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21
CARRERA DE ABOGACÍA

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**“LA IMPUTABILIDAD PENAL DE LOS MENORES
EN EL DERECHO ARGENTINO”**

Mariano Pérez Aguilar
2014

RESUMEN EJECUTIVO

El presente Trabajo Final de Grado tratará y analizará a la imputabilidad penal por la edad.

A lo largo de su desarrollo intentaremos dar un panorama sobre la legislación actual referida a los menores que delinquen y si sería conveniente o no la modificación de la misma.

Por otro lado buscaremos responder a ciertos interrogantes que se plantean dentro del marco temático: ¿Las causas del problema?, ¿Edades a partir de las cuales se registra mayor nivel de delincuencia?, ¿Las condiciones de detención de los menores?.

Para ello estudiaremos que opiniones tienen sobre el tema algunos intelectuales entendidos en el mismo, como así también de que manera es el sistema en otros países.

EXECUTIVE SUMMARY

The present Final Work of Grade will treat and analyze to the penal inculcation for the age.

Along its development we will try to give a panorama on the current legislation referred to the minors who commit an offense and if it would be suitable or not the modification of the same one.

On the other hand we will think about how to answer to certain questions that appear inside the thematic frame: The causes of the problem? Ages from which major crime (delinquency) level registers? The conditions of detention of the minors?

For it we will study that opinions have on the topic some intelligentsia dealt with the same one, as this way also of that way is the system in other countries.

ÍNDICE DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN.

INTRODUCCION

CAPÍTULO I

- 1.- La Imputabilidad Penal. Nociones generales.....pág.5
- 2.- Régimen Penal Juvenil Actual. Breve Análisis.....pág.11
- 2.1- Constitucionalidad de la Ley 22.278. Convención Internacional de los Derechos del Niño.....pág.20
- 3.- La Realidad Actual. Breve descripción.....pág.31
- 3.1.- Edad a partir de la cual se registra mayor nivel de delincuencia.....pág.34
- 3.2.- Causas sociales.....pág.37
- 3.3.- Causas Psicológicas.....pág.40

CAPÍTULO II

- 1.- Antecedentes legislativos de nuestro País más relevantes.....pág.40
- 2.- Legislación Comparada.....pág.43

CAPÍTULO III

- 1.- Posiciones doctrinarias, respecto a la edad de imputabilidad penal.....pág.48
- 2. Jurisprudencia destacada.....pág.57

CAPÍTULO IV

- 1.- Aspectos normativos sobre condiciones de detención de menorespág.58.
- 1.1.- Normas Internacionalespág.58.
- 1.2.- Normativa Internapág.61.
- 2.- Condiciones de detención actuales en institutos de menores.....pág.65.

CONCLUSION.....pág.84

BIBLIOGRAFÍA.....pág.86

INTRODUCCIÓN.

Desde hace ya largo tiempo se discute con fundamento básicamente empírico, acerca de la corrupción moral y actitudinal que se acrecienta en las personas desde cada vez más temprana edad, todo ello debido a diversas causas y factores sociales, culturales, económicos, educacionales, entre otros.

Así, Tieghi, Osvaldo N., comenta que: “el delito y la generación de tendencias juveniles criminógenas (hábitos, impulsos, reflejos o estructuras impulsivo-motivacionales ontogenéticamente adquiridos) no eran solo consecuencia del aprendizaje subcultural del delito sino, también, del despreciable abandono de la educación virtuosa de nuestros hijos o crisis institucional del aprendizaje social de índole moral (causalidad deficiente y no eficiente o "ausencia de bien"), como ya enseñaba San Agustín dieciséis siglos antes que comenzaran a probarlo -en las primeras décadas del siglo XX- los científicos conductuales por medio de la experimentación” (TIEGHI, 2004, págs. 174-175).

Es por ello, que ante la predecible actualidad, en la que nos encontramos con cada vez mas número de delincuentes con edades cada vez menores, es que se cuestiona el Régimen Penal de la minoridad vigente, sobre todo en lo que a edad de imputabilidad respecta, y salen a la luz opiniones opuestas, referidas a la conveniencia de modificar la mencionada legislación en sentidos antagónicos, proponiendo algunos elevar la edad de Imputabilidad penal, y otros disminuirla.

Con este Trabajo Final, lo que se busca es determinar si es realmente necesario implementar una reforma legislativa en el sistema penal de la minoridad, y en su caso, el curso que debe tomar la mencionada medida. Asimismo, se busca describir la situación actual en nuestro País, en lo que a delincuencia refiere, analizando al mismo tiempo los cambios y modificaciones legislativas que se han producido en la materia, hasta llegar al Régimen vigente, tratando de extraer conclusiones concretas y exponiendo además cual es la opinión doctrinaria a que han arribado los expertos en la materia.

Para introducirlos en la temática es conveniente precisar el concepto de Imputabilidad penal. Así la Doctrina la define como el conjunto de facultades mínimas que debe reunir un sujeto para ser considerado culpable por la comisión de un hecho típico y antijurídico (RINALDONI, 2012, págs. 103-155).

Por su parte el Art 1 de la Ley 22.278 establece que “no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es que no haya cumplido dieciocho años, respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación”.

Y a la vista está, que es de la propia naturaleza de la Imputabilidad, de donde surge la edad como elemento determinante de la misma. Ahora bien, ¿Cuál es la edad desde la que es conveniente imputar a las personas? Ese es el interrogante que se pretende responder con este trabajo.

Puede aseverarse, que en general el Derecho Penal es una rama dentro del ámbito jurídico que ha cobrado creciente importancia, y especialmente en lo que a delincuencia de menores respecta, generándose a través de las opiniones vertidas sobre esta temática, una polémica a la que aún no se ha logrado darle solución.

Surge patente entonces, la conveniencia de este trabajo de investigación, ya que por su intermedio, se intentará otorgar una herramienta de argumentación, aportando elementos válidos de debate.

De este modo se pretende colaborar con el procedimiento de Reforma comentado, allanando al menos un poco el camino que resta recorrer, para implementar una modificación legislativa en forma responsable y cuyos resultados repercutan positivamente para todo el grupo social, o al menos generar en las personas que lean este trabajo, el convencimiento de la urgencia de tratamiento que esta materia requiere.

Teniendo en cuenta los objetivos planteados, en el capítulo 1 describiremos el tema de la imputabilidad penal en cuanto a sus nociones generales, es decir, sus definiciones, un análisis del régimen penal juvenil actual, la constitucionalidad de la ley 22.278, una breve descripción de la realidad actual, la edad a partir de la cual se registra mayor nivel de delincuencia y cuales son algunas de sus causas sociales y psicológicas.

En el capítulo 2 trataremos todo lo relativo a los antecedentes más relevantes sobre la imputabilidad penal por la edad, tanto en nuestro país como en el exterior.

En el capítulo 3 abordaremos diversas posiciones doctrinarias y jurisprudencia sobre el tema.

Y para concluir en el capítulo 4 desarrollaremos por un lado, los aspectos normativos nacionales e internacionales sobre las condiciones de

detención de los menores, y por otro lado, cuales son las condiciones actuales de detención de dichos menores.

CAPITULO I

1.- LA IMPUTABILIDAD PENAL. NOCIONES GENERALES

¿QUÉ ES LA IMPUTABILIDAD PENAL? DEFINICIONES.

Para debatir la problemática planteada en la presente investigación es necesario primero tratar de definir qué se entiende por imputabilidad penal para luego comprender algunas cuestiones que se desprenden o parten de ese concepto, tales como quienes son los sujetos imputables o inimputables y porqué.

Para ello analizaremos distintas conceptualizaciones brindadas por los doctrinarios más expertos en la materia, en mi humilde entender; y trataremos de estipular si existe o no alguna definición en concreto dada por la legislación vigente.

En primer lugar, luego de haber releído las diversas definiciones dadas por los autores, podemos afirmar que para la doctrina nacional en general, se advierte que se considera a la imputabilidad como un presupuesto o como un elemento de la culpabilidad. Es decir, si se es "*imputable*", se puede ser culpable y en consecuencia se puede aplicar, respecto de ese sujeto, una pena de las establecidas en el derecho penal vigente.

Así, citando a Morales Lezica Luis F., podemos decir que "la imputabilidad puede ser conceptualizada como la capacidad de ser responsable o capacidad de responder como autor de un hecho delictual cometido, es decir, es la capacidad que tiene una persona de responder -penalmente- por un injusto penal cometido" (MORALES LEZICA, 2009, pág. doc.1461).

Por su lado el abogado penalista Carlos Creus, parte de una definición en sentido negativo, es decir partiendo desde la inimputabilidad; definiéndola como "la incapacidad del sujeto para ser culpable, o sea, para saber lo que hace y conocerlo como contrario al derecho (o) para dirigir sus acciones de acuerdo a ese conocimiento" (CREUS, 1992, pág. 36). Es decir, el concepto de imputabilidad se desprende aquí a partir del de inimputabilidad, pero en el fondo se refiere también a la capacidad de un sujeto de ser culpable y como consecuencia de ello, punible.-

Por otro lado Sebastián Soler, en su obra “Derecho Penal Argentino”, afirma que la imputabilidad es el “conjunto de condiciones que el sujeto debe reunir para responder penalmente de su acción, condiciones que son fijadas por el derecho” (SOLER, 1970, pág. 19). Conforme su definición, las personas que no reúnan tales condiciones son inimputables, y por ende no pasibles de que se aplique sobre ellos las penas del Código Penal.

Luego el autor, recientemente citado, se refiere a cuáles son las *causas de inimputabilidad*, diciendo que son de dos clases: a) la primera por inmadurez; y b) la segunda, por insuficiencia o alteración morbosa de las facultades e inconsciencia. Abarcando con ello todas las causales de inimputabilidad sobre las que me referiré más adelante. Asimismo, refiere a la definición de imputabilidad penal que nos brinda el reconocido penalista alemán Max Ernst Mayer, sosteniendo que es absolutamente válida para nuestra ley, quien la define como "la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y obrar conforme a ese conocimiento" (SOLER, 1970, pág. 20).

El penalista Ricardo Núñez, por su parte, define a la imputabilidad penal como “la condición del delincuente que lo hace capaz de actuar culpablemente. En el caso de la menor edad, la inimputabilidad se funda en la falta de madurez mental del autor” (NUÑEZ, 1960, págs. 24- sgts.). Conforme la definición y análisis que hace el autor también coincide con la mayoría de los autores en definir la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad. Y de acuerdo a lo anteriormente manifestado por Soler, respecto a las causales de inimputabilidad penal, aquí el autor también se refiere a la minoridad como una de las causales de inimputabilidad penal, sosteniendo que entran en la causal basada en la inmadurez mental del autor.-

Una situación nueva, en todo lo que venimos desarrollando, la introduce Fontán Balestra (FONTAN BALESTRA, 1974, pág. 529), cuando al definir la imputabilidad sostiene que “es una capacidad personal que debe ser determinada en cada caso concreto en relación con el hecho atribuido”. Y argumenta sus dichos al decir, que conforme a la ley 14.394 (hoy sin vigencia) que derogó expresamente los arts. 36 a 39 del Cód. Penal, adoptó así un criterio que puede decirse que prescinde de la imputabilidad, basando las decisiones de la autoridad judicial en la personalidad del menor y el ambiente

social y familiar en que vive en cuanto pueda ejercer influjo sobre su personalidad. Si bien, conforme el año de edición de la obra del prestigioso jurista que aquí analizamos, es una conclusión totalmente aplicable al concepto de imputabilidad, que respecto a menores, hoy barajamos; teniendo en cuenta la amplia discreción con la que cuenta el juez a la hora de decidir sobre el destino de los menores que participaron en la comisión de un hecho delictivo, como ya se analizará más adelante.-

El actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eugenio R. Zaffaroni; parte desde la carencia de condición, con mayor terminología jurídica. Así determina que imputabilidad “es la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel analítico en que se halla la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad” (ZAFFARONI, 1985, págs. 109-120). Es decir, en afirmativo, la imputabilidad es la posibilidad psíquica para comprender lo antijurídico, según su definición.-

Es decir, volviendo a lo expuesto por Carlos Creus, en la obra citada, la imputabilidad es la capacidad que tiene una persona para comprender la criminalidad de un acto y dirigir sus acciones, en el momento que comete un hecho (CREUS, 1992, pág. 36). Este concepto de imputabilidad, en opinión del autor, está fijado en una ley formal, es decir en una ley dictada por el Poder Legislativo, con ello se refiere al Código Penal, donde en el art. 34 deja establecido el concepto de imputabilidad.

Sin embargo, conforme la mayoría de la doctrina consultada, y en opinión que comparto; y el cuerpo legal citado (art. 34 C.P.), no existe legalmente una definición. Es decir, de dicho artículo se puede deducir un concepto de imputabilidad, debido a que el legislador allí ha mencionado las causales de no punibilidad de una conducta que siendo antijurídica se vuelve no culpable o no punible. Pero en ningún artículo de dicho cuerpo legal se establece expresamente que es, o qué se entiende por imputabilidad penal.-

Por eso se hace imprescindible a continuación, transcribir el artículo citado, a los fines de mencionar, con un somero análisis, las distintas causales de imputabilidad, para avocarnos luego a una de ellas, siendo ésta la objeto de estudio de la presente investigación.-

Así, el Código Penal en el Título V titulado “*Imputabilidad*” en el artículo 34 establece que: “*No son punibles:*”

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5º. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados,

paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7°. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor” (Argentino, 2005).-

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que la imputabilidad es un concepto jurídico, una institución técnica-jurídica creada por el legislador, elaborada por el autor de la norma y contenida en la ley; y no una creación antojadiza o despojada de todo sentido, fundamento o razón de ser. Y que si bien no está definida expresamente, es la ley quien delinea su significado y extensión.-

Ahora bien, fijado el concepto de imputabilidad como presupuesto para que una persona sea capaz de responder legalmente -léase juzgada- por un ilícito, cabe relacionarlo en el caso que el autor del hecho fuese un menor de edad. Es decir, se hace necesario preguntarse entonces, desde cuándo la ley penal presupone y supone que una persona es imputable a los fines de responder por la comisión de un delito.

Por ello, conforme señala Morales Lezica, Luis, en su trabajo *“Acerca de la Imputabilidad o inimputabilidad de los menores de edad”* (MORALES LEZICA, 2009, pág. 1), para entender y comprender el concepto de imputabilidad debemos remontarnos al año 1917, fecha de elaboración y creación del Código Penal, (puesto en vigencia en el año 1921 mediante la sanción de la ley n° 11). El legislador de esa época, siempre dentro del contexto social, cultural, económico, educacional, en fin, coyuntural, que rodea toda elaboración de normas que han de regirnos, ha tenido en cuenta al momento de su sanción y dictado del Código Penal, todos los antecedentes locales y foráneos para la promulgación y puesta en vigencia del Código Penal.

Siguiendo la opinión del autor citado, el Código Penal, al fijar el concepto de inimputabilidad no admite cuestionamientos de ninguna índole ni deja lugar a dudas con relación a la inimputabilidad de los menores de edad (siempre dentro de una franja de edad -obviamente-), tema que sí es objeto de cuestionamientos jurídicos a otros supuestos de inimputabilidad establecidos por la ley, como se expuso anteriormente, por ejemplo: ebriedad, minorados mentales y otros; que aunque escapen al objeto de estudio de la presente investigación, es importante destacar.

Sin embargo, tampoco contempla la minoría de edad expresamente en el artículo 34, como causal de imputabilidad sino que surge del inciso 1; y se encuentra respaldada y regulada expresamente en la Ley 22.278 y sus modificatorias, complementarias del Código Penal, regulatorias del “Régimen Penal de la Minoridad”; como así también en la Ley 26.061 referida a la Protección integral de niñas, niños y adolescentes, derogatoria del “Régimen de Patronato” o “Ley de Agote” (como se la conocía más comúnmente); como así también en las Declaraciones y Pactos Internacionales receptados por Ley y que gozan de jerarquía constitucional, y que analizaremos luego.

Es importante aclarar, que el Código Penal en el artículo 34 establece una presunción legal *iure et de iure*, esto implica que no admite prueba en contrario la inimputabilidad de los menores de edad; pero esta presunción encuentra su razón de ser y fundamento en una cuestión de carácter médico, psiquiátrico, jurídico. En consecuencia, la ley presume que debido a su inmadurez mental el menor no se encuentra en condiciones de comprender la criminalidad de sus actos. Supone, sobre la base de estudios científicos comprobados, que los menores carecen del suficiente desarrollo intelectual, o la maduración de una persona mayor de edad; que no poseen el dominio de su voluntad lo suficientemente desarrollado para entender o comprender lo bueno de lo malo, no comprenden debido a su escaso desarrollo de su intelecto que sus actos están prohibidos por la ley. Es decir, no gozan de plena libertad -en el sentido del dominio pleno de sus actos o libre albedrío-, no comprenden cabalmente sus acciones, no distinguen lo lícito de lo ilícito, por ello es que determina su inimputabilidad y su irresponsabilidad penal, ergo no deben responder por sus hechos, impidiendo la punibilidad de los mismos. Esta presunción que fija la Ley es nuestro objeto de estudio, en lo referente a si en realidad es tan así como parece exponerlo en su regulación.-

Volviendo al análisis sobre la estructura de la imputabilidad en el Código Penal en el Título V (artículos 34, 35, y 40 a 44), decíamos que allí expresa los sujetos punibles, entre quienes se incluyen los que no pueden comprender la criminalidad de sus acciones (inc. 1º, donde quedan incluidos los menores); el que actúe en legítima defensa (inc. 6º) o en función de su cargo (inc. 4º), por obediencia debida (inc. 5º), etcétera. Para atenuar o agravar la responsabilidad se debe tener en consideración varias circunstancias como “*la edad*”, las costumbres, la educación, los antecedentes criminales, participación, reincidencias, y especialmente si se halla en situación de extrema pobreza.

Pero, como se dijo también, respecto a los menores punibles y no punibles existe en nuestro país un Régimen especial regulado por la Ley 22.278 y sus modificatorias, que hace hincapié en sistematizar y normar específicamente la imputabilidad de los menores de edad y los procedimientos a seguir en aquellos casos donde intervengan menores de edad en la comisión de hechos delictivos. En consecuencia, es preciso analizarlo a continuación para entrar de lleno en el eje central del presente trabajo de investigación.-

2.- RÉGIMEN PENAL JUVENIL ARGENTINO ACTUAL. BREVE ANÁLISIS.

El actual esquema normativo penal de la minoridad se encuentra regulado a través de la Ley 22.278, publicada en el Boletín Oficial el 28 de agosto de 1980 (en plena época de la dictadura militar) ; con su modificatoria más destacada la ley 22.803 publicada en el Boletín Oficial el 9 de mayo de 1983. En el contenido de la ley se observan tanto disposiciones de fondo, como normas de procedimiento entremezcladas.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis del Régimen Penal Juvenil actual, es importante hacer una breve referencia de las primeras disposiciones normativas que se ocuparon de regular el destino de los menores en el ámbito penal, sin perjuicio de que dichos antecedentes legislativos serán analizados con mayor detenimiento en el capítulo III.-

Así debemos remontarnos al Código penal de 1921, que contenía entre sus artículos 36 a 39 prescripciones relativas a los menores de edad, determinando la edad de 14 años como límite de imputabilidad absoluta. Es

decir los menores que hayan cumplido los 14 años de edad y en adelante, ya eran imputables para el derecho penal, es decir estaban sometidos a las penas fijadas por el legislador en ese cuerpo legal (11.729, 2005).-

En el año 1954, se dicta la ley 14.394, llamada "Modificación al régimen de menores y de la familia", la cual derogó los artículos 36 a 39 contemplados en el Código Penal, y reguló sobre la imputabilidad de los menores en los artículos 1 a 13.

Conforme lo explica la abogada Fellini, Zulita en su trabajo "*Reflexiones sobre la cuestión penal juvenil*", publicado en 2009; la ley 14.394 recibió la influencia del movimiento de despenalización de los menores; como consecuencia, la idea que privó, dice, fue la de sustraerlos del Código Penal para ser sometidos a un régimen especial, destinándolos cuando correspondiera, a establecimientos asistenciales y educacionales (FELLINI, 2009).

