



Trabajo Final de Grado

RÉGIMEN PENAL DE MENORES

**¿Es constitucional el régimen penal de menores -Ley
9.944- de la Provincia de Córdoba?**

Alumno: Michel Lecroq

DNI: 34669233

Carrera: Abogacía

2016

ÍNDICE

Resumen.....	4
Abstract.....	5
Introducción.....	6
Capítulo I: Aspectos Generales.....	8
1. Conceptos. Niño. Menor punible y No punible.....	9
2. Orígenes del Sistema Tutelar.....	11
3. Antecedentes Legislativos.....	12
3.1. Leyes Nacionales.....	12
3.2. Leyes Provinciales.....	14
Conclusión del Capítulo.....	16
Capítulo II: Análisis legislativo de la ley 9.944.....	18
1 Aspectos generales de la ley.....	19
2. Régimen penal de menores no punibles.....	20
Conclusiones parciales.....	25
Capítulo III: Análisis Doctrinario.....	27
1. Concepto de garantía.....	28
2. Fundamentos.....	29
3. Análisis de las garantías vulneradas por la legislación vigente.....	30
3.1 Garantía de defensa en juicio.....	30
3.2 Garantía de imparcialidad del juez.....	36
3.3. Violación al principio de legalidad e inocencia.....	38
3.4 Violación al principio de publicidad.....	42
3.5. Falta de acusación del Ministerio Público Fiscal.....	42
3.6. Falta del período probatorio.....	45
4. Crítica de diversos organismos al Régimen penal juvenil.....	46
4.1. Comité De Expertos del Niño de Naciones Unidas.....	46

4.2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	48
4.3. Consejo de Derechos Humanos de Las Naciones Unidas.....	48
Conclusiones parciales.....	48
Capítulo III: Análisis Jurisprudencial.....	50
1. Fallo Tunuyan.....	51
2. Fallo García Méndez.....	54
3. Fallo Maldonado.....	55
4. Fallo P., .M. y P., C. L.....	57
5. Fallo G.D.F. y O.....	58
6. Fallo Mendoza.....	59
Conclusiones parciales.....	62
Conclusiones Finales.....	64
Referencias Bibliográficas.....	70

Resumen

La ley provincial 9.944 de “Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba” que se complementa con la Ley Nacional 22.278 denominada “Régimen Penal de Menores”, constituyen las normativas a aplicar en los casos en los que el niño, niña o adolescente sea acusado de un delito. Muchos cuestionamientos existen sobre la constitucionalidad de la ley nacional que regula la materia, pero poco se ha advertido sobre el régimen provincial que replica las mismas soluciones y carencias que la normativa nacional. Diversas voces se han alzado aseverando la inconstitucionalidad del sistema penal juvenil, debido a que aseguran vulnera diversas garantías expresadas en tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos Del Niño y los estándares mínimos que los organismos internacionales proclaman. Este trabajo intentó arrojar luz sobre la constitucionalidad de la ley provincial, debido a todas las injerencias que tendría el que la misma se considere contraria a nuestra Carta fundamental.

Palabras Clave: Ley 9944 - Régimen Penal De Menores- Convención De Derechos Del Niño- Inconstitucionalidad- Garantías.

Abstract

Provincial Law 9.944 "Promotion and comprehensive protection of the rights of children and adolescents in the province of Cordoba" which is complemented by the National Law 22.278 called "Criminal Regime for Minors" are the rules to apply in cases where in child or adolescent he is charged with a crime. Many questions about the constitutionality of the national law governing the matter, but little has been warned that the provincial regime that replicates the same solutions and shortcomings that national regulations. Several voices have been raised asserting the unconstitutionality of the juvenile justice system because they say violates various guarantees expressed in international treaties such as the Convention on the Rights of the Child and minimum standards proclaim that international agencies. This work tried to shed light on the constitutionality of the provincial law, because it would all interference which it would be contrary to our fundamental Charter.

Keywords: Law 9944 - Minor Criminal Regime - Convention on the Rights of the Child – unconstitutionality - Guarantees.

Introducción

Hace ya varios años es tema de debate, tanto en los medios masivos de comunicación como en el ámbito parlamentario, la ley penal en relación a los niños y adolescentes que cometen hechos delictivos. Por un lado, se encuentran sectores que reclaman la necesidad de penas más gravosas y la baja de la edad de imputabilidad, y por otro, fracciones garantistas que advierten que antes de plantear una reforma legislativa es necesario asegurar el cumplimiento de las garantías penales de los sujetos menores de edad que no son punibles.

El presente trabajo traslada la advertencia de estas fracciones garantistas al ámbito provincial. En concreto tiene como objetivo verificar si el procedimiento penal de la Provincia de Córdoba al que se somete a menores no punibles acusados de cometer un delito, respeta las garantías propias del debido proceso consagradas en la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional de derechos humanos específicamente referido a menores de edad.

Numerosas discusiones se han planteado en relación a la constitucionalidad de la legislación penal juvenil nacional, pero no así respecto a las leyes provinciales sobre esta materia. La relevancia de esta investigación radica en que en el caso de no respetar el régimen penal provincial las garantías propias del derecho penal liberal, se estaría juzgando a un sujeto vulnerable, como lo es el niño y adolescente, por medio de un procedimiento de normas más gravosas que el previsto para los mayores de edad. Ello sin mencionar la responsabilidad internacional en la que incurriría la República Argentina por

incumplimiento de un Tratado de Derechos Humanos al que adhirió. Determinar si la norma provincial respeta las garantías mencionadas resulta de fundamental importancia para que el sujeto menor de edad conozca sus derechos frente a una acusación penal, para que el abogado del menor pueda planificar una estrategia defensiva teniendo en cuenta estas garantías, y para que las autoridades judiciales en materia penal juvenil puedan resolver de manera adecuada los casos concretos que se presentan a su conocimiento.

Actualmente, en el territorio provincial, el procedimiento penal juvenil está regulado por la Ley 9.944 de “Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba” que se complementa con la Ley Nacional 22.278 denominada “Régimen Penal de Menores”.

La presente investigación se limitará a analizar la constitucionalidad de la ley provincial vigente en la materia a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que ésta contempla todas las garantías propias del debido proceso y lo hace teniendo en cuenta las necesidades específicas del sujeto al que protege.

Durante el desarrollo de esta investigación se analizan las medidas tutelares a las cuales se somete al menor de edad acusado de cometer un delito y la violación a garantías constitucionales que muchas veces conlleva la aplicación de estas medidas.

Para llevar a cabo este cometido se definirán los conceptos claves de la materia en cuestión. Se reseñará brevemente el origen de los sistemas tutelares y los antecedentes legislativos tanto nacionales como provinciales del derecho penal minoril, para luego describir el marco normativo vigente en la Provincia de Córdoba. En los sucesivos capítulos, se vuelcan las opiniones doctrinales más relevantes, para terminar con un análisis de los principales aportes jurisprudenciales a nivel nacional e internacional. Toda la labor en miras a responder al interrogante sobre la constitucionalidad o no de la ley 9.944.

Capítulo I

Aspectos Generales

Introducción

Para arribar a una respuesta al problema de investigación, primeramente se debe ahondar en conceptos fundamentales que se utilizan en la materia. Es así que durante el presente capítulo, se analizarán conceptos como el de niño, menor punible y no punible. Por otra parte, se profundizará en los orígenes del sistema tutelar, su evolución y finalmente, se hará referencia a las diversas legislaciones tanto Nacional como provincial que conforman el régimen penal juvenil.

1. Conceptos. Niño. Menores punibles y no punibles.

Para comenzar es fundamental definir al niño como todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Así lo prevé el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (C.D.N.), el art. 2 de la ley nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061), y el art. 2 de la ley de Promoción y Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba (ley 9.944).

Por otro lado, a los fines punitivos, el ordenamiento jurídico argentino distingue, entre menores punibles y menores no punibles. Esta distinción se funda en los arts. 1 y 2 de la ley nacional 22.278, los cuales establecen:

“Artículo 1º. No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación...”

“Artículo 2º. Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º...”

Partiendo de esa distinción, cada una de las provincias, por las facultades que conservan en virtud del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional (C.N.), legisla los procedimientos penales de uno y otro sujeto en forma separada.

Como se dijo anteriormente, en la Provincia de Córdoba el régimen penal minoril está previsto en la ley 9.944. Ésta, respecto a los menores punibles, regula un proceso penal similar al de los adultos, respetuoso de las garantías propias del derecho penal liberal, pero que actualmente se encuentra suspendido por una acordada del Tribunal Superior de Justicia. Pero para los menores no punibles dispone un procedimiento tutelar, diferente y de marcados rasgos inquisitivos (sin un fiscal que acuse, ni juez imparcial, ni defensa técnica obligatoria). Este proceso tutelar se caracteriza, entre otras cuestiones que serán analizadas en detalle, por: acumular en la misma persona (juez penal juvenil) la facultad llevar a cabo la investigación de hecho (art. 93), disponer la privación de la libertad del menor independientemente de su culpabilidad o inocencia en el hecho delictivo (arts. 87 y 94), y resolver sobre el fondo de la cuestión (art.96); todo ello con fundamento en la protección de un sujeto vulnerable.

Gran parte de la doctrina especializada en materia penal juvenil ha sido muy crítica respecto a los sistemas tutelares. Así, Beloff (2005) manifiesta que el ordenamiento jurídico argentino utiliza argumentos tutelares para castigar a los menores imputados de delitos sin las garantías propias del derecho penal liberal, que sí rigen en el proceso penal contra adultos. “En el derecho de menores, el subjetivismo discrecional no resulta de un uso distorsionado de la norma, por el contrario, en el derecho de menores la discrecionalidad resulta normativamente institucionalizada”. (García Méndez, 2001).

En palabras de Zaffaroni (2003), la legislación penal juvenil es parte del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho, y como tal debe no debería apartarse de las garantías penales que gozan el resto de las personas.

2. Orígenes del Sistema Tutelar.

Como señala Rivera Beiras (2005), las primeras ideas para la creación de un sistema penal juvenil con principios y fundamentos propios, diferente al de adultos, nacieron en los Congresos Penitenciarios Internacionales que comenzaron a celebrarse a mediados del siglo XIX, primero en Europa y luego en Estados Unidos. En estos congresos se debatieron entre otros temas: la creación de los primeros reformatorios; la separación de menores y adultos privados de la libertad en establecimientos diferentes; modelos pedagógicos para el tratamiento de jóvenes; y alternativas a la privación de la libertad de menores. Bajo la influencia del positivismo criminológico, se establecieron allí los pilares sobre los cuales construirían el sistema tutelar para el tratamiento de menores de edad: sujetos, que al igual que los locos y vagabundos, entraban en la clasificación de anormales y potencialmente peligrosos a los cuales había que controlar a través medidas terapéuticas y de seguridad (similares a las penas pero con distinta denominación).