A continuación, destaca las características más salientes de la ley 14.394, a saber: a) la sustracción del menor del Código Penal; b) la elevación del límite de imputabilidad a los 16 años, a diferencia del Código originario de 1921; c) la sustitución del criterio punitivo por el tutelar; d) una imputabilidad relativa para la franja etaria de 16 a 18 años; e) un régimen diferencial en la ejecución de la sanción para los menores de 18 a 22 años de edad; f) la extensión de los beneficios del régimen de la tutela jurídica al menor emancipado; g) la obligatoriedad del examen integral del medio y de la personalidad del menor; h) la ejecución diferencial según los resultados de ese examen; i) obligatoriedad del examen mental en ciertos casos; y j) la computación optativa para el juzgador de la reincidencia, que en el Código de 1921 era obligatoria.

En conclusión, según la autora, distinguía en tres categorías de menores, basadas en la edad del sujeto y en la diferenciación de sus consecuencias jurídicas.

En junio de 1976, cuando el país no transitaba políticamente por un estado de derecho, tuvo su origen la llamada ley 21.338, que modificó el Código Penal y parcialmente la 14.394 en materia de menores de edad.

Así, conforme lo explica Julio Martínez Vivot, la ley 21.338 modificó, en su momento, el sistema que fijara la ley 14.394, que había ubicado el régimen de imputabilidad en los 16 años, estableciendo un tratamiento especial para quienes entre este tope y los 18 años delinquieran y llevó tales edades a 14 y 16 años, respectivamente (MARTINEZ VIVOT, 1983). Es decir, volvió hacia atrás fijando una imputabilidad absoluta hasta los 14 años, edad a partir de la cual ya se era imputable a los efectos penales al menos en forma relativa, es decir fijó una imputabilidad relativa desde los 14 a 16 años; adquiriendo plena responsabilidad penal a partir de los 16 años cumplidos.

Sin embargo, el sistema de ejecución penal especial abarcaba hasta los 21 años, edad en que se obtenía la mayoría.

Pero, el 25 de agosto de 1980, aún durante el régimen de facto, fue sancionada y promulgada, consecuente con la ideología imperante en nuestro país, la ley 22.278, siendo incorporada al Código penal, que suscribió fundamentalmente la concepción de la ley 14.394, no obstante haber dispuesto la derogación de sus artículos 1 a 13, como se expuso anteriormente.

Es decir, la Ley 22.278, si bien mantuvo los 14 años como punto de partida para el sometimiento al proceso, extendió la posibilidad de no imposición de pena a través del tratamiento tutelar hasta los 18 años.

De esta manera, el "Régimen Penal de la Minoridad" no contiene un catálogo propio de infracciones susceptibles de ser cometidas por menores de edad, sino que se remite, en forma genérica, a las disposiciones del Código Penal y sus leyes penales específicas. En consecuencia, son los tipos enumerados en la parte especial del Código Penal y sus leyes complementarias, los que determinan que acciones o conductas pueden ser atribuidas a personas menores de dieciocho (18) años de edad.

Pero en Mayo de 1983, se sanciona y publica la ley 22.803, que vino a modificar el régimen de punibilidad de menores sometidos a proceso. De esta manera, con el nuevo ordenamiento legal, regresamos a las fuentes, esto es, al régimen de la ley 14.394, vale decir: inimputabilidad absoluta hasta los 16 años y a partir de allí y hasta los 18 años, procesamiento y tratamiento en miras al posible "perdón" -entre comillas- con la única variante que mientras el sistema originario (ley 22.278) preveía que la no punición se extendía hasta

los 18 años en caso de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de 1 año con multa o inhabilitación, la modificatoria lo eleva, hasta el presente, a 2 años, abrazando en tal sentido el criterio que introdujo la ley 22.278, tal como lo expone Martínez Vivot, en su citado trabajo (MARTINEZ VIVOT, 1983).-

En conclusión, la ley 22.278, sancionada y promulgada en 1980, sufrió reformas posteriores siendo la más importante la efectuada por la ley 22.803, ya que modificó los arts. 1° y 2°, elevando la edad mínima de inimputabilidad a los 16 años. Sin embargo, el esquema del Régimen Penal Juvenil actual sigue estando estructurado sobre la base de la 22.278, con sus modificatorias, el cual nos proponemos analizarlo brevemente a continuación.

El artículo 1° de la ley 22.278, fija la franja etaria a partir de la cual un menor se convierte en imputable. Así, textualmente, establece: *“No es punible el menor que no haya cumplido DIECISEIS (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido DIECIOCHO (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de DOS (2) años, con multa o con inhabilitación...”* (INFOLEG, 2013).

El primer párrafo del artículo citado, establece una imputabilidad absoluta respecto de los menores de edad que no hayan cumplido 16 años al momento de cometer un ilícito. Esto es, conforme el texto de la norma citada, los menores que no hayan cumplido 16 años de edad al momento de cometer un hecho delictivo, son inimputables para la ley penal. Esto quiere decir, que no están sometidos a un proceso judicial penal, ni les es posible la aplicación de una pena de las establecidas en el Código Penal vigente.

Asimismo a continuación, la misma norma establece una imputabilidad relativa. Es decir, y tratando de clarificar en sentido afirmativo el contenido de la norma, refiere a la responsabilidad penal que pudiere caberle a los menores que se encuentren en la franja etaria entre los 16 a 18 años de edad respecto de todos aquellos delitos que no sean de acción privada, o tuvieren una pena de multa o inhabilitación, o una pena privativa de la libertad que exceda los 2 años. Y así lo reafirma en el primer apartado del artículo 2, cuando en su primer párrafo establece expresamente que: *“Es punible el menor de*

DIECISEIS (16) a DIECIOCHO (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo primero... ” (INFOLEG, 2013).

Esto es, si se trata de un delito de acción privada, o un delito cuya pena sea multa o inhabilitación, o cuya pena sea privativa de la libertad y no exceda los 2 años, el menor que se encuentre entre los 16 a 18 años cumplidos, es inimputable. Colocándolo así al mismo nivel de inimputabilidad que a los menores de 16 años. Pero su vuelve imputable, dicho menor cuando participare en la comisión de cualquier otro delito tipificado por la normativa penal vigente.-

Siguiendo la opinión del abogado Ezequiel Crivelli, expuesta en su trabajo *“Bases para un nuevo Derecho Penal Juvenil”* (CRIVELLI, 2008), en estos supuestos, donde la norma establece que los menores comprendidos entre los 16 y 18 años de edad tampoco serán imputables, se reduce el ámbito material de intervención, quedando comprendidas por ejemplo, y en primer lugar, las faltas o contravenciones, toda vez que éstas, en ningún caso exceden los dos (2) años de prisión. Por esta misma causal, es decir, por no exceder los dos (2) años de prisión, quedan fuera del ámbito de aplicación material del régimen penal juvenil un considerable número de acciones tipificadas en el Código Penal, tales como; lesiones leves (art.89); exhibiciones obscenas (art.129); amenazas (art.149 bis); delitos contra la libertad de reunión (art.160); delitos contra la libertad de prensa (art.161); violación de domicilio (art.150); hurto (art.162); daño (art.183); arrojamiento de cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren (art.193) entre otras, sin mencionar los tipos contemplados en las leyes complementarias.

Conforme lo expuesto, y siguiendo el análisis que realiza el abogado Carlos Reggiani, en su publicación en la revista LA LEY, en el año 2008 (IBARRA, 2013); podemos advertir que el sistema de atribución de responsabilidad e imposición de sanción penal que determina la ley 22.278, está construido sobre la base de tres elementos: la franja etaria a la que pertenece el presunto autor, el tipo de delito cometido y la especie y monto de la pena correspondiente.

Para el autor citado, la consecuencia de esta exención de punibilidad para los autores del hecho delictuoso no se materializa en una abstención de

intervenir a partir de la ley específica sino que, por el contrario, propone un tratamiento penal sobre los autores no punibles.

Y llega a esa conclusión, basándose en la redacción final del artículo 1°, cuando establece las amplias facultades con las que cuenta el juez a la hora de decidir sobre el destino de dichos menores inimputables. Así la norma en sus últimos apartados continúa diciendo: “...*Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.*

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador” (INFOLEG, 2013).

Es decir, si el juez si lo considera necesario, podrá ordenar que se ponga al menor en un lugar adecuado para su mejor estudio, durante el plazo indispensable que ello demande, para luego disponer definitivamente de él, si de los estudios realizados sobre su persona resulte que se haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta.

Sin embargo, conforme lo expresa el autor citado, en su trabajo, esta facultad de disponer definitivamente del menor, otorgada al juez interviniente, no es sólo exclusiva para dichos menores, sino que se hace extensiva — autorizada por las causales asistenciales mencionadas— para las personas menores de 18 años consideradas punibles, con independencia del resultado de la causa penal en su contra, es decir, aunque no fuesen declarados culpables. Circunstancia que será analizada con posterioridad, al tratar el tema de la constitucionalidad de la ley 22.278.

Y cita un caso jurisprudencial (IBARRA, 2013), en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ilustrado sobre la situación legal, sosteniendo que "una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima; en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación."

En consecuencia, los menores de 16 años, que hubieren participado en la comisión de un ilícito no pueden ser sometidos a un proceso penal, ni son susceptibles de aplicárseles ninguna de las penas de las establecidas en el Código Penal. Sin embargo, el Juez debe comprobar el hecho ilícito, conocer e forma directa al menor y sus progenitores, indagar su personalidad, sus condiciones de vida, e incluso puede disponer que se lo interne en un lugar adecuado por el tiempo que considere indispensable; incluso si es peligroso o está abandonado puede disponer de él en forma definitiva, sólo manteniendo una previa audiencia con los padres, tutores o guardadores, y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad, conforme el artículo 3° in fine.

Con respecto a los menores, de 16 a 18 años de edad, imputables relativos, son sometidos a proceso y el juez dispondrá provisoriamente de él, con la finalidad de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas en el art. 4°. Y al igual que a los menores inimputables, si se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá de él definitivamente, mediante auto fundado y previa audiencia con sus padres, tutor o guardador, tal como se expuso, sostiene el artículo 2°.

Una vez sometidos al proceso, y mientras el juez dispone provisoria o definitivamente del menor; es necesario que se cumplan una serie de requisitos antes que el juez pueda imponer una pena.

Así el artículo 4° determina expresamente: *“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. 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” (INFOLEG, 2013).

Sorprendentemente a ese menor se lo somete a proceso, pero para aplicarle una pena es necesario que se declare penalmente su responsabilidad (requisito lógico e indispensable para cualquier aplicación de pena), que haya cumplido fundamentalmente 18 años, y que haya estado sometido a un año de tratamiento tutelar como mínimo, pudiendo incluso prorrogarse dicho tratamiento hasta alcanzar la mayoría de edad. Y una vez reunidos todos estos requisitos a los que se les suma un análisis respecto de las modalidades del ilícito, los antecedentes del menor, los resultados que se obtuvieron del tratamiento tutelar al que estuvo sometido, y la percepción directa del juez respecto de la persona del menor, entonces sí se lo podrá sancionar. Y no todo termina ahí, sino que en base a todo lo expuesto podrá incluso el juez, reducir la pena en la forma prevista para la tentativa o incluso absolverlo si considera el juez que es innecesario aplicarle una sanción, y en cuyo caso no es requisito indispensable esperar que haya cumplido los 18 años.

Con respecto a la disposición que tiene el juez respecto del menor, y a la que se refiere la ley, el artículo 3° señala que la misma determinará: 1) la obligada custodia del menor por parte del juez, con la finalidad de procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral; 2) la restricción del ejercicio de la patria potestad o tutela dentro de los límites impuestos y cumpliendo con las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor; 3) el discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

Asimismo, agrega que la disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

Si bien esta norma se refiere a la disposición, no alude a cuáles son las medidas concretas que el juez puede adoptar. Este es uno de los graves errores de la legislación actual, ya que queda al arbitrio del magistrado decidir cuándo el menor debe ser internado o no, debiendo hacerse efectiva en ese caso, en institutos especializados, tal como lo establece la normativa analizada en el artículo 6°.

Una vez cumplidos los requisitos del artículo 4°, e impuesta la sanción por el Juez interviniente, el menor deberá cumplir su condena en un Instituto especializado, cumpliendo lo que le quede de condena, y si es que esto sucediera, en las cárceles comunes una vez que éste haya alcanzado la mayoría de edad. Así el artículo 6° expresamente dice: *“Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos”* (INFOLEG, 2013).-

Otra de las consecuencias jurídicas que establece la ley en el artículo 7°, es la facultad que le otorga al Juez de poder declarar la pérdida de la patria potestad o la pérdida o suspensión de su ejercicio, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere respecto de los padres, tutores o guardadores del menor.

Al decir de los autores en general, y como puede advertirse la ley en su artículo 4° y sigts., deja al juzgador una gran atribución interpretativa, al poder reducir la pena a lo dispuesto para el delito en grado de tentativa, si así lo considera conveniente, basado en los antecedentes del niño, en los resultados del tratamiento tutelar al que fue sometido, que no está bien definido ni en qué consiste el mismo, etc.. A partir de semejantes atribuciones, definidas a la ligera, y la puesta en práctica del presente Régimen, es que se hace la observación frecuente de la ciudadanía, y el consecuente reclamo, de que ven a menores que delinquen entrando por una puerta y saliendo por la otra, mientras que otros muchos menos peligrosos, son privados de su libertad por

delitos que no alcanzan a los menores de 18 años, ya sea por la cuantía o cualidad de la pena (menores de 2 años, o penados con multa o inhabilitación) o bien por el sistema tutelar que prevé el Régimen Penal Juvenil Vigente.-

Es por esta y otras tantas razones, que se pregunta la doctrina, y la comunidad en general si realmente el Sistema Penal Juvenil Vigente es adecuado a la realidad que vivimos hoy en día, y como se encuentra adecuado a los derechos y garantías constitucionales, con los cuales entra en pugna una y otra vez, tanto para los ofendidos como los menores ofensores; como así también como es vista la Ley 22.278 a la luz de los Pactos y Declaraciones Internacionales con jerarquía constitucional.

Todo lo cual nos permite plantearnos algunos interrogantes, tales como qué ocurre con el llamado “derecho superior del niño”? Por qué razón existe tanta protección respecto de sujetos de derecho que como tales se atreven a corromper el orden social y normativo, sabiéndose acreedores de tal extrema protección? Es realmente correcto un tratamiento tutelar, tal como está planteado por el sistema normativo, que en la realidad, visto está, no cumple con la finalidad que aparentemente se propusieron los legisladores de la época? Y por último, ¿Es constitucional la Ley 22.278? Éstos y otros interrogantes pretendemos tratar de encontrar respuesta a continuación al analizar la constitucionalidad de la Ley 22.278 y los Pactos Internacionales referidos al tema que gozan de jerarquía constitucional.-

2.1- LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 22.278. CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

A fines de 1980, se sancionó a nivel internacional la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En Septiembre de 1990, se sancionó en nuestro país la ley 23.849, la que fue ratificada en sede internacional en diciembre del mismo año, a los fines de otorgarle vigencia en nuestro derecho interno, poseyendo así jerarquía legal. Sin embargo, con la reforma del año 1994 fue incorporada al texto constitucional, en el artículo 75 inc. 22, gozando así de jerarquía constitucional.

Se trata de una Convención amplia que contiene sólo tres artículos referidos concretamente al régimen penal (Arts. 37, 39 y 40). Pero, al decir de la mayoría de la doctrina consultada, ellos son determinantes para fijar

políticas de carácter operativas respecto de la separación de las cuestiones tutelares (de cuidado, bienestar y protección del niño), de las penales. Se sostiene que son operativas en sí mismas, en cuanto establecen derechos y garantías para los jóvenes que no pueden ser dejadas de lado por ningún juez de la Nación con el pretexto de que hace falta una ley reglamentaria. Es decir, al ser operativa, sus cláusulas son de aplicación directa; tal como puede observarse en numerosos pronunciamientos de todo el país.

Es importante destacar también, y teniendo en cuenta que como principio elemental del Derecho Penal, la ley posterior deroga a la anterior cuando sus disposiciones favorecen al imputado; que la Convención es ley posterior y jerárquicamente superior, circunstancia que no precisa ser demostrada.

Algunos autores (FELLINI, 2009), sostienen que quienes se oponen rígidamente a aceptar que cuando un menor de 16 años comete un delito se le deba reprochar su conducta, es porque sin duda están pensando únicamente en la pena privativa de libertad, sin advertir que la propia Convención habilita respuestas diversas que deben tenerse muy en cuenta para arribar a una solución más justa desde las diferentes ópticas de análisis.

La Convención sobre los Derechos del Niño tuvo su origen en la necesidad de modificar el sistema imperante en la mayor parte de los países de la región, basado precisamente en paradigmas asistenciales y paternalistas, o denominados “tutelares”.

Según la opinión de la autora citada recientemente, la Convención instauró un sistema diferente, basado en el respeto de las garantías constitucionales, ejercido por jueces que tienen la obligación de comprobar que ellas no sean dejadas de lado.

Tal es así, que puede advertirse, expone Fellini, que los artículos 37, 39 y 40 de la misma, contienen normas de derecho penal que pueden entenderse que estén contemplados en expresa contradicción a los presupuestos de las medidas de seguridad, y al procedimiento contemplado en la ley 22.278.

Para entender un poco más en profundidad el análisis efectuado por la autora, es preciso reflexionar acerca del texto de los mencionados artículos.

El artículo 37 de la Convención, establece: *“Los Estados Partes velarán por qué: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”* (Página Oficial de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos , 2014).

De una simple lectura del artículo podemos observar como excluye taxativamente algunas penas y medidas, entre ellas la pena máxima vigente para algunos países (pena de muerte), la tortura y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad. Establece asimismo, que la privación de libertad se utilizará como último recurso, y por el período más breve posible conforme el inc. a). Se consagra también el principio de legalidad, despejando toda duda acerca de la aplicación del derecho penal a disposición del juzgador, siendo ésta quizá la observación que se encuentre en mayor contradicción con el Sistema Penal de Minoridad que estructura nuestra 22.278.

Asimismo el artículo 40, en su primer inciso dispone: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la*

dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad...”.

Y a continuación conforme al inciso 2 determina que sólo el desempeño de una conducta delictiva llevada a cabo por un menor podrá merecer el reproche legal, basado en un juicio donde se determine la culpabilidad, con todas las garantías legales, penales y procesales que tienen correlato con el sentido de dignidad inherente a la persona humana. Y a continuación consagra una serie de principios y garantías que los Estados partes deberán asegurarles a los menores, tal es así que queda consagrado el llamado “principio de presunción de inocencia”, el de “proporcionalidad”, así como el derecho a la intimidad del menor; e incluso se refiere también al derecho de no estar obligado a declarar contra sí mismo, reafirmando la garantía constitucional que se encuentra plasmada en el artículo 18 de Nuestra Carta Magna. Así expresamente establece: “2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se

interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento...”.

Al decir de Fellini (FELLINI, 2009), de aquí surge que el procedimiento emergente de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra los siguientes postulados que sostienen su aplicación directa, debido a que establece que: a) Se presumirá que el joven es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (principio de inocencia); b) Se le hará saber cuáles son los cargos que pesan sobre él, y dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa (principio de defensa); c) La causa será dirimida por un juez competente, independiente e imparcial, en el menor tiempo posible (principio de juez natural y principio céleris); d) No será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable y podrá interrogar a testigos (inmunidad de declaración); e) Se respetará su vida privada en todas las etapas del procedimiento (derecho a la intimidad).

Sin embargo, en el inciso 3° del mencionado artículo, pese a la clara operatividad que denota la primera parte del artículo 40 en sus dos primeros incisos; establece la obligación de los Estados partes de asegurar el dictado de leyes y procedimientos, como así también la creación de instituciones específicas para los menores que hayan cometido actos ilícitos que configuren un delito según sus leyes nacionales. Así dispone: “3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin

recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales...”.

Asimismo en el inciso 4° del mismo artículo, menciona la obligación para los Estados parte de tomar diversas medidas de carácter protectorio y reeducador, al exponer expresamente: “...4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción” (Página Oficial de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos , 2014).

Conforme expresa Fellini, en su trabajo publicado, la facultad de disposición de los magistrados, establecida en la originaria ley 22.278, cuando establecía los 14 años como edad mínima a partir de la cual un menor se convertía en imputable penalmente, sin responder a los parámetros señalados y teniendo como base el sistema tutelar, no puede considerarse un bien, sino un mal para la formación y el desarrollo de jóvenes que no han alcanzado el grado de madurez exigido por la ley para ser considerados seres adultos y responsables de sus actos. Debe recordarse que la razón de ser de que la pena aplicable a menores de edad admita reducción, se basa en el principio generalmente aceptado en materia de delincuencia juvenil de que los autores de hechos típicos y antijurídicos, por su edad se encuentran en un período de la vida en el que aún no han concluido el proceso biológico de formación psicofísica, careciendo del estado de madurez que se requiere para advertir las consecuencias de su obrar delictivo. La respuesta jurídica en estos casos está destinada a completar el estadio evolutivo, debiendo guardar proporción en cada caso concreto, tanto con el hecho como con la posibilidad de cumplir con esos objetivos dentro del plazo establecido. La ley no proporciona un concepto general y abstracto de madurez, por lo que el juez debe valorarla en cada caso.

Aunque será tema de análisis posterior lo referido a las causas psicológicas y sociales que pueden ser desencadenantes del comportamiento de carácter ilícito que llevan adelante los menores en la actualidad, y cada vez

de menor edad; sostiene la autora citada, que “la capacidad de comprensión, requiere cierta maduración intelectual, pero también una asimilación de representaciones de valores espirituales, o madurez ética, que permita comprender los postulados o normas en los que se apoyan las disposiciones legales. La ley no exige una específica comprensión de la ilicitud del hecho en sentido jurídico, sino apenas de una comprensión del injusto material del mismo, que se adecue al grado de conciencia que pueda tener el autor, en el sentido de que su conducta está prohibida por las leyes. Es verdad que la normativa apuntada en la Convención, no establece expresamente ni medidas, ni penas aplicables en los casos concretos, por lo que ante esa falencia, era urgente que el legislador no permitiera definitivamente llenar el vacío legal con las prescriptas en el Código Penal para delincuentes adultos. Pero en todo caso, deberá sancionarse una ley adecuada a la situación penal de los menores de edad, y una serie de recomendaciones a los demás poderes para arbitrar políticas sociales, más adecuadas a la Convención que goza de jerarquía constitucional” (FELLINI, 2009).

Para un sector de la doctrina, la gran contradicción entre el Régimen Penal de Minoridad actual y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, es la ausencia de tipos penales específicos o la regulación de un procedimiento y penas específicas aplicables a menores; y las amplias facultades con las que cuentan los jueces de la Nación para disponer de ellos, incluso cuando no hayan sido declarados culpables o se trate de menores de 16 años, es decir inimputables siempre que el Juez compruebe el hecho ilícito, conozca en forma directa al menor y sus progenitores, indague su personalidad, sus condiciones de vida, etc; entonces allí podrá disponer que se lo interne en un lugar adecuado por el tiempo que considere indispensable; incluso si es peligroso o está abandonado hacerlo en forma definitiva, sólo manteniendo una previa audiencia con los padres, tutores o guardadores, y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad. Y ante las conductas antijurídicas que realizan los jóvenes, imputables, las encuadran en los mismos tipos penales que están prohibidos para los adultos. La diferencia debe marcarse a nivel de las sanciones que en cada caso el juez determinará, conforme a todos los recursos que le ofrece la Convención, valiéndose del que resulte apropiado al caso concreto.

Otra cuestión a tener en cuenta, según los más críticos era la posible responsabilidad que le podría caber al Estado, por lo que podría haber sido demandado, dado los daños que hubiera inferido a cada joven, la no aplicación durante tantos años de una ley que beneficiaba su condición penal. Todo esto si tenemos en cuenta que, antes de gozar de jerarquía constitucional, la Convención fue aprobada en nuestro país con posterioridad a la 22.278, como se expuso anteriormente, y era plenamente aplicable el principio penal de que “ley posterior deroga la anterior si sus disposiciones favorecen al imputado”.

Aducen que la aplicación del Código penal, durante el plazo razonable aludido, mientras se espera que los demás poderes cumplan su cometido respecto del tema, puede alarmar a quienes piensen que la pérdida de la aplicación del artículo 4° de la ley 22.278, así como los mínimos penales establecidos en el Código Penal, constituyen un obstáculo que perjudicarían la condición de los jóvenes. Esto obedece a no advertir la posibilidad que brinda la Convención en el artículo 40 inc. 3.b), y el mismo artículo inc. 4), con referencia a la no judicialización y a las medidas alternativas propuestas. Y la obligación que impone para los Estados Partes en el artículo 39, cuando expresamente establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”. Sobre todo si tenemos en cuenta, que en la realidad que atravesamos, entre las medidas adoptadas, las sanciones impuestas y la falta de instituciones “saludables” para ejecutar su cumplimiento, hacen imposible que el funcionamiento judicial penal juvenil se adecue a la normativa vigente legal y de carácter constitucional que en teoría rige en nuestro país.-

En este sentido, gran parte de la doctrina, sostiene que desde que la Convención fue receptada como ley Nacional antes de la reforma Constitucional, ya debió asumírsela como ley aplicable a los menores de edad por constituir ley posterior, más benigna y jerárquicamente superior, conforme a los principios generales del Derecho Penal.

Y luego de la reforma de nuestra Carta Magna de 1994, con la incorporación de la Convención al artículo 75 inc. 22, otorgándole jerarquía constitucional, muchos han atacado a la ley 22.278 de inconstitucional, por no cumplir o adecuarse los procedimientos y medidas allí establecidas a dicha Convención.

Tal como expresa, Ezequiel Crivelli, en su trabajo publicado en la revista LA LEY (CRIVELLI, 2008), “como todo modelo tutelar de justicia penal juvenil, el "Régimen Penal de la Minoridad" plantea en este tópico un conflicto o contradicción flagrante con el principio de legalidad o taxatividad penal (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), según el cual debe garantizarse no sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino también que el individuo no será sometido ni por el Estado, ni por los jueces, a penas que no sean previamente establecidas. Ello así, toda vez que habilita la intervención del sistema judicial, mediante la imposición de medidas tutelares o de protección, en el caso de menores que, según la ley 22.278, "se hallan abandonados, faltos de asistencia, en peligro material o moral, o presentan problemas de conducta (art. 1º, último párrafo y art. 2º, último párrafo)". Y en este sentido tacha de inconstitucional los mencionados artículos de la ley 22.278.-

En este sentido, expresa Crivelli, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de este precepto en lo que respecta a la posibilidad de disponer provisional o definitivamente de los menores inimputables (art. 1; 2º, 3º y 4º párrafo Ley 22.278), por lo que sólo ha quedado materialmente vigente el primer párrafo del artículo, referido a los límites (mínimos y máximos) de imputabilidad. Por otra parte, con la sanción de la ley 26.061, Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la imposición y seguimiento de las medidas de protección de derechos aplicables a esta franja de menores ha sido delegada al órgano administrativo -Sistema de Protección Integral de los Derechos de Las Niñas, Niños y Adolescentes- prohibiéndose en forma categórica aquellas que impliquen privación de libertad, ello de conformidad a lo preceptuado por los arts. 39, 40 y 41, inc. e, de la Ley 26.061.

Conforme lo expone el autor citado, desde el punto de vista jurídico-penal, la privación de libertad de menores "no punibles" resulta ilegítima pues

vulnera los principios de legalidad, reserva y el estado jurídico de inocencia, consagrados no sólo en la Constitución, sino también y en forma expresa por la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Ello así teniendo en cuenta, antes que nada, que desde el punto de vista sustancial, la conducta de una persona menor de dieciséis (16) años resulta penalmente irrelevante; el Estado ha renunciado a perseguir penalmente este tipo de hechos por lo que no existe expectativa de pena alguna. “Lógicamente, la limitación de la libertad tampoco puede obedecer a una cuestión de índole cautelar pues el proceso penal donde estos jóvenes se encuentren eventualmente involucrados estaría destinado a finalizar, indefectiblemente, con un auto o sentencia de sobreseimiento, lo que vacía de contenido cualquier medida destinada a neutralizar un supuesto peligro procesal”.

Nos dice el autor, que la forma de reglamentar las consecuencias jurídicas por la ley 22.278 resulta a todas luces incompatible con la Convención, que exige el establecimiento de un catálogo de consecuencias jurídicas alternativas a la internación o privación de libertad, como se expuso anteriormente. En este orden, la posibilidad de atenuación o eximición de pena que prevé el régimen penal de la minoridad no logra superar esta contradicción pues, como contracara a la mencionada posibilidad de atenuación o eximición de pena, habilita la imposición de penas privativas de libertad idénticas a las que se encuentran previstas en el Código Penal y con su máxima extensión temporal.

En definitiva, al decir del autor, la Ley 22.278 no erige un sistema de consecuencias jurídicas diferenciado en atención al abordaje que reclama la especial condición jurídica de las personas menores de edad, como exige la normativa internacional, sino que se remite completamente a las escalas penales previstas en el Código Penal.

Y por otro lado, supeditar el sobreseimiento o la imposición de pena al "resultado del tratamiento tutelar" resulta a todas luces ilegítimo. Ello así, toda vez que dicho "tratamiento" obedece a la "disposición judicial" realizada discrecionalmente por la autoridad judicial que, en la mayoría de los casos, implica privación de libertad previa al dictado de una sentencia de condena.

Es general la opinión social, de que la situación de violencia en la que estamos inmersos todos por los comportamientos delictivos de los menores de edad, es cada vez mayor y va en creciente sin una respuesta que proteja la vida de cada ser humano.

Sin embargo, conforme sostiene Carlos Riggiani (IBARRA, 2013), y en opinión que comparto, “en general, la intervención del Estado en el conflicto social generado por las conductas delictivas de las personas menores de edad ha sido muy cuestionada. Las detenciones por motivos asistenciales, el alojamiento en comisarías, el hacinamiento en instituciones en condiciones deplorables, entre otras características indeseables, son prueba de ello, e incluso algunas particularidades han llegado a motivar graves denuncias por violaciones a los derechos humanos”.-

El autor citado, menciona una investigación realizada en el año 2005 por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, con la colaboración del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en el marco de las acciones de cooperación tendientes a garantizar la promoción y protección de los derechos humanos de la infancia y adolescencia, la cual informó que el 87,1% del total de personas menores de 18 años de edad se encuentran institucionalizados por una causa de tipo no penal, es decir, por causas de las denominadas "de protección" o "asistenciales".

El Régimen Penal Minoril, es un instrumento que tiene la finalidad de dar cumplimiento al funcionamiento del sistema penal. Como ya se expuso, si bien, formalmente, considera "no punibles" a quienes tengan menos de 16 años de edad, habilita la imposición de una medida tutelar, lo que materialmente constituye una sanción de tipo penal y, en repetidas ocasiones, privativa de libertad. Estando en pugna permanente, así, con la Convención Internacional y la Constitución Nacional.

Además, al decir del autor citado, si a este régimen penal se lo compara con el previsto para los adultos infractores a las leyes penales, rápidamente puede verificarse la carencia de derechos y garantías que padece, privando a sus destinatarios de los más elementales derechos fundamentales.

Ahora bien, me pregunto ¿qué pasa con los derechos del resto de la sociedad, víctima de los delitos perpetrados por los menores? Como ponemos en la balanza la protección extrema de los “niños” que cometen delitos, y en muchos casos de los más graves, por los llamados derechos humanos, y la protección de otros niños, adultos, adultos mayores, abuelos, padres de familias, etc., que tratan de vivir una vida normal, en armonía, respetando los derechos del resto? Qué solución podemos encontrar?

Quizá desde el mundo jurídico las cosas no están bien planteadas, o ya no son lo que la sociedad necesita. Ahora lo que nos queda por resolver si todo termina en bajar la edad de imputabilidad penal, o si es necesario un cambio más radical que comprenda y comprometa distintos niveles del Estado, y un trabajo reforzado que cuente con el compromiso de toda la sociedad.

Como dice Reggiani, en todo caso, esta discusión tomará relevancia, junto con otros tópicos ineludibles, íntimamente relacionados y no menos trascendentes —tipos de delitos que habilitarán la atribución de responsabilidad; rechazo o aceptación de la privación de libertad provisional, su plazo y condiciones; posibilidad de suspender el trámite de la causa; plazo, alcance y fin de la pena, en particular, privativa de libertad en centro especializado, entre otros— al momento de conocerse los propósitos, fines y alcances del nuevo sistema penal juvenil.

3.- LA REALIDAD ACTUAL: BREVE DESCRICIÓN

Con este trabajo investigativo, como expresé anteriormente, me propongo realizar un análisis referido a la edad de imputabilidad penal, siempre teniendo en foco mi mirada sobre la participación de menores cada vez más chicos en diferentes tipo delictivos. Persiguiendo como fin principal poder dar una perspectiva acerca del problema planteado para detectar la importancia y/o necesidad de bajar la edad de imputabilidad penal o no. Tratando en lo posible de aportar al mundo jurídico al menos una humilde visión propia a los fines de colaborar con una probable y eventual solución a la problemática planteada.

Para ello es imprescindible realizar un breve análisis de la realidad en la que nos encontramos inmersos y tratar de detectar las posibles causas sociales y psicológicas que pueden incidir en el comportamiento de los jóvenes autores

y participes de los delitos. Esto en gran medida puede servir como un punto inicial para resolver la problemática desde las causas de fondo que dan origen al mismo.

Es decir, si lográramos detectar que el problema planteado respecto a la participación de menores cada vez más chicos en la comisión de delitos, deriva tanto del núcleo familiar donde se cría ese menor, del contexto socio-cultural donde crece, el trato social que recibe, y fundamentalmente los ejemplos que recibe desde que nace y durante todo su primitivo desarrollo, por parte de autoridades familiares, educativas y estatales, podremos atacar la problemática desde el comienzo tomando diversas políticas efectivas de Estado, comenzando por esos diversos núcleos primarios donde forma su personalidad y comportamiento.

Así, tal como destacan Cerro y Meloni en su informe sobre políticas de prevención y represión del delito en Argentina, para intentar caracterizar una tipología del delincuente hay que pensar al individuo como enfrentado a un dilema de tipo “shakesperiano”: ser participe o no de actividades delictivas. De esta forma, el crimen se produce por una desviación en el comportamiento del individuo y sus causas deben buscarse en factores o circunstancias sociales o familiares que provocan ese desvío. Asimismo, hay que analizar la motivación propia del delincuente ya que las personas con más propensión al delito serán aquellas que no tienen proyectos o planes a largo plazo o no se preocupan por el futuro. Esto es así porque muchos delitos se pueden pensar como actos para obtener ganancias inmediatas y costos de largo plazo (el costo de ser atrapado tarde o temprano) (CERRO, 1999). A su vez, como es alta probabilidad de que aquel que participa en el mercado del delito se involucre en hechos de violencia, los autores concluyen que *“sólo los individuos con una alta tolerancia hacia la violencia participarán de ese mercado”*.

Es común observar que continuamente el canal informativo a diario afecta en alguna medida la percepción de inseguridad de los entrevistados, no generando el fenómeno pero sí incidiendo en su magnitud. Los medios de comunicación parecieran estar creando un perfil de agresor orientando el temor existente hacia los “sospechosos de siempre”: pobres, sectores populares y jóvenes marginados.

Sin embargo, si bien existe una clara correlación entre la situación social y la decisión individual de participar o involucrarse en la comisión de delitos; tanto los altos niveles de desigualdad, como de desempleo, generan violencia social ya que quitan identidad a las personas y las aísla socialmente desechando toda posibilidad de generar proyectos a largo plazo y encontrando en la delincuencia una forma de vida.

Al definir al agresor en una clase social, los entrevistados describieron a la mayoría de los agresores como de clase social baja o muy baja (en torno al 65%). Sin embargo un 34,6% describió a los mismos como pertenecientes a un estrato medio. Esto implica que los mitos sociales para los “sospechosos de siempre”, no tienen siempre un correlato en la realidad.

Asimismo, los entrevistados afectados por la delincuencia identificaron que la mayoría de los agresores se encontraron en la franja de edad de entre 18 y 29 años (43,9%) y en los menores de 18 años (30,6%), dando cuenta de que uno de los males de nuestra realidad es la delincuencia juvenil. Es importante analizar las causas que impulsan a los jóvenes a delinquir.

Las mismas están relacionadas con la inequidad y marginalidad en la que dichos jóvenes se encuentran.

Por esta razón, si se quiere solucionar el problema de la delincuencia juvenil considerando la situación de los jóvenes delincuentes y preocupándonos por su futuro, deberíamos darles una posibilidad de reeducación y reinserción en la sociedad y para ello sentarnos a debatir y proyectar para encontrar una solución. Sin embargo, es claro que el estado debe contemplar acciones frente a la participación de menores en hechos de gravedad, que pongan en riesgo la vida de los ciudadanos.

Por último, sólo 3% de los entrevistados identificó a la agresora como mujer y 5,8% reconoció en la población de 50 años y más al agresor de los hechos que manifestó haber recibido. Esto demuestra que tanto las mujeres como la población adulta son los menos proclives a verse involucrados en la comisión de algún hecho delictivo.

3.1. EDAD A PARTIR DE LA CUAL SE REGISTRA MAYOR NIVEL DE DELINCUENCIA

Tal como destaca el doctrinario Tieghi Osvaldo, en su trabajo "Teoría reflejo - condicionada institucional del delito"; desde hace más de treinta años se viene alertando, predictivamente, con fundamento científico-empírico, acerca de la inevitable infición, estragamiento o corrupción moral que iba a tener lugar sobre niños, jóvenes y adultos, la causa del menoscabo o desprecio institucional por su educación moral y por las leyes científicas que rigen su condicionamiento (modelamiento y moldeamiento) en el placer virtuoso (TIEGHI, 2004).

Como expone el autor citado, en su obra "Criminalidad, ciencia, filosofía y prevención"; desde entonces es que el delito y la generación de tendencias juveniles criminógenas (hábitos, impulsos, reflejos o estructuras impulsivo-motivacionales ontogenéticamente adquiridos) no eran solo consecuencia del aprendizaje sub-cultural del delito, sino también, del despreciable abandono de la educación virtuosa de nuestros hijos o crisis institucional del aprendizaje social de índole moral (TIEGHI, 2004).

Es en estos tiempos adversos cuando se aprueba, premia o cesa de reprobarse suficientemente la conducta antisocial; al tiempo que las sociedades, Estados y repúblicas evolucionan, moderada e imperceptible o brusca y repentinamente, hacia su desintegración conductual en relación al valor axiológico que se le da a lo normativo, la interacción impulsivo motivacional de sus miembros y de sus innumerables grupos uni-vinculados, van adquiriendo el mayor antagonismo y agresividad, incluyendo a las familias y a los niños que cursan la segunda infancia desde los siete a los doce años y, decidida e inequívocamente, luego de ella (TIEGHI, 2004). A su vez los procesos de aprendizaje van llevando al condicionamiento colectivo o generalizado del placer en el vicio.

Mientras los infantes de siete a doce años -y tanto más los mayores de ese período de edad- maduran y aprenden por la observación - imitación de la conducta de sus educadores estropeados (familia-escuela), la falta o insuficiencia de medidas tutelares y de establecimientos aptos o bien las propias reglas acerca de la edad de inimputabilidad, que suele tratarse con grueso desconocimiento de la ciencia conductual por parte de los legisladores, explican la desviación conductual por condicionamiento institucional crítico

como el descontrolado y alarmante aumento de la criminalidad violenta de la infancia y de la niñez.

En estos períodos críticos tanto niños como adolescentes, se ven condenados sin defensa alguna posible, a sufrir los modelamientos y moldeamientos de sus mayores.

Así, los deseos básicos o impulsos primarios de estos suelen adquirir, en alarmante medida, una direccionalidad bio-social agresiva, de libertinaje y desenfrenada de apetencias inagotables de placer tóxico y sexual, de lucro, de poder y fama, codicias estas que se instalan orgánica o biológicamente generando pulsiones por medio de las conexiones condicionadas o neuro-psíquicas de meta, esto es, como estructuras impulsivo-motivacionales adquiridas.