Las ideas descritas se plasmaron, a principios de siglo XX, en las primeras leyes tutelares para menores. Estas disponían: la presunción de inimputabilidad de los menores de 16 años; la sola necesidad de una conducta peligrosa o irregular del sujeto para que actúe la ley penal, independientemente de la tipificación de un delito; la disposición de medidas educativas que tenían como fin la corrección moral, a cambio de penas, y muchas veces

más duras que éstas; duración temporalmente ilimitada de las medidas educativas a arbitrio del juez y mientras se mantuviera la minoría de edad.

En cuanto a las normas procesales propias de este sistema, sus características principales, en miras a su objetivo asistencialista, eran:

- falta de intervención del ministerio público y de un abogado defensor;
- no regía el principio de contradicción ni el de imparcialidad, dado que el mismo juez era el encargado de determinar a su antojo las medidas necesarias a imponer al menor en base a su propio juicio de moralidad, y como resultado de ello no había período probatorio ni principio de inocencia a favor del menor;
- se estableció un proceso a puertas cerradas y la prohibición de su publicidad;
- falta del principio de legalidad, como consecuencia de la posibilidad de perseguir conductas penalmente no tipificadas;
- medidas privativas de la libertad sin posibilidad de recurrir la resolución del juez.

Como puede observarse el fundamento de la protección y tutela sobre los sujetos menores de edad dio origen a un sistema tutelar que dejó desamparados a los jóvenes frente al poder punitivo del Estado, permitiendo aplicar castigos del derecho penal sin las garantías propias de un proceso penal de adultos. Muchas de las características de estos sistemas pueden encontrarse en las legislaciones actuales en materia tutelar (Ribera Beiras, 2005).

3. Antecedentes legislativos:

3.1 Leyes Nacionales.

En nuestro país, el primer cuerpo normativo sancionado en materia penal de menores es la ley 10.903 “Patronato de Menores”, del año 1919. Esta ley, que regulaba tanto aspectos

prevencionales como correccionales, tenía características notoriamente inquisitoriales, apartada de las garantías propias del derecho penal liberal. Establecía entre otras cosas: la concentración de las funciones de acusación y resolución en la misma autoridad; la facultad del juez de disponer de todo menor de 18 años que considerare material o moralmente abandonado; la prisión preventiva del menor; y una limitación a la hora de recurrir la resolución del juez, restringida sólo a los padres o tutores del menor.

Dos años más tarde se sanciona el Código Penal de la Nación, con una perspectiva tutelar similar a la ley 10.903.

En el año 1980 se sanciona la ley 22.278 “Régimen Penal de la Minoridad”, actualmente vigente y que establece un procedimiento tutelar para jóvenes de hasta dieciséis años de edad. La misma prescribe, respecto de estos menores no punibles, facultades de disposición por parte del juez (entre ellas la privación de la libertad) en caso de considerar que el menor se encuentra en peligro material o moral, o que presenta problemas de conducta. Tanto la función de acusación como de juzgamiento se encuentran concentradas en la misma autoridad (Menichelli, 2010).

En el año 1989 se sanciona la Convención sobre los Derechos del Niño. Primer instrumento internacional de derechos humanos referido específicamente a menores de 18 años de edad. Argentina adhiere a ésta mediante la ley 23.849, y posteriormente eleva dicha convención a jerarquía constitucional con la reforma de 1994, a través de su consagración en el art. 75 inc. 22 C.N. Dicho tratado, prevé todas las garantías penales que rigen para los imputados adultos que hasta el momento, en virtud del sistema tutelar, no tenían vigencia para los menores en conflicto con la ley penal. Así en su art. 40 la convención recepta las garantías de: imparcialidad del juez; principio de inocencia; principio legalidad; defensa en juicio; asistencia letrada; y la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales.

Fundamentalmente establece como condición primordial de todas las medidas a dictarse respecto de los menores que ellas deben respetar el “interés superior del niño”.

En 2005 el congreso nacional sanciona la ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. La misma establece, entre otras cosas: que la Convención sobre los Derechos del Niño es obligatoria en las condiciones de su vigencia; define el principio de interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley; crea la figura del defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; y en líneas generales ordena una serie de directivas a las instituciones del Estado para hacer operativos los derechos del niño. En relación a las garantías de los menores en conflicto con la ley penal, prevé en su art. 27 que además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por nuestro país y en las leyes que en su consecuencia se dicten, deben respetarse en cualquier procedimiento judicial o administrativo, los derechos del menor a: ser oído ante la autoridad cuando el niño lo solicite; que su opinión sea tenida en cuenta en las resoluciones que lo afecten; una asistencia letrada obligatoria; participar activamente de todo procedimiento; y recurrir ante una autoridad superior las decisiones que lo afecten.

3.2 Leyes Provinciales.

En 1966, la legislatura de la Provincia de Córdoba sanciona la ley 4.873 “Estatuto de la Minoridad”, la cual regula la competencia del juez de menores y establece lineamientos generales para el régimen correccional.