En opinión del autor citado, cuando el desarreglo de las costumbres se asoma bajo las falsas apariencias de los supuestos famosos ciudadanos, los farsantes e hipócritas, lejos se hayan de querer evitar la desintegración a la cual ellos han contribuido a tejer. Pero no advierten que si fuese posible restaurar de algún modo el orden, difícilmente ello se logre sólo aumentando la represión, sea en materia de imputabilidad, sea por medio de una mayor punibilidad; al menos, en tanto permanezcan las variables conductuales viciosas que aquellos no parecen dispuestos a abandonar.

Las reformas penales resultan o terminan siendo, según el autor, inconducentes frente a la insolente impunidad y a los funestos aprendizajes de evitación (de la detección y de la pena) ya advertidos desde los tiempos de Platón y comprobados experimentalmente por las ciencias conductuales (TIEGHI, 2004).

Tratando de analizar la realidad desde un punto de vista científico, el autor describe que puede señalarse que en tiempos normales -es decir excluyendo los períodos transicionales críticos- la edad de doce años es absolutamente adecuada y suficiente para asignar imputabilidad.

En efecto, ya incluso después de los doce años comienza la etapa de las operaciones formales o proposicionales, y sobre la plataforma dada por las ineludibles experiencias registradas en las anteriores secuencias madurativas y de aprendizaje infantil precedente, recién se transitará desde lo concreto a la abstracción, de la realidad al pensamiento formal, a las operaciones lógicas y a la reflexión.

Se entiende, entonces, que desde la pubertad bio-psico-social (doce años según Piaget y otros estudiosos) (TIEGHI, 2004) queda madurativamente habilitada la posibilidad de que el niño comprenda la criminalidad de su conducta y pueda dirigir sus acciones.

Al continuar con el análisis científico piagetiano acerca de los períodos madurativos de la primera y segunda infancia, procede añadir el autor que, desde el nivel propio a la prevención y tutela político-criminal sobre la minoridad debe tenerse presente que luego del período sensorio-motor (desde el nacimiento hasta la edad de dos años) y a partir de la primera infancia -o etapa pre-operacional: desde los dos a los siete años, aproximadamente- ya comienza el proceso de socialización; el desenvolvimiento del lenguaje, el del pensamiento simbólico y el del aprendizaje por observación-imitación, o por modelamiento (piénsese por ejemplo en la observación-imitación de las conductas agresivas de los padres, en la de las exhibidas por los medios de comunicación y en las adquiridas en los jardines de infantes). Aquí, la moral del niño sigue las reglas de obediencia y heteronomía (TIEGHI, 2004).

En la segunda infancia (etapa evolutiva que abarca desde los siete a los doce años), continúa explicando el autor citando a Piaget; se desarrollan nuevas estructuras cognitivas e impulsivo- motivacionales. Puede afirmarse que es entonces cuando los niños comienzan a articular los valores y las reglas (valores reglados), por ejemplo, en sus juegos o entretenimientos colectivos - sean, estos, valiosos o desvaliosos-, y aceptan, asimismo, su modificación; más ello, únicamente, en tanto la misma hubiese sido acordada por su propio grupo interactivo.

En esta etapa, es posible advertir cómo ese respeto mutuo va a ir dando lugar, aunque sólo incipientemente, al sentimiento de justicia -o a su ausencia, como rechazo y rebeldía a toda violación de lo acordado recíprocamente, sin importar que esto sea socialmente valioso o desvalioso.

Con todo lo expuesto, más allá de lo brevemente referido a los períodos transicionales críticos que influyen en el desarrollo cognitivo y conductual de cada persona, podemos notar que los altos índices de criminalidad real u operante, los bajos porcentajes de detección de esos índices, las insignificantes tasas condenatorias, la carencia o insuficiencia de prevención social científica y de instituciones carcelarias, así como de internación y tratamiento de la minoridad conspiran contra el éxito de toda política criminal dirigida a la reducción del delito.

Que la participación de menores de edad en la comisión de hechos delictivos se debe a un cúmulo de situaciones que rodean a los menores desde el comienzo de vida y que el desarrollo en sociedad desde la propia familia principalmente, la educación recibida y la contención en la sociedad en general contribuyen en la formación de la personalidad y el desarrollo de la conducta de cada persona proyectándolo en la vida en relación conforme a la experiencia de vida recibida. Incidiendo en su comportamiento desde su nacimiento. Cuestión que hace imprescindible que no plantemos si esto es real: hay forma de prevenir entonces la participación de menores en la comisión de delitos? De quién depende?... Preguntas que, creo, tienen a la vista claras respuestas.

3.2 CAUSAS SOCIALES

Entre las diversas causas que pueden incidir en el comportamiento disvalioso de los menores frente a la sociedad como autores y partícipes en la comisión de delitos encontramos ciertas causas que podemos denominarlas como causas sociales. Esto en relación a la incidencia que tiene la sociedad en el desenvolvimiento del comportamiento anti-normativo que desempeñan los menores que delinquen.

La investigación y la experiencia han puesto de manifiesto que entre los delincuentes es frecuente que coincidan ciertas características. En la medida que estos predictores sean mejor conocidos se podrá mejorar la explicación del crimen, identificar a aquellos niños que corren un mayor riesgo de delinquir aunque aún no hayan mostrado signos de desorden y llevar a cabo una prevención eficaz, disminuyendo las condiciones que llevan a la comisión de delitos.

Conforme una enumeración, no taxativa que describe el autor Pacheco Gallardo en su artículo sobre una análisis referido al tema; los factores de riesgo individuales y familiares más importantes son:

1. **Impulsividad**: que es la dimensión más crucial de la personalidad que predice una conducta antisocial. Según el autor, existe un gran número de construcciones sobre la escasa capacidad de controlar la conducta. Estas incluyen la impulsividad, la hiperactividad, la agitación, la

torpeza, el hecho de no considerar las consecuencias antes de actuar, escaso auto control, búsqueda de sensaciones, etc.

2. **Inteligencia escasa y rendimiento escolar bajo**: estos son otros de los factores de riesgo importantes que predicen la delincuencia. Un coeficiente intelectual bajo-medio en los primeros años de la vida predice una delincuencia posterior. Según un estudio longitudinal prospectivo de unos 120 varones en Estocolmo, un coeficiente intelectual bajo-medido a la edad de 3 años predijo de un modo significativo una delincuencia oficial registrada hasta la edad de 30 años (Stattin y Klackenber-Larsson 1993). Los delincuentes reiterativos (con 4 delitos o más) mostraron un coeficiente intelectual medio de 88 a la edad de 3 años, mientras que los no delincuentes mostraron un coeficiente medio de 101.
3. **Educación de los niños y abuso de los niños**: conforme expresa el autor, de todos los factores relacionados con la educación de los niños, la escasa supervisión parental es el factor de predicción de la delincuencia más fuerte y más replicable, y la disciplina dura o punitiva (que implica el castigo físico) es asimismo un importante factor de predicción (Haapasalo y Pokela, 1999).

Parece existir una transmisión significativa intergeneracional de la conducta agresiva y violenta de padres a hijos. Se dice que está comprobado que los niños que sufrieron abusos físicos hasta la edad de 11 años, se convirtiesen en delincuentes violentos durante los 15 años siguientes. Asimismo el maltrato registrado a niños de edades inferiores a 12 años predijo una violencia auto informada entre las edades de 14 y 18 años, con independencia del género, etnia, el nivel socio-económico, y la estructura familiar.

4. **Conflictos parentales y familias rotas**: existen estudios sociológicos donde ha quedado reflejado que los hogares rotos o las familias rotas predicen la delincuencia, y que los conflictos parentales predicen una conducta antisocial posterior. Si bien el autor la señala como otra causal determinante o incidente en la delincuencia, es preciso aclarar que no es la general de la ley, obviamente. Sí se pretende enumerarla dentro de las causales como otro factor social importante que influye en el

comportamiento antijurídico de una persona en la sociedad, pero no es una regla general que no admita excepciones.

5. **Padres delincuentes**: en sus estudios McCord (1977) y Robins (1975) mostraron que los padres delincuentes tendían a tener hijos delincuentes. En el estudio de Cambridge, resultó destacable la concentración de los delitos en un pequeño número de familias. El hecho de tener un padre, una madre, un hermano o una hermana condenados predijo de un modo significativo las propias condenas de los chicos. El pariente más importante fue el padre; los arrestos de los padres predijeron la delincuencia de los chicos con independencia del resto de los parientes arrestados.
6. **Familias numerosas**: muchos estudios muestran que las familias numerosas predicen la delincuencia. Por ejemplo, en el estudio Nacional del Reino Unido sobre Salud y Desarrollo, Wadsworth (1979) descubrió que el porcentaje de los chicos que oficialmente eran delincuentes aumentó desde un 9% para las familias con un hijo hasta un 24% para las familias con cuatro o más hijos. El hecho que un niño tuviese cuatro o más hermanos al llegar su décimo cumpleaños, doblaba su riesgo de ser condenado como delincuente juvenil (PACHECO GALLARDO, 2007).

3.3 CAUSAS PSICOLÓGICAS

Conforme se expuso anteriormente, entre las diversas causas que inciden en el comportamiento delictivo de una persona encontramos las causas psicológicas - psiquiátricas que se refieren al aspecto y desarrollo interno de la personalidad y psiquis de un ser humano y que se reflejan en su relación con la sociedad en la que vive. Si bien no son las únicas que existen, siguiendo al autor citado en el tema anterior comparto la enumeración que hace basado en su trabajo investigativo referido al tema.

Pacheco Gallardo, en su trabajo citado, describe que el infractor joven presenta los diversos rasgos de personalidad, a saber:

- **Actuación impulsiva**: carece de autocontrol, de un filtro reflexivo que medie entre impulso y conducta y le permita el análisis de la propia situación.

- Pensamiento concreto: orientado a la acción, práctico, programado para el corto plazo; no tiene un razonamiento abstracto.
- Rigidez cognitiva: tiene dificultades para captar los matices de una situación concreta, es incapaz de desarrollar opciones distintas a las anteriormente adoptadas, etc.
- Poseen rudimentarios mecanismos de auto-justificación, que se desmoronan si se les enfrenta al mal que efectivamente han ocasionado, dejándolos desprotegidos frente al complejo de culpa.
- Déficit de autoestima: buscan en el comportamiento delictivo la sensación de poder o de dominio del mundo.
- Distorsiones valorativas: es incapaz de captar las reglas, convencionales, actitudes y conductas de los diversos grupos sociales.

CAPÍTULO II

1.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS MÁS RELEVANTES.

Ya en el año 1866, El proyecto de Código Penal denominado “Proyecto Tejedor”, contenía en el título “De las causas que eximen de pena”, el art. 2º, referido a la falta de Imputabilidad, el cual disponía: “...están exentos de toda pena: 1º Los menores de diez años...”

Posteriormente en el año 1881, el “Proyecto de Villegas, Ugarriza y García”, intentó simplificar el sistema, estipulando que no es punible el menor de 10 años, ni entre 10 y 15, si obró sin discernimiento. También se atenuaba la pena del menor de 18 años.

El Código de 1886, en cuanto a menores, simplemente adoptó el sistema del Proyecto Villegas, Ugarriza y García, por ello no contempló ninguna medida acerca de los menores impunes. Este sistema fue duramente criticado ya que se tornó muy difícil averiguar si el menor tenía discernimiento o no.

Con el “Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo” del año 1891 se cambia radicalmente de idea, ya que se declara exento de responsabilidad criminal al menor de 14 años. Se evidencia entonces que los redactores del proyecto fueron influidos por la declaración de la Unión Internacional de Derecho Penal de Berna, de febrero de ese mismo año, la cual disponía: "1º que los niños que

no han alcanzado los 14 años no deben ser sometidos a medidas penales; 2° que la cuestión del discernimiento debe ser abolida y reemplazada por otra cuestión, a saber: si es necesario someter al niño a la tutela pública; 3° que el tratamiento por aplicar a los niños culpables o abandonados debe conformarse con la individualidad de cada niño."

El Proyecto de 1906 es bastante similar y no merece mayores consideraciones.

Diez años más tarde, en 1916, el Diputado Rodolfo Moreno presentó un breve proyecto, que pretendía adoptar como Código Penal al Proyecto de 1906, con cuatro páginas de modificaciones. Este Proyecto fue consultado a los legisladores, jueces, profesores, funcionarios, abogados, y a otros interesados, en todo el país.

En el año 1919, el Congreso dictó la ley Agote o de patronato de menores, que se refiere a la patria potestad, crea el Consejo Nacional del Menor, y contiene casi diez artículos sobre menores y delincuencia.

Esta ley, influida por los estudios de la Comisión penal, a su vez influyó en ella. Pero no adoptó todo a la letra. En pequeña medida, el Código Penal, tras su largo trámite, con sus disposiciones retocó algunos aspectos de la ley Agote.

En el año 1921, se sancionó el Código Penal para la nación argentina, el cual nada ha dispuesto respecto de la edad de Imputabilidad en su art. 34.

Ello ha sido suplido con posterioridad por la ley 22.278 referida al Régimen Penal de la Minoridad en su Art.1 y 2, en donde se dispone que la edad de Imputabilidad es a partir de los 16 años.

A partir de entonces en el ámbito del Congreso de la Nación, han existido un sin número de proyectos de ley intentando dar una solución a los problemas que se generan por la violación de la ley penal por los menores de edad.

Las diversas iniciativas legislativas planteadas, básicamente se dirigen en dos sentidos incompatibles: uno plantea que las modificaciones a la legislación debe enfocarse en bajar la edad de Imputabilidad incorporando a los menores de 14 a 16 años de edad, a fin de extender el universo de infractores, y otro, que pretende dictar una legislación que mantenga armonía con las disposiciones internacionales.

En el año 2002, en el ámbito del Senado de la Nación, se logró un importante avance apreciable en el Orden del Día N° 976 (Comisión de

asuntos penales y regímenes carcelarios, 2002), todo como resultado del acuerdo logrado tras el estudio de los proyectos de ley antes mencionados.

Es dable destacar que en aquel momento, existían en el Senado seis proyectos que se inclinaban por un nuevo **régimen penal especial a partir de los 14 años de edad**, derogando la ley 22.278, estos eran el “Proyecto Galván” (S-986/01), “Proyecto Robles” (S-1398/01), “Proyecto Salum” (S-1496/01), Proyecto Seguí” (S-1874/01), “Proyecto Agúndez” (S-125/02) y “Proyecto Morales y Arancio” (S-1873/02), y otros cinco planes legislativos, cuya intención era **bajar la edad de Imputabilidad a los 14 años de edad**, modificando, a ese sólo efecto, el régimen penal vigente. Esos Proyectos eran el “Proyecto Sala” (S-1426/01), “Proyecto Pardo” (S-1294/02), “Proyecto Menem” (S-1381/02), “Proyecto Capitanich” (S-1647/02) y “Proyecto Pichetto” (S-652/02).

Aquel avance que se logró en el año 2002 en el Senado, consistió en un dictamen, el cual se inclinaba definitivamente por derogar el régimen penal vigente, rompiendo con la concepción de actuar por motivos asistenciales, y recomendaba instrumentar un sistema penal complejo y diferenciado en dos franjas etarias: los de 14 y 15 y los de 16 y 17 años de edad.

Si bien el dictamen perdió estado parlamentario sin lograr tratamiento legislativo, fueron receptadas gran parte de sus disposiciones normativas en un nuevo proyecto de ley de los senadores Ibarra y Yoma, denominado: "PROYECTO DE LEY SOBRE RÉGIMEN APLICABLE A LOS ADOLESCENTES QUE COMETEN DELITOS" (Comisión de asuntos penales y regímenes carcelarios, 2002), permitiendo continuar con la tarea legislativa, y constituyéndose en el instrumento legislativo de consenso básico para el trabajo en los años que siguieron.

Según un trabajo realizado por Carlos Reggiani, para la Fundación de Investigación en Inteligencia Financiera “FINIT” (REGGIANI, 2008), “la propuesta legislativa continuó enriqueciéndose con nuevos aportes, fundamentalmente los realizados en el marco de las jornadas sobre el régimen penal juvenil, organizadas por la Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico en el mes de mayo de 2004, en las cuales participaron doctrinarios, jueces, psicólogos, asistentes sociales, entre otros actores involucrados”.

Más recientemente, en diciembre del año 2007, varios senadores (IBARRA, 2013) integrantes de las Comisiones de Justicia y Asuntos Penales,

de Población y Desarrollo Humano, de Seguridad Interior y Narcotráfico y de Presupuesto y Hacienda, suscribieron un proyecto de Dictamen Legislativo, en cuya elaboración participaron senadores, diputados y funcionarios del Poder Ejecutivo, que no obtuvo el quórum para constituirse en un dictamen de comisiones.

Respecto a lo establecido en la materia en los instrumentos internacionales, puede decirse que no han determinado expresamente una edad mínima de Imputabilidad penal, limitándose a recomendar que no se trate de "una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual" (IBARRA, 2013), aconsejando también a que la normativa especial se aplique a los "delincuentes adultos jóvenes" (IBARRA, 2013).

De lo hasta aquí expuesto, se evidencia que las iniciativas legislativas demuestran una voluntad mayoritaria de adhesiones a la posición de legislar una norma especial, respetuosa de los derechos y garantías constitucionales, que atribuya responsabilidad penal por la comisión de delitos a partir de los 14 años de edad.

2.- LEGISLACIÓN COMPARADA

Entre los distintos sistemas normativos en el mundo destacaré brevemente dos legislaciones referidas a la edad de imputabilidad penal y las diversas causas que excluirían la responsabilidad penal en general, entre las que se encuentra la minoridad. Tomando como base para su descripción, el trabajo investigativo de la abogada M. Celeste Rinaldoni, publicado en la Revista "In Iure", en abril de 2012 (RINALDONI, 2012).

Por un lado se describirá el sistema español, teniendo en cuenta el código penal de ese país; y por el otro la legislación alemana.

El *Código penal español*, trata las causas que eximen de la responsabilidad criminal, en el Libro Primero, Título Primero, Capítulo Segundo.

Así, en su artículo 19 establece: "Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor".

De lo que se deduce que también como en nuestro país existe un régimen

penal de minoridad que legisla sobre el tema.

Por otro lado en el artículo 20 se deja establecido quienes concretamente se están exentos de responsabilidad criminal, a saber: “1°. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2°. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3°. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. (...) En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código”.

A su vez, dentro del Libro Primero pero ya en el Título IV regula “las medidas de seguridad” entre la normativa vinculada al tema, la autora citada, se refiere al artículo 96 el cual menciona las diversas medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a ese Código, las cuales divide entre privativas y no privativas de la libertad.

Entre las medidas privativas de libertad menciona: 1. El internamiento en centro psiquiátrico. 2. El internamiento en centro de deshabitación. 3. El internamiento en centro educativo especial.

Y entre las medidas no privativas de la libertad, estipula: 1. La inhabilitación profesional. 2. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. 3. La obligación de residir en un lugar determinado. 4. La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan. 5. La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de

visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego. 6. La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado. 7. La privación el derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. 8. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. 9. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. 10. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. 11. La sumisión o tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario. 12. El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

Es importante destacar, las diversas medidas que describe concretamente ese cuerpo legal, y que no se refieren a reprimir la libertad del infractor, sino por el contrario a reeducarlo efectivamente, pero sin desproteger a la víctima ni descuidando sus posibles miedos respecto de la libertad que se le otorgue a quien suprimió su propia libertad.

Asimismo, en el artículo 101 determina que: “1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de éste Código”. El que a su vez contempla la posibilidad que el Juez o Tribunal, durante la ejecución de la sentencia, mediante un procedimiento contradictorio y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, pueda mantener, hacer cesar, sustituir o suspender la medida de seguridad privativa de libertad impuesta.

Y para los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2º del

artículo 20, el artículo 102 en su primer apartado regula que: “1.... se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código”.

Por último, los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3º del artículo 20, el artículo 103 estipula: “1... se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código. 3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 97 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza”.

Código penal alemán

Por su lado el legislador alemán regula la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad en los párrafos 19, 20, y 21 del código penal, dentro del Capítulo II denominado “El hecho”, Título I “Fundamentos de la punibilidad”.

A continuación, una breve reseña del tema.

En lo referido al párrafo 19, se establece: “*Incapacidad de culpabilidad del niño*”: “Es incapaz de culpabilidad quien en el momento de la comisión de un hecho aún no ha llegado a la edad de los catorce años”.

En el párrafo 20 regula la: “*Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas*”: “Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de

un hecho es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión.

Y en el párrafo 21, estipula sobre: “*Capacidad de culpabilidad reducida*”: “Si la capacidad del autor por las razones señaladas en el § 20 está considerablemente reducida en la comisión del hecho o para comprender lo injusto del hecho o para actuar de acuerdo con esa comprensión, entonces la pena puede ser disminuida conforme al § 49 inciso 1”. El cual dispone: “*Causas legales especiales de atenuación*: (1) Si se prescribe una atenuación conforme a este precepto o se autoriza, entonces para la atenuación rige lo siguiente: 1. En lugar de pena privativa de la libertad perpetua se aplica una pena privativa de la libertad no menor de tres años. 2. En los casos de pena privativa de la libertad temporal se permite imponer como máximo tres cuartos del máximo impuesto. 3. En los casos de multa rige lo mismo que para el número máximo de los importes diarios. 4. El aumento del mínimo de una pena privativa de la libertad se disminuye -en los casos de un mínimo de diez o de cinco años a dos años, - en los casos de un mínimo de tres o de dos años a seis meses, -en los casos de un mínimo de un año a tres meses, -en los restantes casos al mínimo legal”.

En cuanto a las “medidas de corrección y seguridad” el código penal alemán establece en el párrafo 63 el “*Internamiento en un hospital psiquiátrico*”. “Si alguien comete un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad (§ 20) o con capacidad de culpabilidad reducida (§ 21), entonces el tribunal ordenará la internación en un hospital psiquiátrico cuando de la valoración en conjunto del autor y de su hecho resulte que como consecuencia de su estado son de esperar relevantes hechos antijurídicos y por ello es peligroso para la comunidad”.

Y en el párrafo 64, contempla el “*Internamiento en un establecimiento de desintoxicación*” para los siguientes supuestos: (1) Si alguien tiene la inclinación a tomar en exceso bebidas alcohólicas o cualquier otra sustancia embriagante y siendo condenado por un hecho antijurídico cometido en embriaguez o atribuible a su inclinación o solo no se condena porque su incapacidad de culpabilidad es comprobada o no excluible entonces el tribunal ordena la internación en un establecimiento

de desintoxicación, cuando exista el peligro de que como consecuencia de su inclinación cometa relevantes hechos antijurídicos. (2) La orden no tiene lugar, cuando una internación en un establecimiento de desintoxicación desde el principio parece inútil”.

CAPÍTULO III

1.- POSICIONES DOCTRINARIAS RESPECTO A LA EDAD DE IMPUTABILIDAD PENAL

Existen diversas opiniones de los autores argentinos a la hora de debatir sobre la conveniencia e importancia o no, de bajar la edad de imputabilidad penal en el derecho penal Argentino.

Para un sector de la doctrina, debido a la concurrencia de menores cada vez más chicos al sistema judicial como consecuencia de haber cometido delitos leves o de gravedad, se hace imprescindible bajar la edad de imputabilidad para hacer sobre ellos, efectivas las penas aplicables.

Para otro sector doctrinario esto no es así. No se resolvería el problema, alegan, además de que no son sujetos plenamente conscientes, deducen. No se encuentran con la debida claridad y capacidad psíquica y mental aún como para comprender lo que hacen y responsabilizarse por sus hechos, conforme y a la luz del derecho penal vigente.

El debate principalmente se centra en bajar a 14 años la edad de imputabilidad penal o mantenerla en la edad de los 16 años. A los fines de ser plenamente penalmente responsables por su actuar delictivo, corrompedor de la normativa legal vigente.

Así, uno de los autores que se manifiesta en contra de bajar la edad de imputabilidad penal es el doctrinario Adrián M, Tenca (2011), quien en su trabajo "Causas del delito y teoría de la pena", expresa que como suele suceder en nuestro país, la inexistencia de una política criminal (entendida como aquella que procura la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal) de corto, mediano y largo plazo, trae generalmente aparejado que las modificaciones en el derecho penal se lleven a cabo ideologizando el tema a tratar, lo que suele deparar resultados fatales.

Conforme manifiesta el autor citado, sabido es que el derecho penal debe ser la ultima ratio (última razón) a la que debe recurrir el legislador para

resolver una problemática determinada. Este principio, medular para un sistema democrático, resulta olvidado con suma frecuencia, recurriéndose a la tipificación de nuevas conductas o al aumento de penas para aquellas que ya se encuentran prohibidas, con la mágica e inconsistente idea que ello de por sí ha de traer al menos un principio de solución. Se olvida, dice, que el derecho penal es principalmente reactivo, más allá de la función de prevención general que conlleva la aplicación de pena en abstracto. Todo ello sucede con el tema analizado. Hace tiempo que se discute si disminuir la edad de imputabilidad es o no conveniente.

Para ello el autor sostiene que la pregunta que se impone conforme lo señalado anteriormente es ¿Qué impulsa a los legisladores a ocuparse de este tema en la actualidad? La respuesta es sólo una: estadísticamente se ha comprobado que son muchos los menores de 16 años que cometen delitos, y ello provoca la reacción y el reclamo social. Una vez más se recurre a que el derecho penal realice el "milagro". Todos los proyectos procuran, si bien con matices importantes, bajar la edad de la imputabilidad, ubicándola a los 14 años. Pero lo curioso, es que ninguno de ellos explica los motivos que conducen a concluir que en estos tiempos y en nuestra sociedad una persona comprende la criminalidad de sus actos y los dirige conforme esa comprensión (art. 34 inc. 1 del C.P) a los 14 años y no a los 16 años.

Para el autor citado, bajo este análisis, es importante no dejar de lado algunos presupuestos básicos tales como: la diferencia entre conocer la criminalidad y comprenderla; la composición y desarrollo del proceso de socialización; las diferencias existentes entre la socialización primaria y la secundaria; los mecanismos de condicionamiento que operan sobre el proceso; y la vinculación existente entre la imputabilidad y los fines de la pena (TENCA, 1997, pág. 166 y sgts.).

Para él, si no se tienen en cuenta éstos presupuestos, cualquier modificación sobre la edad en que una persona debe ser considerada imputable, operará tan sólo como una respuesta política a una coyuntura meramente circunstancial y pasajera. Y no saneará el problema que da origen a este análisis.

Otra opinión en contra de la idea de bajar la edad de imputabilidad penal es la de Eduardo Aguirre Obarrio; quien basándose su análisis en la gran cantidad de noticias a diario, acerca de hechos tremendos y horribles en los

que obran personas menores que tienen 10, 12, 15 años o más, se pregunta si una solución probable sería bajar la edad de imputabilidad penal, o no.

Dice el autor, que ante la realidad que nos invade se ha formado una ola de reacciones y aparecen diversas propuestas. Una de las más corrientes es la idea de bajar a 14 años la edad de la capacidad penal de los menores, fijada en 16 años.

Asimismo sostiene, que se cree que al bajar la edad en que los menores deben encarar al derecho penal, bajará el número de hechos graves. Pero duda en cuanto a que tal reforma solucione algo.

En primer lugar, manifiesta, porque así como una guerra no se gana reformando el reglamento de conducción de tropas, ni hay menos pobreza porque la Constitución disponga que todos tendrán acceso a una vivienda digna, así tampoco doblar las penas o incluir a más chicos en el Código produce el efecto de disminuir los hechos que están en la lista de delitos. Las leyes pueden ser convenientes para hacer o solucionar en alguna medida esos y otros problemas, pero necesitan que se trate de algo posible, y que el espíritu y la acción pongan lo suyo.

En segundo lugar, cuando las leyes fijan edades, lo que interesa es para qué lo hacen. En unos casos hay que ver qué permiten o impiden hacer a quienes tienen esas edades. En otros, qué disponen que ocurra con quienes, con tal o cual edad, cometen ciertos hechos descriptos por la ley, como puede ser el caso de los delitos.

“No basta legislar para que las normas resulten creadoras de hechos reales beneficiosos”. Es necesario, además de conocer lo que sucede, saber con qué posibilidades contamos para crear o cambiar algo, decidir qué es lo que más conviene, acertar en eso, y hacerlo.

“En el caso de menores y delito, la complejidad de diversos asuntos es tan grande que se precisa mucho empeño de un conjunto de muy diversos tipos de mentes” (AGUIRRE OBARRIO, 2008).

Y en la misma corriente en contra de bajar la edad de imputabilidad penal, como una posible solución a la problemática actual de la inseguridad que nos invade, encontramos la posición del Juez de menores Morello Michelle. Quien a través de una publicación en la Revista LA LEY, trata de analizar el actual concepto legislativo de capacidad de comprensión y de voluntad del menor de más de 14 años, conforme los cánones elaborados por la psicología de la edad evolutiva y de las exigencias de una apropiada política

social. Todo ello, a fines de comprobar la necesidad de sugerir algunas modificaciones que eliminen los efectos negativos de una indiscriminada punición penal y detención de sujetos en vías de maduración.

A tal fin, manifiesta el autor que “imputar” significa atribuir, en este caso la imputabilidad es la posibilidad jurídica de atribuir a una persona la violación de un precepto penal. (MORRELLO, 1985 - 1152)

Asimismo separa el autor por un lado el concepto de la capacidad de comprensión del de volición. Y sostiene que la capacidad de comprensión se refiere a la aptitud de adquirir experiencia y conocimientos, analizarlos y seleccionarlos, elaborarlos y transformarlos para crear otros, mediante procesos perceptivos, memorísticos, de aprendizaje y de maduración. Mientras que la capacidad volitiva es la aptitud de resolver el pensamiento mediante palabra o acción, de valorar con apropiados juicios de idoneidad, oportunidad y valor. (MORRELLO, 1985 - 1152)

Por ende existe una diferencia entre ambos conceptos. El primero es una calidad de la persona y apunta a la capacidad que esta tenga de cumplir ciertas operaciones mentales. Mientras que la segunda, como el dolo, debe considerarse en el momento concreto del hecho.

Según explica en su publicación, la edad crítica para especificar si esas capacidades existen es aquella entre los 14 y 18 años de edad. Teniendo en cuenta que los cambios biológicos y comportamentales de las personas en el curso de su vida se dividen en cuatro fases: primera infancia (hasta los 2 años), infancia (hasta la pubertad), adolescencia y edad adulta, se puede decir que hacia los 11 o 12 se inicia y en el curso de la adolescencia madura el pensamiento formal. Ese desarrollo no es igual en todos los individuos, dependiendo en gran grado del aprendizaje y de la madurez, por lo que pueden existir individuos que a los catorce años tengan la madurez psíquica de un adulto y otros que aún no hayan pasado psíquicamente los umbrales de la niñez. Por ello es difícil, manifiesta el autor, establecer una edad a partir de la cual se puedan incriminar a individuos cuya personalidad está en vías de desarrollo. (MORRELLO, 1985 - 1152)

Es por las razones vertidas, que el juez de menores afirma, que se impone una modificación legislativa que teniendo en cuenta la delicadeza e importancia social de un apropiado desarrollo de la madurez del adolescente, en especial en los primeros años de la adolescencia, eleve a una edad más madura (por ejemplo 16 años) el límite de la imputabilidad del menor que, por

otra parte, prevea una serie de medidas alternativas de la detención, específicas para los menores. (MORRELLO, 1985 - 1152)

El ex juez nacional en lo criminal, y de la Cámara de Casación Penal y distinguido profesor de Derecho procesal penal y constitucional, asesor de menores e incapaces ante la Cámara en lo Criminal, ya fallecido; Julio José Martínez Vivot, es otro de los autores que se pronunció en contra de la idea de bajar la edad de imputabilidad penal como una solución a la problemática planteada.

Así, en tu trabajo titulado “Volver sobre la punibilidad de los menores”, publicado en la revista La Ley (1983), luego de haber sido parte de la comisión que propuso la modificación de la ley 22.278, con la sanción de la ley 22.803; y en su rol de Juez y de asesor de menores e incapaces especialista en lo criminal sostuvo en aquella oportunidad que: “analizando a los menores que, entre los 14 y 16 años, eran sometidos a proceso pude detectar que, por regla general, los delitos que cometían no sólo tenían escasa significación sino que estos individuos, aun cuando poseían mayor información que sus iguales de épocas anteriores no por ello presentaban mayor madurez. Tal comprobación me llevó a compartir, en términos genéricos, lo que el mensaje que acompañó al proyecto expresa en el sentido que "la comprensión de lo ilícito, la aptitud intelectual -dependiente de un mayor y rápido proceso de aprendizaje- y una más temprana actividad socializadora son elementos que deben ser analizados dentro del campo que ofrece la inmadurez de aquellos que no han convivido lo suficiente como para afrontar con responsabilidad los resultados negativos que pudieran causar sus conductas”. (MARTINEZ VIVOT J. J., 1983 - C, 840 Voces)

Y es así, afirma, que la realidad del tratamiento tutelar a que alude el art. 4º de la ley 22.278, en muchas jurisdicciones no encuentra su materialización, ante la ausencia de una infraestructura adecuada que permita un efectivo control de la conducta posterior del menor, a través de un seguimiento y vigilancia por el tribunal interviniente, y ante la eventual internación no halla los lugares adecuados separados de los procesados mayores, que garantice la falta de contacto de éstos y aquél, a la par que brinde los medios de aprendizaje y educación tendientes a lograr la readaptación de los menores. (MARTINEZ VIVOT J. J., 1983 - C, 840 Voces)

Es por ello que existe entonces, sostiene, una la falta de adecuación procesal a los dictados de la ley 22.278 y a partir de ella la ausencia de una apoyatura tutelar que permita un efectivo tratamiento -tanto a través de la libertad vigilada en la internación-, que se agrava con la ausencia de tribunales específicos en materia de menores, que efectivamente comporten el medio a través del cual se ejercite el patronato de los mismos, brindando la protección que éste presupone y que debe trasuntarse en educación y asistencia, tendiente a ubicar al menor dentro de la sociedad antes que castigarlo, ya que la pena, en buena medida, será la consecuencia del fracaso del tratamiento, que no puede imputarse al menor cuando dicho tratamiento no resulta adecuado o, lo que sería peor, no ha existido (MARTINEZ VIVOT J. J., 1983 - C, 840 Voces).

En base a estos argumentos es que razona que lo que lo que debiera hacerse es ajustar la realidad a la ley, pero no deben olvidar que existe una realidad en la cual está inmerso el menor, que es ajeno a esa coyuntura en la que ve en cierta manera comprometido su futuro. (MARTINEZ VIVOT J. J., 1983 - C, 840 Voces)

La solución, desde su posición, se orienta en la búsqueda de la situación más favorable para el menor, que si bien, en este caso, no responde una efectiva protección atiende a circunstancias que no le son imputables y, en consecuencia, no podrían agravar su posición. (MARTINEZ VIVOT J. J., 1983 - C, 840 Voces)

Sin embargo, no obstante las opiniones propuestas están quienes aseguran que bajar la edad de imputabilidad penal produciría un cambio importante en la sociedad y en el comportamiento de los menores que ante la falta de castigo, burlan constantemente el sistema punitivo del Estado.

Así, Héctor Manchini, adhiere a la postura que se inclina en el sentido indicado, en razón que los inmensos cambios sociales que se han provocado en la última década nos han llevado a afirmar que a partir de los 14 años se deberá responder por cualquier conducta ilícita.

Y si bien afirma, que ello no llevará a disminuir la violencia ni en general a evitar la ofensa a los bienes y a la integridad física de los ciudadanos, lo más importante de la cuestión a resolver está relacionado con el elemento humano que se encargará en cada caso de la prevención, la

represión, pensar la ley adecuada para cada situación de conflicto, la honestidad de su proceder, la imparcialidad de las decisiones, la independencia de todos aquellos con responsabilidad en alguno de los poderes del Estado, esto es, el Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial, la convicción de los ejecutores de la autoridad estatal de no someter su conducta a ningún poder vinculado con amistades, intereses particulares, vínculos políticos, etc.

“Una ley no cambia nada, son los hombres de bien, honestos, de auténtico espíritu democrático, defensores de los valores esenciales en cualquier sociedad civilizada, como el honor, la honestidad, la decencia, aquellos defensores a ultranza de la ley y de su aplicación igualitaria en todos los casos”.

“Por eso, si es cierto que el elemento humano tiene tanta importancia para morigerar la violencia, la inseguridad jurídica, debemos cambiar de enfoque en todos los ámbitos. Tenemos que privilegiar la idoneidad, la honestidad y la independencia por encima de cualquier otra calidad tanto al momento de designar al policía de más bajo rango como al designar al Juez de mayor jerarquía”.

“Los legisladores deben dedicarse a sancionar leyes que protejan integralmente a los ciudadanos y los jueces al resolver los casos llevados a su conocimiento y decisión deben apegarse a la voluntad de la ley y no al afán o interés de amigos o compromisos”.

Con estas razones concluye que “la reducción de la edad de imputabilidad penal a 14 años -“con lo que estoy absolutamente de acuerdo”- no cambia nada, si entre otras múltiples circunstancias a modificar y que influyen decisivamente en el aumento de la violencia, como por ejemplo mejorar sustancialmente la educación, no se tiene en cuenta el elemento humano que interviene en cada una de las fases del proceso tendiente a lograr la máxima seguridad jurídica posible designando en cada cargo a los individuos más idóneos, honestos e imparciales para ejercer la función de que se trate (MANCHINI, 2009).

En conclusión, si bien sostiene necesario bajar la edad de imputabilidad penal basado en la comprensión que en la actualidad alcanzan los menores, respecto de lo que se entiende por ilícito y lo que no; conforme a la vida que llevan, las amplias facultades decisorias e independencia que se les otorga, entre otras; es imprescindible que esta decisión transformadora de la legislación penal vigente se encuentre reforzada y acompañada por una toma

de conciencia y un cambio de comportamiento social, y fundamentalmente por una actitud más comprometida con el sentimiento de justicia de funcionarios que tienen al alcance de sus manos la aplicación de las leyes, y la posibilidad de ejercer la autoridad con ejemplo y firmeza, y con un sano criterio de la realidad de cada ser humano. Tanto del ofensor, como del ofendido.

Por otro lado encontramos opiniones que apuntan quizá no a la baja de la edad de imputabilidad conforme al régimen penal juvenil existente en la actualidad, sino por ejemplo a la baja de edad para el procesamiento de menores, pero con la posibilidad de aplicarles penas menos rigurosas, o someterlos a un proceso que no sea en los hechos y derecho igual que al de los adultos.

Así el jurista que manifiesta su opinión por la negativa de la baja de edad de imputabilidad penal “per se”, de gran envergadura en nuestro país, fundamentalmente por aportar su opinión desde la mirada del aparato decisor y aplicador de las leyes, es el Dr. Eugenio Zaffaroni. Quien se manifiesta en contra de la baja de imputabilidad penal debido a que ello “agravaría la situación con otra inconstitucionalidad” (ZAFFARONI E. , 2009), dice.

El juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostiene que: “Un adolescente no es inimputable por el hecho de ser adolescente, es menos reprochable por encontrarse en un proceso evolutivo” (ZAFFARONI E. , 2009).

Conforme expresó en otro informe periodístico publicado en el diario digital “26 Noticias.com.ar” su posición “no tiene que ver con una cuestión de imputabilidad o no”, sino con la eliminación de la “excusa tutelar”, mediante la cual los menores de edad son privados de su libertad sin ser juzgados. Así expuso: “Desde mi punto de vista, el sometimiento a un proceso penal es una exigencia de la Constitución, de modo que sí creo que habría que bajar a los 14 años el sometimiento a proceso penal”, remarcó. (ZAFFARONI E. , 26 NOTICIAS. COM . AR “Es necesario bajar la edad de la imputabilidad penal a 14 años”, 2013)

Es decir, sostiene que se trata de una cuestión de procedibilidad, de procedimiento, y no de una cuestión de imputabilidad o no, sino que “está relacionado con si puede o no estar sometido a un proceso penal. Lo que yo propongo es poner la situación acorde a la Constitución y juzgar a los menores desde los 14 años” (ZAFFARONI E. , 26 NOTICIAS. COM . AR “Es necesario bajar la edad de la imputabilidad penal a 14 años”, 2013).