En el año 1995 la ley provincial del Estatuto de la Minoridad es derogada, en lo referido al régimen correccional, por la ley 8.498 de Procedimiento Correccional de Menores, la cual dispone diferentes reglas en el proceso penal según se trate de menores punibles o no punibles acusados de la comisión de un delito. Es importante remarcar, en relación a las garantías procesales, que esta ley en su art. 8 concedía al menor no punible la facultad de designar un defensor técnico, independientemente de la voluntad de sus padres. Facultad que fue derogada en los cuerpos normativos posteriores.

La legislatura provincial sanciona en el año 2002 la ley 9.053 de Protección Judicial del Niño y el Adolescente, con el objetivo de amoldar la legislación a los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. La nueva ley deroga la dictada en 1995, sin embargo, el procedimiento correccional de menores no punibles es similar al anterior y aún más restrictivo, teniendo en cuenta que no prevé la facultad del menor de designar un defensor letrado.

Finalmente en el año 2011 la Provincia de Córdoba sanciona la ley 9.944 (Ley de Promoción y Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba) actualmente vigente y que será objeto de análisis en este trabajo. Esta norma recepta los lineamientos generales de la ley nacional 26.061 (Ley de protección integral de las niñas, niños y adolescentes) y prevé, entre otras cuestiones, que el Estado debe garantizar a los menores, en cualquier procedimiento, los derechos contemplados en la Constitución Nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, el procedimiento penal de menores no punibles transcribe textualmente lo previsto en la norma provincial anterior y mantiene el sistema tutelar, notablemente violatorio de las garantías básicas del debido proceso.

Conclusión del Capítulo.

Como se dijo, el procedimiento penal a analizar es el previsto por la ley provincial 9.944 para menores no punibles. Éstos son, según la ley nacional 22.278 aún vigente, los sujetos menores de dieciséis años. Ambas leyes (la nacional y la provincial) establecen para estos sujetos un tratamiento tutelar.

El origen de los sistemas tutelares data principios del siglo XX, donde se plasmaron las ideas para el tratamiento de menores, propias del positivismo criminológico y de tintes inquisitivos, en leyes que desarticulaban las garantías procesales respecto a estos sujetos.

El antiguo régimen penal juvenil se basaba en la “doctrina de la situación irregular”, la misma se caracterizaba por su carácter inquisitivo, en el que el juez se encargaba tanto de la acusación como del juzgamiento, situación que claramente vulnera el debido proceso. Por otra parte, se consideraba al menor como objeto de derecho, sujeto pasivo de intervención estatal, negándosele todas las garantías procesales que les son garantizadas a los mayores de edad.

Como expresa Tiffer Sotomayor (1994), el contenido de tal “situación irregular”, habilitante del procedimiento especial, no sólo comprendía a aquellas conductas prohibidas, supuestamente cometidas por niños, sino que, su marco legislativo continente de las diversas situaciones a regir incluía además otras: las de riesgo social que los tenía pura y exclusivamente como “víctimas”, por ejemplo, padecimientos de abandono o de peligro material o moral, falta de atención de sus necesidades básicas, deficiencias que afectaban su salud física o mental, maltratos corporales o psíquicos, adicciones etc. Sin concebirse diferencias en el tratamiento a seguir según se trate de un caso delictivo o de alguna situación asistencial, con lo que la actividad judicial ingresaba al conocimiento y

resolución de todas ellas, a través de la aplicación -en su caso- de medidas tutelares de adaptación social, que muchas veces implicaban la institucionalización de esos menores víctimas de la sociedad, así como también de aquellos que habían delinquido -sin discriminación de ningún tipo al respecto-. Emergiendo de ello que este régimen fusionaba la función jurisdiccional del Estado con la administrativo-asistencialista (p.143).

El cambio de mirada sobre esta problemática implica la aceptación de la familia como eje de políticas de inclusión y el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derecho y no meros objetos de asistencia e intervención estatal.

En nuestro país estuvieron legitimados estos sistemas tutelares hasta la elevación a jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1994, la cual prevé todas las garantías procesales que rigen para adultos, ahora para los niños.

La legislación nacional se armonizó con este tratado internacional a través de la ley 26.061, sin embargo y en virtud de la facultad que tienen las provincias de dictar sus leyes procesales, el procedimiento de Córdoba para el tratamiento de menores no punibles sigue siendo similar a los anteriores.

Capítulo II

Análisis legislativo de la ley

9.944

Introducción

La ley provincial número 9.944, sancionada en el año 2011, replica lo establecido en la ley Nacional 22.278, respecto a los menores no punibles. Muchos doctrinarios han afirmado con gran énfasis que el régimen penal de menores que establece la ley nacional es inconstitucional. Dado que ambas leyes, la provincial y la nacional, establecen similares criterios, cabe preguntarse si la primera puede también ser tachada de inconstitucional. Para dar respuesta a esta interrogante, se debe realizar un análisis pormenorizado de la ley 9.944.

1.2 Aspectos generales de la ley 9.944

La normativa provincial en su primera parte (desde el artículo 1 al 81), establece la intervención del Estado en los casos de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes, adecuándose con ello a lo expresado en la ley nacional 26.061 y en la Convención Sobre Los Derechos Del Niño.

Desde el artículo 82 título VII se incorpora el procedimiento penal juvenil.

En su **art. 82 la ley 9.944** expresa como fundamento del mismo:

“El procedimiento penal juvenil tiene por objeto primordial la protección y asistencia integral de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, garantizando lo conducente al logro de su integración social a través de una atención que dé prioridad al abordaje educativo multidisciplinario, con especial énfasis en su capacitación para el acceso al mercado laboral.”