El estudioso jurista, resalta que existe en el país "privación de la libertad" para los menores de edad que cometen ilícitos, pero no el sometimiento a un proceso penal. Es decir, conforme al régimen penal juvenil los menores reciben como castigo ante la comisión de delitos una sanción que los priva de la libertad, y bajo las cuales son tratados de igual manera que los adultos, pero bajo un supuesto régimen especial, y sin ser sometidos a un proceso penal determinado.

Parecería que su propuesta consiste en una imputabilidad solapada, difícil de descifrar. Así resume en aquel informe: "Si un chico hizo algo, bueno, tratémoslo en un proceso penal y luego veamos qué medida razonable podemos imponerle. Pero este sistema que tenemos no funciona. Es un sistema con excusa tutelar". "Como lo tutelo, entonces, no necesito hacerle un proceso. Todo lo que se haga bajo ese concepto es para su bien". (ZAFFARONI E. , 26 NOTICIAS. COM . AR"Es necesario bajar la edad de la imputabilidad penal a 14 años", 2013)

Según manifestó en la publicación del diario Clarín (ZAFFARONI E. , "Bajar la edad de imputabilidad", 2009), estima más conveniente someterlos a un proceso a los menores que delinquen pero bajar la intensidad de las penas, e incluso excluir las penas más extremas, tales como la prisión perpetua, para los adolescentes de entre 16 y 18 años.

Según expresa el Dr. Zaffaroni "el carácter particular del adolescente no está contemplado en nuestra legislación penal para los jóvenes de entre 16 y 18 años, a los que la ley permite penar como adultos. Si esto se llegase a ampliar a la franja de entre 14 y 16 años, para el juez "sería agravar" el problema y a la ley habría que llamarla "de represabilización inconstitucional del régimen penal para adolescentes". Así resume: "ponerle penas privativas de la libertad" a menores de 14 y 15 años hace que se termine tratando "al carenciado como infractor", con "efectos regresivos y deteriorizantes en esa etapa evolutiva". (ZAFFARONI E. , "Bajar la edad de imputabilidad", 2009)

Además sostiene que de esa manera, tal como lo explica, se terminan generando desviaciones en la conducta de los menores mucho más graves hacia el futuro. Asimismo, afirma que en nuestro país no existe un monitoreo comprometido dedicado a la prevención de la delincuencia juvenil.

Por otro lado, indicó que la estadística más confiable es la que elabora la ONU (Organización de Naciones Unidas) en base a homicidios, que "indica que de 1.900 asesinatos anuales sólo el 10 % sería de adolescentes, y de esos

apenas el 1 % sería cometido por jóvenes de 14 y 15 años ("unos 15 en todo el país", puntualizó)". (ZAFFARONI E. , "Bajar la edad de imputabilidad", 2009)

De lo cual se puede deducir, según el cortista, que no sería necesario bajar la edad de imputabilidad penal, sino que es suficiente someterlos a un proceso penal pero con sanciones adecuadas al desarrollo evolutivo de esta franja infractora de la ley penal.

Conforme concluye la publicación, Zaffaroni reiteró que su propuesta apunta a "bajar la institucionalización de niños y adolescentes", así como establecer un sistema de debido proceso por el cual los menores pueden tener derechos que hoy cuentan los adultos en materia penal "para que no se meta preso a un menor por el hecho de ser pobre" (ZAFFARONI E. , "Bajar la edad de imputabilidad", 2009).

2.- JURISPRUDENCIA DESTACADA.

Respecto a los fallos que se han dictado referidos a la edad de Imputabilidad penal y al Régimen de minoridad cabe mencionar la decisión adoptada por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso "**G. M., E. y M., L. C.**" ("G. M.,E. Y M., L. C.", 2007), que constituye un hito en lo que respecta al régimen jurídico vigente en materia penal juvenil. Lo cierto es que, en este caso, la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 22.278, en lo que respecta a la posibilidad de disponer la internación de menores inimputables, por lo que exhorta al Poder Legislativo Nacional a sancionar (dentro de un plazo que no podía exceder de un (1) año) una norma que establezca un sistema integral de responsabilidad penal juvenil acorde a las exigencias constitucionales.

También merece evocación, la jurisprudencia en el caso "Famoso" (Famoso, E. y otro, 2004) donde la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de las medidas limitativas de la libertad en el proceso penal de menores, entendiendo que los principios constitucionales que limitan la imposición y mantenimiento de las medidas de coerción personal en el proceso penal, "rigen independientemente de la edad de la persona sometida a proceso".

CAPÍTULO IV

1.- ASPECTOS NORMATIVOS SOBRE CONDICIONES DE DETENCIÓN DE MENORES

A los fines de dar cumplimiento a los objetivos propuestos y encontrar respuestas certeras a los interrogantes planteados en este proyecto de investigación, en el presente capítulo me propongo analizar la normativa nacional e internacional referida a las condiciones de detención de los menores de edad en cárceles e institutos especializados en la privación legítima de la libertad.-

Ello con el fin, no sólo de analizar este aspecto pragmático de la problemática planteada, referido a qué sucede en la realidad con la aplicación del Régimen Penal Juvenil Vigente; sino para deducir también si esta realidad puede convertirse en una causal de reincidencia o no en la comisión de delitos llevados a cabo por jóvenes y niños.-

1.1 NORMAS INTERNACIONALES:

Haré una breve descripción de algunas normas referidas al tema que diversos tratados internacionales, convenciones y pactos vigentes regulan, para dejar planteado claramente el marco normativo que completa el Régimen Penal de Menores, a nivel Internacional.-

Como hice mención en el capítulo I, apartado 2.1; en el año 1994, nuestro país incorporó al Art. 75. inc. 22 de la Constitución Nacional, entre otros, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo como así también la Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos y/o Degradantes. Sin embargo, la legislación interna no se ha adaptado del todo a los referidos instrumentos internacionales.

Tomando como base, para la descripción de la normativa internacional vigente, un informe realizado por la Defensoría General del Departamento judicial de la provincia de Bahía Blanca, del sector “Observatorio Permanente de Cárceles e Instituciones de Encierro”, haré mención de algunas normativas que aparecen en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Art. 1, 5

y 7; y algunas cuestiones que regula la Convención de los Derechos del niño, referidas al tema abordado.

Así, el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (Blanca, 2007).

Por su parte, el art. 5, se refiere al derecho a la integridad personal, el cual establece que: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (Blanca, 2007).

Como puede observarse, existe una extensa especificación del trato especial que debe existir sobre todo cuando se trata de menores de edad, ya sea procesados y/o condenados.-

Asimismo el art. 7 de la misma Convención, dispone que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella” (Blanca, 2007).

Conforme expone el informe citado, en el ámbito del sistema universal de protección a los derechos humanos, existen además instrumentos específicos relacionados con los derechos humanos de las personas privadas de su libertad física. Al respecto, los principales son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, y el Conjunto de Principios para la Protección

de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión que establecen importantes estándares y normas para el tratamiento de los detenidos (Blanca, 2007).

Por otro lado la Corte Interamericana (órgano jurisdiccional perteneciente a la estructura de la Organización de las Naciones Unidas, con competencia en el Continente Americano), ha resaltado la importancia de las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables respecto condiciones de detención, y específicamente ha reconocido las mencionadas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos como un estándar fundamental aplicable en la materia.

Por otro lado, la Convención de los Derechos del Niño dispone expresas condiciones a cumplir por los Estados parte en todo aquello que signifique la protección de derechos de niños, niñas y jóvenes condicionando a ciertas pautas estrictas cualquier tratamiento de institucionalización, detención o alojamiento de niños, niñas y jóvenes que debe siempre implicar, además del resguardo y garantía de su dignidad humana, la preservación y aseguramiento de su desarrollo adecuado y protección de todo aquello que como niño, niña o joven merece y que la CDN reconoce y protege.

Como podemos ver, la normativa internacional, en su mínimo resalto, es clara concreta y precisa, pero como dice la enseñanza urbana...:" del dicho al hecho, hay un largo trecho...".-

La Organización de Naciones Unidas entre las reglas de Protección de menores Privados de su Libertad, se refiere a la regulación sobre el alojamiento, instalaciones sanitarias, Educación, asistencia recreativa y médica, tal como lo señalan en el informe de referencia, que a continuación detallaré.

Así, sobre las condiciones de alojamiento el artículo 3.1 de dichas reglas, establece que: "Los menores privados de libertad tendrán derecho a contar con locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de la higiene y de la dignidad humana".

Mientras que en el artículo 3.2 dispone que: el diseño del centro de detención debe responder a la finalidad de rehabilitación. En tanto que el artículo 33 establece que cada menor dispondrá de ropa de cama individual suficiente, que deberá entregarse limpia, mantenerse en buen estado y mudarse con regularidad por razones de aseo.

Respecto a las reglas sobre las condiciones de instalaciones sanitarias, específicamente en lo que se refiere a las condiciones de los baños y cocina de los lugares de alojamiento; el artículo 34 de las reglas citadas, establece que deben ser de un nivel adecuado y estar situadas de modo que el menor pueda satisfacer sus necesidades físicas en la intimidad y en forma aseada y decente.

Por su parte, el artículo 37, dispone que todos los centros de detención deben garantizar que todo menor disponga de una alimentación adecuada preparada y servida a las horas acostumbradas, en calidad y cantidad que satisfagan las normas de la dietética, la higiene y la salud.

Con respecto a la Educación, la Formación Profesional y el Trabajo, el artículo 38 de las reglas de la ONU regula que todo menor tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción social.

Y en lo que a Actividades recreativas se refiere, el artículo 47 de las reglas dispone que todo menor deberá disponer diariamente del tiempo suficiente para practicar ejercicios físicos al aire libre . Para estas actividades, se pondrán a su disposición terreno suficiente y las instalaciones y el equipo necesarios.

Por último al referirse a la Asistencia Médica sólo señala el artículo 49 señala que: “todo menor deberá recibir asistencia médica adecuada...”. Dejando al libre interpretación que debe considerarse adecuada.-

1.2.- NORMATIVA INTERNA

En nuestra Carta Magna existe sólo una referencia a las instituciones carcelarias en general, cuando establece en el artículo 18 que: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidas en ellas...” (INFOLEG, 1995).-

Si bien es clara también dicha normativa, confusa es en la realidad al parecer su aplicación.

Sin embargo, existen además del art. 18 de la CN, leyes específicas, reglamentos internos, directrices y prácticas relacionadas con las condiciones de detención y alojamiento institucional que el Estado puede aplicar siempre que no sean contrarios a los principios y normas internacionales que rigen la materia.

Tal como lo destaca el informe de Bahía Blanca (2007), en materia de Niñez y Adolescencia, existe un sistema legislativo nacional, que marca las

pautas con base en la Convención de los Derechos del Niño, sobre las cuales deberá instaurarse el sistema de institucionalización o alojamiento de niños y jóvenes, ya sea por situación de riesgo social o al ser sometido a proceso penal.

Por ende, es importante destacar que en el orden federal existen dos leyes importantes que se convierten en los ejes en materia de derecho penal juvenil y todo el Régimen Penal Carcelario Juvenil.

Por un lado encontramos la Ley 26.061 que es la llamada “Ley de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, de donde emergen principios fundamentales respetuosos de los derechos de la niñez, que marcan un parámetro para la institucionalización y aplicación del derecho penal juvenil.

Por otro lado, rige la ley 22.278 del “Régimen Penal Juvenil”, que fija la edad mínima de la imputabilidad penal, y los procedimientos aplicables respecto de menores punibles, procesados y condenados; la cual ya fue analizada en el capítulo I.

En el orden provincial rigen tantas leyes como provincias tiene la República Argentina. La mayoría de ellas están inspiradas en la legislación nacional. La edad mínima de la imputabilidad penal es común para todo el país por tratarse de legislación penal delegada por los Gobiernos de Provincia en el Gobierno federal conforme el art. 75 inc. 12 C.N.-

A continuación haré una descripción de algunos derechos que deja sentados la ley 26.061, que a mi humilde entender nos servirán a los fines de comprender y completar el plexo normativo interno que rige en la materia, y nos dará una visión acerca del mismo para que nos ayude a comparar la realidad normativa con la que cuenta nuestro país, y la realidad fáctica que será analizada a continuación. De esta manera quizá podamos encontrar algunas respuestas a los interrogantes planteados sobre la aplicabilidad de las leyes en la actualidad, la posibilidad de un cambio y/o la necesidad del mismo, como así también nos permita preguntarnos ¿dónde está la falla?.-

Así, en el Artículo 9º de la ley 26.061 se regula el Derecho a la Dignidad y la Integridad Personal: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica,

torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes” (26.061).-

Por su parte, el artículo 14 se refiere al Derecho a la Salud: “Los Organismos del Estado deben garantizar: a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad; b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración; c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia; d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social.

Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud” (26.061).-

Asimismo en referencia al derecho a la Libertad que debe reconocerse en los jóvenes y niños el Artículo 19 establece: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad.

Este derecho comprende: a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos; b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley,

en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.

Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente.

La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente” (26.061).-

Por último, uno de los derechos más relacionados con el problema de investigación propuesto, relacionado con los procedimientos y aplicabilidad del Régimen Penal Juvenil, está dado por el artículo 27 de la Ley 26.061, referido a las Garantías Mínimas de Procedimiento, en general, y las Garantías en los Procedimientos Judiciales o Administrativos, más específicamente. El cual dispone que: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (26.061).

De esta manera vemos como nuestra legislación interna, conforme con nuestro esquema de legislación federal y en un todo de acuerdo con las disposiciones de la Constitución Nacional y Convenios Internacionales con jerarquía Constitucional, se han ido adaptando a los diversos derechos expresados y garantizados en su letra inspirados por un espíritu proteccionista al máximo de los derechos de los más desprotegidos.-

Sin embargo, es importante destacar dos cuestiones muy importantes que nos dejan una puerta abierta al próximo punto de análisis en cuestión: por un lado: ¿se respetan en la realidad y se cumplen todos estos enunciados,

derechos y garantías reconocidos por los instrumentos legales de mayor jerarquía para nuestra sociedad? ¿Se hacen verdaderamente aplicables?

Y por otro lado: ¿Qué pasa con aquellos menores que infringen la ley? ¿Es aceptable que los menores después de cometer delitos, sean merecedores de ciertos privilegios?.

Y siendo así, ¿esto ocurre en la realidad respecto a todo el procedimiento y todas las medidas que corresponden respetarse cuando de menores se trata?.

Muchos interrogantes que tratamos responder a través de la presente investigación.-

2.- CONDICIONES DE DETENCIÓN ACTUALES EN INSTITUTOS DE MENORES

A los fines de analizar el cumplimiento de las leyes estudiadas y mencionadas hasta el momento en el presente trabajo de investigación, me propuse investigar que pasaba en la realidad fáctica con respecto a la aplicabilidad de las mismas. Esto es, si existen en funcionamiento y tal como lo describe la normativa Nacional e Internacional vigente, los institutos especializados encargados de cobijar y reeducar a los niños y jóvenes que participan en la comisión de hechos delictivos.

Entre tanta información obtenida a través de la lectura de distintas publicaciones periodística e informes encontrados vía internet que tratan sobre el tema; me parece interesante referirme algunos de ellos, debido a los interesantes datos llamativos que arrojaron.

En primera medida, resulta útil destacar los primeros pasos que se siguen en el proceso desde la detención de un menor hasta su alojamiento en los institutos para menores. Sin mencionar la tarea jurídica a desplegar, sino haciendo sólo mención a los pasos para el alojamiento de los menores que son detenidos y durante el proceso y eventual cumplimiento de pena impuesta.

Un informe de la Oficina de investigación y estadísticas político-criminales de la Procuración general de la Nación, a cargo del Dr. Adrián Marchisio e integrada por la Dra. Laura Giuliani, Eduardo Vega, Pablo Martínez y Daniela Gallo, cuenta que el recorrido que básicamente hace

una persona menor de edad al momento de su detención por la comisión de un hecho ilícito, teniendo en cuenta la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, es el siguiente: se lo detiene –durante un par de horas- en cualquiera de las comisarías de la Ciudad de Buenos Aires, luego es enviado a la “Casa de Admisión para Jóvenes en conflicto con la ley penal” (CAMET), de ahí se realiza un diagnóstico para ver en el caso de que el menor siga internado, a cuál de los diversos institutos destinados a tal fin se puede derivar. Esa casa de admisión funciona como una especie de embudo, pues el origen de la misma es poder clasificarlos de manera más uniforme, ya que antes cada Juez tenía su criterio (Dr. MARCHISIO, sin datos).

Por otro lado, la función que cumple el CAMET, es de tránsito, es decir que allí se alojan los menores que sólo recurren a Tribunales a efectos de tomarle declaración indagatoria o para alguna citación. (Dr. MARCHISIO, sin datos)

Los institutos de conducta también conocidos como de seguridad o contención dependen del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Allí los jóvenes se encuentran dispuestos tutelarmente por la justicia, y deben cumplir en estos establecimientos la medida de privación de libertad impuesta por el juez competente.

En la Provincia de Buenos Aires, tal como destaca el informe citado, la cantidad de institutos de esta naturaleza suman siete. A su vez, se dividen en dos categorías, por un lado, Institutos de Admisión, clasificación y derivación y por otro lado institutos de “Tratamiento”.

En la primera categoría se encuentran el Instituto San Martín, Manuel Rocca y Ursula Llona de Inchausti. En la segunda, el Instituto Agote (el cual será analizado con mayor detenimiento más adelante), Belgrano, Aráoz Alfaro y el Pabellón Ntra. Señora de Luján del Instituto Ramayón López Valdivieso.

De estos siete institutos sólo dos están destinados a albergar mujeres y los cinco restantes son para varones menores de edad. Entre estos últimos la mayoría están destinados a alojar adolescentes que superan los 16 años de edad, sólo el Instituto San Martín puede recibir

niños y adolescentes menores de 16 años. En el caso de los institutos para mujeres, los dos están habilitados para recibir mujeres de 14 a 21 años.

Con respecto al Centro de atención de menores en tránsito, tal como se menciona en el informe, si bien no se trata de un instituto de menores propiamente dicho, es importante referirse brevemente al estado del mismo, teniendo en cuenta que sirve como el primer parámetro del análisis del funcionamiento y cumplimiento del régimen penal de menores, fundamentalmente en lo que a este aspecto se refiere. Como menciona la Procuración, “es el lugar de diagnóstico para determinar la derivación a un instituto propiamente dicho”. (Dr. MARCHISIO, sin datos)

El objetivo de este traslado fue la posibilidad de evaluar a todos los menores que ingresen, previa presentación en el respectivo juzgado. De este modo, a través de los estudios que se le realizaran, se podría hacer un diagnóstico que operara como una primera orientación al juez interviniente acerca de qué hacer con el menor en cuestión. Este Programa de Orientación y Derivación del CAMET tiene dos ejes claros: a) la coordinación institucional y b) la asistencia de coordinación.

La primera prevé que el Programa debe entre otras funciones, coordinar la actividad de todas y cada una de las áreas intervinientes; fijar las pautas de acción sobre la base de los datos obtenidos en el desarrollo de las intervenciones realizadas por las distintas áreas o las reuniones generales del equipo técnico.

La asistencia de coordinación, tiene entre otras las siguientes funciones previstas: entrevistar al menor en el momento de su ingreso para su identificación y recopilar la información básica: filiación, domicilio, familia etc; confeccionar la ficha de identificación correspondiente; recabar antecedentes en cada caso; comunicar periódicamente al Registro Nacional de Menor los movimientos de menores producidos.

Para la realización de todo lo mencionado el CNMyF cuenta con un equipo interdisciplinario que funciona en la sede de los tribunales.

Dicho equipo está compuesto por una directora, tres asistentes sociales, cinco psicólogos y cuatro médicos.