Muchos autores afirman que bajo esta dimensión protectora de la integralidad de los menores, se puede dilucidar un sistema claramente violatorio de las garantías procesales previstas en la Constitución y de los Tratados Internacionales a los que adhirió Argentina.

2. Régimen penal de menores no punibles

La Convención Sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 40 tercer párrafo, que los estados parte, deben establecer una edad mínima, antes de la cual se presume que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Como explica Anselmino (2014), la ley 22.278 (t.o. 22.803) establece que no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Dispone que 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. También agrega que si de los estudios realizados resultare que el menor se haya 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 (p. 83).

En concordancia con la cuestionada ley 22.278, la ley provincial 9.944 dispone, en su Título VII – Capítulo II “Niñas, Niños y Adolescentes No Punibles”, el siguiente articulado de notable tinte paternalista, en relación a estos sujetos:

Artículo 92.- Reglas aplicables. *Cuando a la niña, niño o adolescente se le atribuyeren delitos que no autorizan su sometimiento a proceso penal o faltas, el Juez Penal Juvenil*

procederá a la investigación del hecho con sujeción a las normas constitucionales y legales en la materia y, subsidiariamente, a la Ley N° 8123 - Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

Artículo 93.- Remisión. *Cuando lo considere conveniente, y sin perjuicio de la investigación, el Juez puede de oficio o a solicitud de parte eximir a la niña, niño o adolescente de las medidas tutelares que procedieren, aún en forma provisional, remitiéndolo a servicios alternativos de protección que eviten su disposición judicial en los términos del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes previsto en la presente Ley.*

Artículo 94.- Medidas de coerción. *Si la niña, niño o adolescente hubiere sido privado de su libertad por arresto o aprehensión, con arreglo a lo previsto por la Ley N° 8123 - Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-, el Juez hará cesar esta situación de inmediato conforme a lo establecido en los artículos 87 y 90 de esta Ley.*

Cuando la niña, niño o adolescente no compareciere ante el Tribunal sin grave y legítimo impedimento, se ausentare de su domicilio o del de sus guardadores o se fugare del establecimiento de internación, el Juez Penal Juvenil emplazará a los padres o encargados para que lo presenten en su sede o lo reintegren al establecimiento, según correspondiere.

Vencido el término acordado al efecto y no habiéndose obtenido la presentación o el reintegro de la niña, niño o adolescente, el Juez Penal Juvenil puede disponer su retiro del domicilio u ordenar la ubicación de su paradero.

Artículo 95.- Vista. Audiencia. *Concluida la investigación y reunidos los estudios y peritaciones legales, el Juez correrá vista al Asesor de Niñez y Juventud interviniente. Si de la opinión de éste resultare que la niña, niño o adolescente debe ser entregado*

definitivamente a sus padres o encargados, el Juez así lo resolverá, archivando las actuaciones.

Si el Juez discrepare con el Asesor de Niñez y Juventud al respecto o éste estimare que corresponde disponer definitivamente de la niña, niño o adolescente, se fijará una audiencia y se citará al Asesor de Niñez y Juventud, a la niña, niño o adolescente en cuestión, a los padres o encargados y a quienes les prestan asistencia letrada de oficio o patrocinio. También podrá citarse a los profesionales que hubieren producido informes técnicos con relación al caso.

En la audiencia el Juez, luego de tomar nuevo conocimiento y oír a la niña, niño o adolescente, ordenará que se lo retire de la audiencia y acto seguido hará leer en alta voz por Secretaría los estudios y peritaciones reunidos.

Cumplida la lectura el Juez oirá a los profesionales que hubiesen comparecido, a los padres o encargados, a sus abogados y al Asesor de Niñez y Juventud -en este orden- quienes dispondrán del tiempo que aquél prudencialmente fije para referirse al caso en sus consideraciones de hecho y de derecho.

Artículo 96.- Sentencia. Recursos. *Oídos todos, el Juez pasará a deliberar y dará a conocer su resolución definitiva.*

Si la complejidad del asunto o circunstancias de tiempo hicieren necesario diferir la redacción de la sentencia en dicha oportunidad se leerá tan solo su parte dispositiva, fijándose audiencia para la lectura integral.

Esta se efectuará, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de quince (15) días y valdrá siempre como notificación para todos los interesados.

La sentencia puede ser apelada, sin efecto suspensivo, por el Asesor de Niñez y Juventud y los padres o encargados.

Habiéndose dispuesto medidas definitivas el Juez procederá a solicitar periódicamente un informe sobre la situación integral de la niña, niño o adolescente al órgano de ejecución y por el lapso que fuere necesario hasta que los factores originarios de la situación atendida se reputaren superados.

Otras de las cuestiones reprochables de la norma, es que en su artículo 87 (en concordancia con el art. 94, referido a menores no punibles) establece:

Artículo 87.- Medidas provisionales. *Durante la investigación el Juez podrá disponer provisoriamente, en interés de la niña, niño o adolescente:*

a) Su mantenimiento en el medio familiar o su cuidado bajo la guarda a un tercero cuando la misma dé satisfacción a los siguientes requisitos:

1) Documento de identidad;

2) Partida de matrimonio -si correspondiere- o certificado de convivencia;

3) Certificado de carencia de antecedentes penales;

4) Certificado de domicilio;

5) Certificado de trabajo;

6) Certificado de salud física y mental otorgado por un establecimiento oficial, y

7) Libreta de Familia o partidas, cuando existiere parentesco entre la niña, niño o adolescente y el solicitante, pudiendo determinar las medidas reguladas en los artículos 42, 43, 44, 45, 46 y 47 de la presente Ley.

b) La sujeción de la guarda a un régimen de libertad asistida;

c) Su atención integral a través de programas, proyectos o centros de protección integral cuando la niña, niño o adolescente careciera de familia o de terceros en condiciones de cumplir eficientemente la guarda y apoyar la libertad asistida;

d) La atención de la especial problemática de salud o de adicciones que pudiere presentar,
y

e) Su atención integral y excepcional en un establecimiento cuyo régimen incluya medidas que impidan la externación por su sola voluntad una vez evaluada fehacientemente la ineficacia de las alternativas previstas precedentemente. En este supuesto la niña, niño o adolescente debe permanecer bajo este régimen el menor tiempo posible, el que no podrá exceder los seis (6) meses, salvo que el Juez requiera autorización en forma fundada, remita todos los antecedentes que obraren en la causa a la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y ésta otorgue la correspondiente prórroga cuando -evaluados todos los antecedentes- la estime imprescindible para el cumplimiento de la finalidad tuitiva.

El órgano de ejecución informará periódicamente al Juez sobre la situación de la niña, niño o adolescente, su evolución y posibles alternativas de movilidad dentro del sistema de protección existente.

Entre las principales consecuencias de este abordaje, expresa el Informe de derechos Humanos de Córdoba, podemos decir que continúa el juez disponiendo discrecionalmente la privación de libertad del menor o la entrega a sus padres en guarda, según su personal criterio y atendiendo más a rasgos de la personalidad del menor que al hecho en sí.

Puede observarse que la finalidad de la normativa continúa siendo controvertida, dado a que confunde el proceso penal con medidas asistenciales, de modo que faculta al juez para que él mismo decida si el menor debe o no continuar en su medio familiar, no atendiendo a intereses del niño, sino basándose en requisitos que según diversos autores son claramente arbitrarios y discriminatorios, como la falta de antecedentes penales, exigencia de certificado de convivencia, de trabajo, etc. Más cuestionable aún es la posibilidad que

prevé el articulado (art. 87 inc. “e”), de la privación de la libertad por causas claramente diferentes a la fuga y al entorpecimiento del proceso.

Como consecuencia, se violenta el debido proceso, en donde exista la acusación de un fiscal, un juez imparcial, una defensa técnica y la responsabilidad que surja de las pruebas aportadas al proceso.

Se puede afirmar que se continúa privando de libertad a jóvenes de la provincia de Córdoba, a discreción del juez, de acuerdo a los informes técnicos que ni siquiera son vinculantes. De modo que su decisión es totalmente personal.

La aplicación de la pena corresponde a partir de los 16 años, sin embargo, se viola esta regla, bajo el eufemismo de la protección del niño.

Conclusiones del capítulo

Con la ley 26.061, Argentina plasmó en la normativa, esta nueva mirada de la protección y promoción de los derechos de niños y adolescentes, sin embargo no derogó el antiguo Régimen Penal de Menores previsto en la ley 22.278, el cual legitima a las provincias (por la facultad que tienen de dictar sus leyes procesales) a establecer un procedimiento tutelar para los menores no punibles. La provincia de Córdoba dictó la ley 9.944, con el objetivo de adecuarse a lo establecido en la ley nacional 26.061 (respetuosa de las garantías previstas en la Convención Sobre los Derechos del Niño). Ahora bien, parte del articulado de la ley provincial, en relación a los menores no punibles, retoma prácticas del pasado y es por ello, que aparece una clara y notoria contradicción entre los objetivos generales de la ley y sus disposiciones particulares respecto a dichos sujetos.

A la luz de los hechos, en la Provincia de Córdoba, aún el juez posee facultades para disponer discrecionalmente del menor, bajo parámetros claramente subjetivos y discriminatorios, que desvían la mirada del hecho y el delito en sí, para concentrarse en la personalidad del menor. Hasta lo aquí expuesto e investigado se podría afirmar que la ley provincial entonces, se aproxima más al criterio de asistencia tutelar, que al de protección integral de los derechos de los niños y adolescentes.

Capítulo III

Análisis

Doctrinario

Introducción

Como se ha podido advertir en el capítulo anterior, la ley 9.944 tiene aspectos poco claros e incluso según algunos autores, violatorios de los derechos del niño. Dicha afirmación no es una cuestión menor, puesto a que de ser así, estaríamos en condiciones de asegurar que la normativa provincial es contraria a la Convención Sobre Derechos Del Niño, lo que haría de Argentina un país infractor de dicho tratado y merecedor de las sanciones respectivas. Por otra parte, el establecer que dicha ley es contraria a la Convención, permitiría la declaración de Inconstitucionalidad por parte de los diversos tribunales, en virtud del bloque de Constitucionalidad.

Por todo lo expuesto se debe ahondar en las diversas posiciones de los doctrinarios respecto a qué garantías, consagradas en la Convención Sobre los Derechos del Niño, se ven vulneradas.