Además chequea los antecedentes del menor con los registros de minoridad de la ciudad de Buenos Aires, de la Pcia. de Buenos Aires y la de División Especializada en crímenes contra menores. En aquellos casos en que el menor tenga ya una disposición tutelar en algún juzgado de la Provincia de Buenos Aires, se evalúa quién detendrá la tutela atendiendo a la gravedad de las causas.

Sin embargo, es necesario destacar que en el CAMET no permanecen detenidos, son sólo evaluados, y posteriormente a la presentación ante el juez, se reasignan, si el juez decide la libertad, si lo reintegra a su familia o si resuelve su internación, se procede a dar curso a la misma o en el caso que el juez resuelve la derivación a otro programa. (Dr. MARCHISIO, sin datos)

Sólo a modo de una primera aproximación a lo que a continuación desarrollaré en concreto y con mayor profundidad, haré mención de los asombrosos resultados arrojados por el informe elaborado por la Oficina de investigación y estadísticas político-criminales, que se refiere a datos en concreto y sucintos de los distintos institutos de menores mencionados anteriormente.

A saber: el **Instituto Dr. Luis Agote**, está destinado a varones de 17 a 21 años de edad, con dependencia y disposición judicial. Cuenta con 45 plazas y en la actualidad se encuentra super-poblado. Entre las acciones que desarrolla se encuentra el abordaje, diagnóstico y tratamiento de orientación terapéutica, de la problemática social del menor en situación de alto riesgo. (El mismo será analizado con mayor profundidad fáctica más adelante).-

El **Instituto Manuel Belgrano**, alberga a varones de 16 a 21 años, con dependencia y disposición judicial. Posee 60 plazas, encontrándose en la actualidad alojadas 86 menores. De lo que se advierte que también se encuentra superada la capacidad máxima. Entre las tareas encomendadas a dicho Instituto son: el abordaje, diagnóstico y

tratamiento de orientación terapéutica de la problemática social del menor en situación de alto riesgo.

Por otro lado, el **Instituto Manuel Rocca**, tiene a su cuidado varones de entre 15 a 21 años, con dependencia y disposición judicial. Contando con 120 lugares y en la actualidad se encuentra superpoblado, sin determinar en qué cantidad. Se encarga de brindar atención y recepción de menores con orientación diagnóstica para la derivación.

En el caso del **Instituto General San Martín**, es el único que se destaca por el alojamiento de varones de tan incipiente edad. Así se encarga de albergar varones de 9 a 15 años, con dependencia y disposición judicial. Este instituto se encuentra dividido en dos partes, por un lado está la casa de admisión y por el otro lo que era el antiguo Instituto San Martín. En la primera de ellas se encuentran alojados 90 menores y en la otra 80 menores. Y es necesario destacar que esta institución tiene capacidad para 60 menores. También se encarga de brindar atención y recepción de menores con orientación diagnóstica para derivación.

Otro de los institutos con poca capacidad, pero que al contrario de los últimos al momento de la evaluación no se encontraba tan superpoblado es el **Instituto Gregorio Araoz Alfaro**, quien aloja a varones de entre 15 a 18 años, cuenta con 34 plazas para máxima seguridad y existen en la actualidad 36 internados. En el informe de referencia se destaca que en la actualidad este instituto presentó un proyecto a fin de ampliar a 48 las plazas para contar con mayor capacidad. Tiene bajo su responsabilidad el abordaje, diagnóstico y tratamiento terapéutico de la problemática social del menor en situación de alto riesgo, en régimen cerrado.

Por último el **Instituto Ursula Llona de Inchausti**, es el que está destinado a adolescentes mujeres de 14 a 21 años, con dependencia y disposición judicial. Este instituto para mujeres menores de edad, cuenta con 20 lugares disponibles y donde se encuentran internadas actualmente 26 chicas. Tiene a su cargo la recepción y diagnóstico, abordaje y tratamiento de orientación terapéutica de la problemática social de la

menor en situación de alto riesgo. Todo, bajo régimen cerrado. Contando además con hogar de Pre-egreso con atención ambulatoria familiar (Dr. MARCHISIO, sin datos).

Tal como se describe en el informe de referencia, “los datos detallados anteriormente demuestran que el problema de la superpoblación no está sólo presente en las cárceles de adultos, sino que este grave problema existe también en las instituciones que alojan a las personas menores de edad, más allá de la existencia de proyectos en trámite para ampliar o construir nuevos institutos”. (Dr. MARCHISIO, sin datos)

A continuación haré mención a diversos estudios realizados en varios institutos carcelarios para jóvenes en particular, como así también informes periodísticos que se han elaborado en concreto para demostrar la realidad que viven los niños y jóvenes que se encuentran privados de su libertad por el hecho de estar siendo investigados, procesados y/o condenados y que fueron alojados en los mencionados institutos.-

La periodista del Diario “La Nación”, Sol Amaya, publicó un informe periodístico en el diario digital “La Nación” (año 2012), referido a las condiciones de detención de los jóvenes en institutos carcelarios especializados y la edad de inimputabilidad penal, en un dialogo que mantuvo con especialistas en minoridad; quienes plantearon como tema central de la discusión qué hacer con los menores que delinquen.

Me pareció interesante destacar algunas conclusiones que expresara en esa oportunidad el Diputado Nacional y Presidente de la Fundación Sur (dedicada a la promoción y defensa de los derechos de la infancia y la juventud), tal como lo describe la periodista, Emilio García Méndez; quien manifestó en dicho informe, entre sus dichos, que: “Los institutos de menores no cumplen el rol de reinsertar a los jóvenes en la sociedad, que están totalmente colapsados tal como lo admitió el ministro de Desarrollo Social bonaerense” (Daniel Arroyo).

“El problema es que se usa a los institutos como ámbito de aplicación de una política social reforzada para los adolescentes pobres”, explicó García Méndez, (AMAYA, 2012) conforme lo cita la periodista.

A continuación, la periodista resalta la opinión de la jueza de menores porteña, Dra. Marta Pascual, quien manifestó: “cada chico institucionalizado le sale muy caro al estado”. “Y si tenemos en cuenta que ocho de cada diez menores que salen de un instituto vuelven a delinquir, eso comprueba que el sistema es inoperante”, dijo Pascual. “Debemos trabajar en conjunto con los representantes de los tres poderes para devolverle a la sociedad a jóvenes que puedan reinsertarse sin ser excluidos ni representar un riesgo para el resto de los ciudadanos” (AMAYA, 2012).

Y citando una especialista en minoridad que se desempeña en el ámbito educativo, Silvia Guemureman, quien trabaja en el Observatorio de la Niñez de la UBA, según se cita en la publicación; en cuanto a la función de los institutos de menores, opinó que “más que cumplir con un proceso de reeducación y resociabilización, estos lugares se convierten en centros de castigo”. “Lo que falta son políticas públicas concretas y estadísticas serias que permitan analizar los hechos sobre datos reales, no sobre sensaciones o ideas en abstracto” (AMAYA, 2012).

En torno a esto último, es que me parece interesante describir a continuación una serie de datos que fueron recabados por otra investigación periodística realizada por “Página 12” (año 2000), donde queda reflejado un sistema penal juvenil carcelario, en apariencias institucionalizado conforme a la ley, pero que en los hechos parece desvanecerse por completo.-

Así la periodista, Mariana Carbajal, en su artículo titulado “Aprendiendo a Reincidir”, describe que “el 84 por ciento de la población carcelaria de mayores pasó en su juventud por institutos de menores. Es un camino casi natural: en los institutos no hay programas de reinserción; la educación es mínima y el ambiente, opresivo. Lo que sobra es el tiempo muerto” (CARBAJAL, 2000).

En el artículo hace una descripción exacta vivida por su propia experiencia, a partir de una visita que realizó la periodista a un Instituto Penal especializado, llamado Instituto Agote. Describiéndolo como: “un viaje a una cueva sórdida, inmunda, casi asfixiante”.

Cuenta que, en ese momento, eran 57 los jóvenes de entre 16 a 20 años, y que su gran mayoría se encontraban detenidos allí por causas penales graves.

Que dormían en celdas diminutas, con ventanas reducidas a su mínima expresión y vidrios pintados de verde oscuro o amarillo que impedían que pasara el sol y tuvieran contacto con el exterior.

Dice: “La humedad brota por los pisos y las paredes. Los baños apestan. Lo único que parece funcionar son las puertas enrejadas, atadas con cadenas pesadas, selladas con dos enormes candados cada una, que se repiten insistentemente”.

Informa, de acuerdo a su investigación, que tanto en el Instituto Agote, ubicado en el barrio porteño de Palermo, como en los otros cuatro institutos de seguridad del Consejo Nacional del Menor y la Familia, de Buenos Aires, no existen programas de resocialización estructurados. Que la inactividad de los adolescentes allí encerrados es casi absoluta.

“La televisión, prendida eternamente, es su principal distracción. Durante el ciclo lectivo tienen apenas 45 minutos de clase diarios. Las nuevas autoridades del organismo prometen terminar con este sistema que, según las estadísticas, empujaría irremediabilmente a los chicos hacia la reincidencia. A la hora de reformular su política, los funcionarios dicen tener muy presente un dato: que el 84 por ciento de la población carcelaria de mayores pasó en su infancia o juventud por institutos de menores, de seguridad o asistenciales”. Así, estos chicos transitan un camino sin salida, hacia la reincidencia y no hacia la reinserción social...”.

Por otro lado cita en la nota, los dichos de la secretaria de Acción Social, Cecilia Felgueras, de cuya área depende el Consejo del Menor. Quien aseguró, que en los institutos de seguridad del organismo, en ese momento, habían 445 adolescentes. Que la superpoblación es una constante. Incluso relata: “En el Manuel Rocca, cuyo edificio es aún más inhumano que el del Agote, hay 180 chicos entre 16 y 20, cuando su capacidad es para 120, lo que significa que en algunas celdas, de 1,5 por 2 metros se apiñen 2 a 3 chicos. En octubre, incluso, llegó a tener 255” (CARBAJAL, 2000).

Lo más llamativo y grave que me impactó del artículo citado es lo que destacaba la periodista en lo referido a la falta de un plan de resocialización o “revinculación” en todos los institutos que menciona.

Es casi inaceptable que la falla más importante sea la falta de un programa de resocialización de los menores que delinquieron. Cuando se encuentran en teoría en dichos institutos especializados a los fines de reeducarse para sanear las consecuencias que su accionar delictivo provocó a la sociedad.

Así aseguraba en aquella oportunidad, la titular del Consejo del Menor y la Familia, María Orsenigo; que: “En general, los institutos cerrados son en estos momentos de muy mala calidad, con infraestructura muy débil. Los espacios son cerrados y chicos; la escolaridad no está garantizada en forma total. Además, es muy bajo el nivel de capacitadores y maestros, es decir, de quienes definen cómo ocupar el día de los chicos en determinadas tareas resocializadoras y generadoras de hábitos” (CARBAJAL, 2000).

Durante la entrevista que la periodista realizó en aquel instituto en el año 2000, eran coincidentes las mayorías de las opiniones de los menores alojados allí, con respecto a las ganas de recibir mejor y más preparación y dedicación. Conforme expresaron, pedían más talleres y jornadas capacitadoras en materias específicas como la carpintería, computación, electricidad, etc. Incluso algo tan simple y básico como poder recibir educación necesaria para concluir sus estudios primarios y secundarios. Relataban: “Queremos que pongan más talleres, nos gustaría aprender carpintería, electricidad”, reclama Gastón. En época de escuela, la jornada no varía demasiado: tienen apenas 45 minutos de escolaridad diaria. “Si fuera por nosotros, estaríamos todo el día en la escuela”, asegura otro adolescente, de 17 años” (CARBAJAL, 2000).

Otros datos arrolladores que nos arroja el informe publicado por Página 12, se refiere al porcentaje de menores con sus estudios incompletos, los innumerables casos de menores reincidentes que ya pasaron por otros institutos de menores privativos de libertad, y la imputación de delitos de gravedad que recae sobre ellos.

“En el Agote, el 33 por ciento tiene primaria incompleta; el 35 por ciento la terminó y el 19 por ciento empezó la secundaria, pero la abandonó. La mayoría acumula otras estancias en centros de reclusión de menores. Más

de la mitad de los internados del Agote tiene alguna acusación de homicidio y robo a mano armada” (CARBAJAL, 2000).

Al continuar leyendo el informe periodístico me asombra la descripción que la periodista relata, conforme también los dichos de las autoridades del lugar visitado. Nos cuenta que: “Las nuevas autoridades les prometieron ventiladores de techo, pero todavía no los colocaron porque se debe cambiar toda la instalación eléctrica, que está al borde del colapso. En una ventana se notan los intentos de los menores de ver el sol: la pintura verde que la cubre, como a la mayoría de las ventanas del edificio, está raspada. Un guardia explicará más adelante los motivos de la pintura: “Es para que ellos no vean a la gente de afuera, porque si no les gritan obscenidades, se desnudan y los vecinos se quejan. En el primer piso, el resto de los internos se distribuye en cuatro sectores: sólo en uno de ellos duermen en un pabellón colectivo. El resto, en especie de caniles. Algunos tienen ventiladores de techo, pero el encierro es tal que los aparatos no logran que el calor y el agobio ceda... Al patio, los internos del Agote salen dos veces por día, 45 minutos en cada oportunidad. Pero ahí tampoco respiran aire puro. La recreación se cumple en un espacio techado... El estado de los baños es lamentable. En algunos casos no tienen ni botón para tirar agua. Tampoco permiten la privacidad: las duchas y los agujeros que hacen de inodoros comparten el mismo lugar” (CARBAJAL, 2000).

¿Es posible que el ambiente que se vive sea propicio para pensar siquiera en la reinserción social? ¿Puede decirse que se cumplen las normativas internacionales e internas mencionadas anteriormente?. Lamentablemente creo que la respuestas no son del todo favorable, sino todo lo contrario.

Tal como destaca la periodista en el informe mencionado, hay una paradoja entre dichas normativas y la realidad a la que se someten a los adolescentes procesados y condenados detenidos en las diversas instituciones. Así resume que: “según la Convención Internacional por los Derechos del Niño –a la cual Argentina adhirió en 1991– éstos adolescentes no deberían soportar “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” en su detención, y ni siquiera tienen acceso a un teléfono público para comunicarse con sus

familiares...Pero el reclamo central es tener acceso a otras actividades programadas” (CARBAJAL, 2000).

Es una encrucijada que parece no encontrar salida. Cómo conciliar entre los derechos de los menores conforme se encuentran reconocidos por diversos instrumentos legales, nacionales e internacionales; los derechos vulnerados de las víctimas de los delitos por ellos cometidos; y la realidad, que parece encontrarse en la vereda de enfrente de tal lucha de intereses.

A los fines de completar aún más los datos comentados por las publicaciones de “Página 12” (año 2000) y el “Diario La Nación” (año 2012); me parece importante compartir dos informes interesantes que describen otras experiencias vividas en dos institutos penales de menores. Uno ubicado en el interior de la provincia de Buenos Aires, hacia el sur, en Bahía Blanca; y otro en la Provincia de Corrientes.

Esto nos permitirá analizar también, si la falta de aplicabilidad de la ley que regula la problemática planteada, se debe a una falla de tal magnitud que requiere del compromiso de todos. Quizá tiene que ver con una falta de distribución correcta de los recursos, con una política de Estado Provincial y Nacional; como así también con la toma de conciencia de que nos encontramos frente a una problemática que se repite en distintos puntos del país, y que hace a la futura seguridad de las generaciones venideras.

La Defensoría General del Departamento judicial de la provincia de Bahía Blanca (Octubre 2007), más precisamente el sector “Observatorio Permanente de Cárceles e Instituciones de Encierro”, realizó una investigación en tres centros de alojamiento para niños y jóvenes, que pertenecen a esa Ciudad.

Sólo a los fines de completar, como dije, datos sobre la realidad institucional, cabe mencionar algunos datos concretos tomando como ejemplo sólo uno de ellos; tratando de no sobreabundar en el tema.

Así de los centros visitados fue el Instituto “VALENTÍN VERGAGRA”, donde se observaron condiciones de detención deplorables. Se analizaron las condiciones edilicias, instalaciones sanitarias, la educación, formación profesional y trabajo que reciben los menores allí detenidos, las

actividades recreativas, y la asistencia médica que reciben, todo a la luz de la normativa internacional y las reglas de la ONU, ya mencionadas.-

En cuanto a las condiciones edilicias de alojamiento, el informe describe lo siguiente: “El Instituto se encuentra en un regular estado de conservación edilicia, notándose humedad en varios sectores del edificio, con un estado de falta de higiene genérico y ausencia de mantenimiento” (Blanca, 2007).

También se advierte que existen problemas con la instalación eléctrica, calefacción y ventilación del lugar. Sostiene: “la habitación presenta un notable deterioro en las instalaciones eléctricas, verificándose la existencia de cables de luz colgando de la teclas de contacto. El calefactor no funciona y las de la ventana se encuentran cerradas y atadas con un alambre de fardo en sus celosías de chapa que imposibilita su apertura en forma normal e impiden el ingreso de luz natural por ser la única vía al exterior tanto de luz como de aireación. La habitación tiene un ventilador de techo que no funciona desde hace mucho tiempo. Luce, además impersonal, sin presencia de objetos personales o que indiquen pertenencia a quien allí se aloja. Carece de orden y limpieza. Se observa la presencia de pulgas en los colchones. No se advierte la existencia de ropa de cama suficiente” (Blanca, 2007).

En lo que se refiere a las instalaciones sanitarias, describe que “el sector de los baños presenta absoluta falta de higiene, la cual denota que no han sido aseados correctamente desde hace mucho tiempo. El sector de cocina de la institución presenta un marcado deterioro y la falta de higiene en paredes, instalaciones y utensillos como asimismo debajo de la pileta de lavado, lo que puede implicar posibles riesgos sanitarios. Se advirtió el manejo de alimentos sin cuidado alguno por la sectorización de la mesa de trabajo ni la limpieza de los mismos. Se presencié la elaboración de la comida en condiciones tanto estructurales como de manejo de personal absolutamente deficitarias y con desprecio por los cuidados mínimos de salubridad” (Blanca, 2007).

Otro aspecto importante que denotó la contradicción con la normativa vigente, es lo que se refiere a la educación, formación profesional y el trabajo que se brinda a los menores alojados en aquel instituto.

El marco fáctico que destaca el informe cuenta lo siguiente en este aspecto: “El personal de la Institución informa que el único menor que se encuentra alojado actualmente desarrolla tareas y capacitación de la panadería que funciona en la dentro de la misma Institución bajo el régimen legal de cooperativa. Asimismo se nos informa que el maestro de carpintería concurre a dar clases pero ante la carencia de alumnos dicha actividad se encuentra prácticamente paralizada. Existe un sector de computación que no funciona actualmente. Las instalaciones de taller se encuentran cerradas y en evidente estado de inutilización desde tiempo remoto” (Blanca, 2007).

Respecto de las actividades recreativas el informe establece que dentro del predio de la Institución hay una cancha de fútbol que, si bien se encuentra a disposición de los menores, es explotada económicamente por una cooperativa que colabora con la Institución y que se alquila a particulares que la utilizan una vez efectuado el pago. No se prevén programas de juegos o encuentros grupales ni el personal está capacitado para ello. Es decir que, no está destinada a los menores procesados y/o condenados allí alojados, sino que, por el contrario, la utilizan con fines de lucro para una supuesta colaboración con la institución, que entre comillas, aparentemente es una colaboración que nunca llega, si tenemos en cuenta el estado deplorable en que se encuentra el centro de detención conforme se menciona en el informe.

Por último, y en observancia del art. 49 de las Reglas de Protección de menores de la ONU, ya mencionado que establece que: “todo menor deberá recibir asistencia médica adecuada...”; como asimismo en concordancia con el artículo 5 de la Convención de los Derechos Humanos, también analizada; el informe, en lo que al servicio de asistencia médica se refiere describe que la asistencia médica se lleva adelante por personal de los diferentes Hospitales Públicos a los que son derivados los menores, debido a que no se cuenta con personal médico dentro de la planta permanente de la Institución. El Centro de detención no cuenta si quiera con provisión de fondos para un Servicio de Emergencias Médicas (Blanca, 2007).

Conforme se viene señalando, la realidad dista mucho de la normativa vigente nacional e internacional, que regula el sistema y procedimiento a seguir en caso de la comisión de delitos llevado a cabo por menores de edad.-

Otro trabajo de investigación que me pareció importante y significativo a los fines de ampliar sobre el tema expuesto en el presente punto, y que, esta vez, parte de la mirada del propio sistema judicial, es el realizado por la Juez de menores del Juzgado N° 1 de la Provincia de Corrientes, Dra. Rosa Esquivel Iglesia de San Lorenzo, quien realiza un análisis pormenorizado de la privación de la libertad en lo que a menores se refiere en su provincia, tratando de proponer algunas soluciones al respecto. Y lo más importante, me pareció bueno destacarlo a los fines de aportar una mirada desde el propio aparato aplicador de las leyes vigentes.-

Así la Dra. Esquivel, en su trabajo “Situación de Institutos de menores en conflicto con la Ley Penal en la Provincia de Corrientes. Propuesta para su solución” (año 2011), refiere que “el sistema de internación de menores infractores o en conflicto con la ley penal, en la Provincia de Corrientes, está en crisis desde hacen varios años”. (DRA. ESQUIVEL IGLESIAS DE SAN LORENZO, 2011)

Ella atribuye esa situación al hecho de que se ha incrementado la intervención de menores en la comisión de hechos delictivos, ya sea que los cometen solos, o con participación de mayores de edad; y además a que los menores participan con sus conductas delictivas, desde edades cada vez más precoces; y en todo tipo de delitos, tales como delitos contra la propiedad, lesiones, abuso sexual y hasta homicidio, sumándose a ello un alto grado de reiteración delictiva.

Con ello queda demostrado, en opinión de la Dra. Esquivel, el fracaso del sistema de recuperación de menores que han delinquido, visto por supuesto desde el ámbito de su grupo familiar, de las medidas impartidas desde un Juzgado Penal de Menores y de las políticas de prevención, reinserción y resocialización de niños o adolescentes infractores o en conflicto con la ley penal.

En la provincia de Corrientes, conforme nos anoticia la Dra. Esquivel (año 2011), actualmente se encuentra dividido por sexo, el alojamiento de menores una vez que estos son detenidos, procesados y condenados.

Los menores varones son alojados en las alcaldías de menores con funcionamiento en las seccionales comisarías 7ª y 9ª y en un solo instituto denominado “Granja General San Martín” ubicado en la Capital de la

Provincia. Las mujeres quedan alojadas en la Comisaría de la Mujer y el Menor y, eventualmente, en el Instituto Pelletier.

Pero la gran diferencia es que mientras que en el de varones solo se alojan menores delincuentes procesados o condenados; en el de mujeres no existe tal distinción. Y el Instituto Pelletier, también ubicado en la provincia de Corrientes, funciona como alojamiento de mujeres jóvenes pero por diversas causas por las cuales las mismas se hallan vulneradas en sus derechos básicos y elementales, y son allí ubicadas para resguardar su integridad física y psicológica; no estando destinado sólo para aquellas que se encuentran en conflicto con la ley penal, y que se encuentran en dicha dependencia cumpliendo penas impuestas con condena firme.

Es decir que, con respecto a esto último no se cumple con la normativa penal juvenil y minoril vigente, desde el momento en que conviven en un mismo ámbito menores mujeres víctimas y victimarias.

Por otro lado, el incumplimiento a la normativa legal vigente está dado por otro dato sumamente llamativo, y lamentablemente real y coincidente en varias provincias, como es el caso del alojamiento de los jóvenes menores de edad en las seccionales y Comisaría, ya sean hombres o mujeres.

La gravedad de esta situación, está dada tal como lo explica la Juez de menores, en la ilegalidad e inconstitucionalidad que ello significa. Debido a un sin número de razones: desde el carácter de la dependencia Institucional que ello significa, que no es la correcta según la normativa vigente; la idoneidad, capacidad y profesionalismo de las personas encargadas de la custodia y cuidado de dichos menores; de las condiciones edilicias para el cumplimiento de los fines que se persiguen con la creación de los institutos de menores, etc..-

Como expone la autora del informe citado, el cambio sustancial debe consistir en lograr una infraestructura adecuada, con personal directivo, administrativo, de control y vigilancia capacitado en el trato con personas privadas de su libertad ambulatoria (que como dato adicional, son menores de edad).

Con respecto al primer punto importante, en opinión que comparto, expone la autora que “las Comisaría mencionadas precedentemente, dependen jerárquicamente de la Jefatura de Policía de la Provincia de Corrientes, por lo tanto, se debe tener muy en cuenta que el personal policial encargado de la custodia y cuidado de los menores allí alojados, carecen en

forma total, de la debida capacitación y especialización, en el tratamiento con adolescentes infractores o en conflicto con la ley penal, ya que las Comisarías Seccionales, poseen funciones de Prevención y Represión dentro del ámbito de su jurisdicción”.

Asimismo, nos recuerda que “por imperativo constitucional no puede haber menores alojados en dependencias policiales, y en el supuesto de que ello suceda, ante ciertas y extremas circunstancias, se debe considerar lo dispuesto por el Artículo 37 incisos a), a), y c) de la Convención de los Derechos del Niño, incorporada en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y ratificada por Ley 23.849”.

El cual establece que: “Los Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

Es decir, conforme expresa la autora citada y en opinión que comparto, lo que se agrava en la práctica, es que dichas dependencias funcionan como áreas accesorias de las Comisarías en cuestión, siendo evidente los problemas de infraestructura edilicia, la falta de adecuación para alojar a estos adolescentes y colocarlos separados de los adultos; la carencia de personal idóneo con suficiente capacitación en la problemática minoril, debiendo apreciarse además, que los encargados de la custodia de los menores allí

alojados, no pertenecen al servicio penitenciario (como debería ser), sino, que se trata de funcionarios policiales, que poseen, una formación absolutamente diferente a la que goza un agente de Servicio Penitenciario.

Por ello, algunas propuestas que nos hace la Juez de menores en su publicación, tienen que ver con una organización que implica modificar y tener en cuenta varios aspectos, y que es de índole interinstitucional y multidisciplinaria.

Así expone que se hace necesaria la creación de un Instituto Intermedio, el cual para funcionar debería contar con sectores por áreas, por ejemplo, debiendo establecer un criterio basado, en: la edad, la peligrosidad y la situación del adolescente de que se trate, como así también contar con salas especiales, para enseñanza, aprendizaje de oficios, consultorios para los distintos profesionales, Y por sobre todas las cosas por contar con espacio verde, en cantidad suficiente, como para proyectar, granja, huerta, y cancha de deporte.

Por otro lado, manifiesta que es importante a tener en cuenta que “la mayoría de los menores al momento de cometer un ilícito se hallan bajo el efecto de sustancias prohibidas y toleradas desde el Estado (marihuana, psicotrópicos, pegamento, alcohol, cócteles; etc.), lo que complica mucho la actividad jurisdiccional, por carecerse en las dependencias policiales de personal que conozca, pueda controlar y resolver éstas situaciones, en la emergencia, de forma tal que puedan evitarse males mayores, en detrimento de la salud psicofísica de los adolescentes e incluso la del mismo personal policial...”.

Por todo esto es que se hace imprescindible, resume, que el instituto cuente con personal de planta permanente, designado a la prestación de servicios educativos y recreativos, “siendo sorprendentemente eficaz y útil este tipo de labor – terapia, que logra efectos de re-adaptación laboral, mengua los efectos del encierro, y su concreción, en base a experiencias anteriores, que demuestran lo beneficioso de ello y el interés que despierta su realización por parte de adolescentes en conflicto con la ley penal, sobre todo, porque mediante la enseñanza descubren en ellos cualidades que hasta el momento ignoraban la poseían, colaborando así, con una mas pronta recuperación y reinserción y evitando el estado de ocio, tan nefasto para jóvenes activos en plena etapa de desarrollo físico, psicológico e integral de su persona”.

Y para culminar con su propuesta, otra cuestión importante a tener en cuenta es la necesidad de la presencia diaria y dependiente del Servicio Penitenciario Provincial. Si la parte edilicia, talleres y esparcimiento es importante, hay otra cuestión de fundamental importancia, dice, y que se refiere al personal especializado en Menores y Jóvenes. Por ello, el personal uniformado que preste servicios en el instituto, debe depender del Servicio Penitenciario de la Provincia y no de la fuerza policial de la Provincia.

A todo lo expuesto, debe sumarse un equipo interdisciplinario, sugiere, con expresa idoneidad en el tema. Compuesto por Medico Psiquiatra Infanto Juvenil, Psicólogos Especialistas en Niñez y Adolescencia, Medico Clínico, Asistentes Sociales, Psicopedagogos, Odontólogo, etc; debiendo prestar todos ellos tanto el equipo interdisciplinario, como el personal uniformado perteneciente a la planta permanente del Servicio Penitenciario Provincial, un examen que los califique para poder desempeñar correctamente sus funciones. Y que la estabilidad laboral no se vea dañada por la falta de estabilidad psíquica y económica que deberá asegurárseles a todos los especialistas dedicados a velar por la seguridad, contención y cuidado de los menores allí alojados.

Asimismo, asegura, que sería muy útil y necesario garantizar una guardia diaria de la mayor parte de las horas del día, de por lo menos un profesional de cada disciplina a disposición de los Tribunales competentes y cumpliendo sus tareas en dicha dependencia en tiempo completo, entrevistando, atendiendo y asistiendo a los menores y adolescentes que se encuentren privados de la libertad en estos centros. Existiendo además una guardia activa los días inhábiles.

“Los profesionales mencionados, deberán realizar sus tareas de manera individual, pero con la obligación expresa de actuar de manera interdisciplinaria e integral ya que deberán manifestarse emitiendo opinión de manera conjunta respecto a la conveniencia de externación del menor y dando al juez todos los datos técnicos que contribuyan para resolver teniendo en cuenta siempre el “interés superior del niño”. Será función, entre muchas otras, de estos funcionarios hacer saber al Tribunal si el caso (menor y grupo familiar en conflicto) quedará bajo su órbita de control, en lo atinente a seguimiento, o sugerir al órgano judicial, la derivación del caso al Consejo Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia”; conforme ley nacional 26.061.-

Es decir, quizá no suene nueva la propuesta que nos hace la autora citada, pero comparto la completa descripción que hace, más viniendo del aparato aplicador de la legislación internacional y nacional vigente, a los fines de darle cabal cumplimiento a la misma; y fundamentalmente a los principios básicos constitucionales que rigen toda nuestra vida en sociedad.

Si las propuestas brindadas por los que más saben y viven a diario en contacto real con los menores infractores, fueran acompañadas por políticas de estado, y coadyuvada desde la función que cada uno ocupa en la sociedad, quizá allí podamos empezar a ver un cambio.-

CONCLUSION

Luego de haber desarrollado la temática abordada a través de este trabajo investigativo, es importante destacar dos cuestiones que desde mi punto de vista me parecen importantes.

Por un lado, sostengo que bajar la edad de la imputabilidad no ayudaría a bajar los índices de criminalidad de los menores, a evitar daños en los bienes y en las personas de la comunidad en general y mucho menos que los propios menores logren modificar su comportamiento.

Por otro lado, se hace indispensable un cambio del propio sistema penal judicial; no hay una correlación entre nuestra Constitución Nacional, Tratados Internacionales vigentes y el régimen penal minoril y la aplicación rigurosa de los mismos; no existen cárceles “sanas y limpias”, que las mismas cumplan con el fin de socialización o reinserción para las cuales fueron creadas; no existen en todos lados institutos especiales o especializados encargados de lograr que los mismos puedan lograr un sentido de responsabilidad y ayuden a reencausarlos en el medio social; un sistema educativo adecuado a la realidad; condiciones económicas y sociales dignas, etc.

Una modificación sobre el Régimen penal de menores referida a la baja de edad de imputabilidad deberá efectuarse replanteándose la noción de lo que se entiende por imputabilidad en relación estricta y concreta a los menores de edad, remontándose a la época de sanción del Código Penal. Ya que si tenemos en cuenta, que en dicha época se consideró inimputable al menor fundándose en su falta de desarrollo intelectual, su inmadurez que impide actuar con plena conciencia y libertad, -prescribiéndose una presunción iuris tantum-; una alternativa podría consistir en reanalizar si el menor de aquella época, es el mismo que tuvo en miras el legislador; y observar a los jóvenes de la actualidad, en cuanto a su madurez y desarrollo intelectual, y si han desplegado un progreso desde el punto de vista de su voluntad de actuar y siempre con directa consecuencia en el plano de la responsabilidad penal.

Otra opción, podría ser, combinar el principio iure et de iure, vigente en el Art. 34 del Código Penal, sin modificar las edades actuales de la Ley 22.278/22.803; por una presunción iuris tantum. Esto es, para determinar la inimputabilidad en su caso de un menor de edad el momento de cometer un hecho deberá entenderse en principio que el mismo es inimputable, por ende

que no comprende la criminalidad del acto (presunción iuris tantum), salvo que el fiscal acusador, lograra demostrar que no obstante la minoría de edad, el menor contaba con el suficiente conocimiento y desarrollo mental e intelectual para comprender la criminalidad del acto. Y que dadas las características de los hechos, los informes, las pericias efectuadas, las circunstancias que rodean el acontecimiento, se podría llegar a sostener, con el grado de convicción necesario y sobre la base de las reglas de la sana crítica racional, que el acusado, pese a la edad, es imputable, comprendió la criminalidad del acto; transformando su conducta en reprochable jurídicamente y por la cual debe responder.

Asimismo considero, que este análisis debe efectuarse por intermedio de una investigación pormenorizada llevada a cabo por especialistas estudiosos del tema. Con ello me refiero a un grupo de científicos dentro del área de los profesionales idóneos y capacitados, como por ejemplo profesionales de la salud, psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, juristas, etc.

Así también, podría mantenerse el criterio para penalizar a un menor teniendo como base la edad actual; creándose una ley que otorgue la facultad a Jueces, de imponer penas no privativas de la libertad sobre menores de 16 años, tales como integración de grupos interdisciplinarios que trabajen sobre las diversas problemáticas puntuales que llevaron a ese joven a delinquir; imposición de trabajos comunitarios efectivos y supervisados por ejemplo por grupos de la comunidad civil interiorizada en el tema. De tal manera, que la propia sociedad ofendida, tome también una intervención activa en la problemática que nos aqueja. Y así no sólo el Estado cumpla su función a través de los órganos que ejercen el Poder Público, sino que sea la sociedad toda la que colabore y permita encontrar una solución, aunque suene idílica, pero más adecuada a la realidad que nos invade a diario.

Bibliografía

- "G. M., E. Y M., L. C." (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III 11 de 12 de 2007). 11.729, C. P.-L. (2005). *Ley 11.729*. Buenos Aires: Errepar.
- 26.061, L. (s.f.). *INFOLEG*. Recuperado el 20 de ENERO de 2014, de INFOLEG: WWW.INFOLEG.MECON.GOV.AR
- AGUIRRE OBARRO, E. (2008). EDICIÓN N° 1 . *LA LEY* , SIN DATOS.
- AMAYA, S. (SIN DATOS de SIN DATOS de 2012). "Condiciones de Detención". *LA NACIÓN* , pág. SIN DATOS.
- Argentino, C. P. (2005). *Código Penal Argentino*. Buenos Aires: Errepar.
- Blanca, D. G. (2007). "*Informe especial sobre la situación de los centros de alojamientos para niños y jóvenes en Bahía Blanca*". Bahía Blanca: página web: www.cels.org.ar.
- CARBAJAL, M. (sin datos de sin datos de 2000). "Aprendiendo a Reincidir". *Página 12 versión digital* , pág. sin datos.
- CERRO, A. M. (1999). "*Análisis económico de las políticas de Prevención y represión del delito en la Argentina*". Buenos Aires: Ediciones Eudecor.
- (2002). *Comisión de asuntos penales y regímenes carcelarios*. sin datos: sin datos.
- CREUS, C. (1992). "*Derecho Penal Parte General*". Buenos Aires: Astrea.
- CRIVELLI, E. (2008). "Bases para un nuevo Derecho Penal Juvenil! *LA LEY* , sin datos.
- Dr. MARCHISIO, A. (sin datos). "*Los menores de edad infractores de la ley penal. Estado actual del sistema*". Buenos Aires, Argentina.-: NACION, OFICINA DE INVESTIGACION Y ESTADISTICAS POLITICO-CRIMINALES DE LA PROCURACIONES GENERAL DE LA En línea. Página Oficial de la Procuracion General de la Nación.
- DRA. ESQUIVEL IGLESIAS DE SAN LORENZO, R. (2011). "*Situación de Institutos de Menores en conflicto con la Ley Penal en la Provincia de Corrientes. Propuesta para su solución*". Corrientes: página web: www.juscorrientes.com.ar.
- Famoso, E. y otro (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala I 17 de 03 de 2004).
- FELLINI, Z. (2009). "Reflexiones sobre la cuestión Penal Juvenil". *Revista LA LEY* , Sin datos.
- FONTAN BALESTRA, C. (1974). "*Derecho Penal, Introducción y Parte General*". Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- IBARRA, G. E. (ENERO de 2013). *REGLAS DE BEIJIN*. Recuperado el ENERO de 2013, de REGLAS DE BEIJIN.
- INFOLEG*. (03 de ENERO de 1995). Recuperado el 20 de ENERO de 2014, de INFOLEG: WWW.INFOLEG.GOV.AR
- INFOLEG*. (15 de SEPTIEMBRE de 2013). Recuperado el 15 de SEPTIEMBRE de 2013, de INFOLEG: WWW.INFOLEG.GOV.AR
- MANCHINI, H. (2009). *Suplemento* , sin datos.
- MARTINEZ VIVOT, J. J. (1983 - C, 840 Voces). "Volver sobre la punibilidad de los menores. A propósito de la ley 22.803". *LA LEY* , sin datos.
- MARTINEZ VIVOT, J. L. (1983). "Volver sobre la punibilidad de los menores. Ley 22.803". *LA LEY* .
- MORALES LEZICA, L. F. (2009). "Acerca de la imputabilidad o inimputabilidad de los menores de edad. Aclaración de conceptos". *Revista DJ VOCES* , doc. 1461.
- MORRELLO, M. (1985 - 1152). "Psicología de la edad evolutiva e imputabilidad del menor". *LA LEY* , SIN DATOS.
- NUÑEZ, R. (1960). "*Derecho Penal Argentino*". Buenos Aires: Omeba.
- PACHECO GALLARDO, M. (2007). "Criminología Juvenil". *Noticias Jurídicas* , sin datos.
- Página Oficial de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* . (20 de Enero de 2014). Recuperado el 20 de Enero de 2014, de Página Oficial de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos : WWW.2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm
- REGGIANI, C. (2008). "Edad de la imputabilidad penal de menores". *LA LEY* , SIN DATOS.
- RINALDONI, M. C. (2012). "Imputabilidad Penal". *IN IURE* , 103-155.
- SOLER, S. (1970). "*Derecho Penal Argentino*". Buenos Aires: La Ley.
- TENCA, A. M. (1997). "*Causas del delito y Teoría de la Pena*". Buenos Aires: Abaco.
- TIEGHI, O. N. (2004). "*Criminalidad, ciencia, filosofía y prevención*". Buenos Aires: Universidad.
- ZAFFARONI, E. (sin datos de sin datos de 2009). "Bajar la edad de imputabilidad". *Clarín* , pág. sin datos.

ZAFFARONI, E. (sin datos de sin datos de 2013). 26 NOTICIAS. COM . AR "*Es necesario bajar la edad de la imputabilidad penal a 14 años*". Recuperado el 20 de Enero de 2014, de 26 NOTICIAS. COM . AR "*Es necesario bajar la edad de la imputabilidad penal a 14 años*": www.26noticias.com.ar

ZAFFARONI, E. R. (1985). "*Tratado de Derecho Penal. Parte General*". Buenos Aires: Ediar.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Pérez Aguilar Mariano
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	30.932.688
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	La Imputabilidad Penal por la edad
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Perez-84@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	San Juan- Argentina- Pérez Aguilar Mariano- 23 de Mayo de 2014

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	Si
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.