1. Concepto de Garantía

Bidart Campos (2006) define a las garantías como “el conjunto de seguridades jurídico institucionales deparadas al hombre. Las garantías existen frente al estado, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos”.

Cafferata Nores (2012) afirma:

Las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado (por el delito) y reclamar su reparación ante los tribunales de justicia

(art. 172 inc. 3, Const. Prov., que autoriza a las leyes a acordar derechos a los particulares sobre la promoción y ejercicio de la acción penal pública) (p.115).

Cuando se hace referencia a las garantías en el proceso penal, es ineludible advertir que con la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, se incorporaron diversos tratados Internacionales. De esta forma los mismos gozan de la misma jerarquía que la Carta Magna. Debido a esto, la legislación vigente debe estar en perfecta armonía no solo con nuestra norma fundamental, sino además con todos los Tratados incorporados por la reforma.

Así lo expresa el constitucionalista Bidart Campos (2006):

Puede hablarse de un nuevo “sistema constitucional” integrado por disposiciones de igual jerarquía "que abrevia en dos fuentes: la nacional y la internacional". Sus normas, "no se anulan entre sí ni se neutralizan entre sí, sino que se retroalimentan" formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía (p.56).

2. Fundamentos

Las garantías tienen como fundamento, los atributos de la persona humana, brindando protección a la dignidad humana.

Estas garantías como expresa Cafferata Nores (2012) son de naturaleza jurídica política, pues surgen de las leyes fundamentales, imponen obligaciones a cargo del Estado y establecen límites a su poder.

Los límites de las garantías están dadas “por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” (art.28, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre).

3. Análisis de las garantías vulneradas por la legislación vigente

3.1 Garantía de defensa en juicio

Como expresa Vélez Mariconde (2012):

La defensa en juicio importa lato sensu la posibilidad de cualquier persona de acceder a los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento y protección, aun penal, de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como el de argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra. Dicho más específicamente, se trata de la posibilidad reconocida a los sujetos privados del proceso, de demostrar el fundamento de la pretensión que ejercitan o la falta total o parcial de fundamento de la ejercitada en su contra.

El derecho de defensa no solo emana de la dignidad de la persona sino que es una garantía para él y el resto de la sociedad, de que el proceso en cuestión se desarrollará de un modo respetuoso del Estado de Derecho. Es así que se pueden distinguir dos tipos de defensa, la técnica y la material. (p.120).

Cafferata Nores(2012) afirma:

La defensa material consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas y presenciando o participando (según el caso) en los actos probatorios y conclusivos o absteniéndose de hacerlo.

La defensa del imputado se integra también, con la actividad desarrollada por un abogado que lo aconsejará, elaborará la estrategia defensiva, propondrá pruebas, controlará y participará en su producción y en las que ofrezca el acusador. Argumentará sobre su eficacia conviccional, discutirá el encuadramiento jurídico de los hechos que se le imputan a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer, y podrá recurrir en su interés. Es lo que se conoce como defensa técnica (p. 158).

En relación a esta garantía, **la Convención Sobre Derechos del Niño en su art. 12** establece:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

A su vez la C.D.N. en el **Art. 40. 2 b II)** prevé:

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;

En principio, la ley 9.944 de la provincia de Córdoba parecería respetar este derecho consagrado en la Convención. Su art. 31 expresa:

Garantías mínimas de procedimiento – Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. *Los organismos del Estado deben 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, de manera directa o por medio de sus padres o tutores cuando por su madurez y desarrollo no lo pudiere hacer por sí mismo, y con la intervención del ministerio pupilar cuando corresponda (Art. 59 del Código Civil);*
- 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 especializado en niñez y adolescencia, personalmente o en sus padres o tutores que lo representen, cuando no haya intereses contrapuestos, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, sin perjuicio de la intervención del ministerio pupilar cuando corresponda. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado debe asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;*
- d) A participar activamente en todo el procedimiento, por sí mismo o por sus*

representantes, siempre que no existan intereses contrapuestos, y e) A oponerse o a recurrir ante el superior frente a cualquier resolución que lo afecte.

El derecho de defensa del menor, no se agota en la mera actividad del juez de oír al menor cada vez que este la requiera, sino además se efectiviza en considerar la opinión del niño y fundamentalmente, brindarle una asistencia técnica especializada. Dicha defensa, debe responder a los intereses del menor, existiendo por parte del mismo un deber de lealtad, procurando evitar el paternalismo del defensor. Se hace referencia al paternalismo cuando es el letrado el que fija los intereses del menor, por lo contrario, se intenta que sea el menor el que establezca los intereses que considere superiores. Así, la representación necesaria del Ministerio Público no debería ser impedimento para que el menor designe el asesor letrado que considere apropiado.

Ahora bien, el **art. 91 de la ley 9.944**, en relación a la defensa técnica del menor, establece: *Asistencia letrada. Defensa técnica. Los padres o encargados pueden actuar con patrocinio letrado.*

Sin perjuicio de la intervención del Asesor de Niñez y Juventud, la niña, niño o adolescente no punible podrá contar con asistencia letrada particular cuando le fuere provista por sus padres, encargados o personas de su confianza.

Si la niña, niño o adolescente estuviere sometido a proceso penal, debe disponer de defensor en la forma y bajo las sanciones previstas por la Ley N° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-.

Claramente la norma bajo análisis permite discriminar los derechos de menores punibles por un lado, y “no punibles” por otro. Dilucidándose que estos últimos solo pueden contar

con asistencia letrada particular (diferente del Asesor de Niñez y Juventud) siempre y cuando le fuere provista por sus padres o encargados. De lo contrario el menor no cuenta con la facultad en cuestión.

Es necesario diferenciar, entre el abogado particular del menor y el Asesor de Niñez y Juventud, ya que, aquél representa los intereses propios del menor expresando sus peticiones personales. Difícilmente podría representarlos el Asesor de Niñez y Juventud, quien en virtud del art. 95 segundo párrafo de la ley, puede estimar conveniente la disposición definitiva (privación de la libertad) del niño.

Conforme a la garantía de defensa en juicio, si el menor no designa un abogado, el Ministerio debería arbitrar los medios necesarios para que se le asigne de oficio un abogado al menor.

No deja lugar a dudas, en relación a la aplicabilidad de esta garantía constitucional, la redacción de los artículos 677 y 678 del nuevo Código Civil y Comercial, los cuales refieren a la autonomía del adolescente (menor de edad entre 13 y 16 años) para estar en juicio en forma individual y con asistencia letrada, incluso ante la oposición de sus progenitores. Al respecto Marisa Herrera (2015), en su comentario a dichos artículos, afirma que en virtud del art. 27 inc. C) de la ley nacional 26.061, es una garantía procesal básica la presencia de un abogado que asista al menor que se encuentra sometido a un procedimiento administrativo o judicial. Ahora bien, es necesario distinguir la figura del representante legal (sea padre, tutor, ministerio público, o asesor de la niñez y adolescencia) de la del abogado particular del menor. El representante legal tiene una función tutelar y de carácter paternalista para la realización de determinados actos sobre la persona y bienes del menor. En cambio, la figura del abogado o asistente letrado, en palabras Herrera: “debe patrocinar al niño en su carácter de tal... y resulta esencial para los fines de su correcta

labor que no pertenezca a la órbita de influencia de alguno de los padres, propendiendo a la real defensa de sus asistidos, como modo necesario de lograr los altos fines de la jurisdicción”.

Respondiendo al interrogante de a partir de qué edad el niño puede requerir de asistencia letrada particular, la autora expresa que, con la vigencia del anterior ordenamiento civil, la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantenía el criterio de otorgar esta facultad sólo a sujetos mayores de 14 años de edad, pero con la sanción del Código Civil y Comercial este derecho puede ejercerlo todo adolescente (mayor de 13 años), tal como lo prevén los artículos 25, 677 y 678 de este nuevo ordenamiento (p. 482, 483).

Para terminar de afianzar esta distinción el art. 27 del decreto 415/2006 (reglamentario de la ley nacional 26.061) establece: *“El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.”*

Es así que algunos doctrinarios como Acosta (2008) reflexiona al respecto que:

La ficción jurídica de la representación -ya sea legal o promiscua- ha vedado el derecho de defensa de las personas menores de edad. La sanción de la ley 26.061 trajo aparejado el reemplazo del paradigma de la incapacidad de los menores por su participación activa en todo proceso administrativo o judicial que lo afecte (p.115).

No así, nuestra ley minoril provincial respecto a los menores no punibles, que veda esta facultad para los menores de 16 años, en notoria violación de la garantía constitucional en cuestión.

3.2 Garantía de Imparcialidad del juez

Cafferata Nores (2012) define a esta garantía del siguiente modo:

La imparcialidad es la condición de “tercero desinteresado” (independiente, neutral) del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor ni en contra ni estar involucrado con los intereses del acusador ni el acusado, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con estos; y la actitud de mantener durante todo el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna) hasta el momento de elaborar la sentencia (p.74).

De este modo, lo que se advierte de la definición propuesta por el autor, es que el Tribunal debe decidir con total libertad, ajeno a presiones políticas o de carácter social. Es así que se expresa que existe la imperante necesidad de identificar las diversas funciones que cada actor asume en el proceso penal. Se debe por lo tanto, diferenciar la función de acusar e investigar (a cargo del fiscal) la de defenderse (derecho de defensa técnica y material) y por último, la de resolver la cuestión (juez).

Dicha garantía está expresamente prevista en la Convención Sobre los Derechos del Niño en el art. 40.2.b 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;

De acuerdo con el bloque de constitucionalidad instaurado con la reforma del año 1994, en el art. 75 inc. 22, se incorporan diversos tratados que se alinean con esta garantía.

Así se establece con claridad, que toda persona frente a una "acusación penal formulada contra ella", tiene derecho a ser juzgada por un Juez o Tribunal "independiente e imparcial" (art. 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.c, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Tiene derecho a que "el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal" sea realizado por "un Tribunal independiente e imparcial" (art. 10, Declaración Universal de Derechos Humanos). La correspondiente diferenciación entre la acusación y el juzgamiento es un elemento ineludible e implícito en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, que garantiza la imparcialidad del juez. A saber:

Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución

conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Como se ha podido advertir en otros pasajes de este trabajo, bajo la órbita de la legislación cordobesa se vulnera el principio de imparcialidad de juez.

Basta con mirar el esquema judicial para evidenciar que esta garantía se encuentra vulnerada en la provincia. Es así que en el procedimiento penal contra menores no punibles continúa predominando el rol de juez de modo que el mismo dispone del menor en forma discrecional. Ello conforme la ley 9.944 en sus arts. 92, que faculta al Juez Penal Juvenil realizar la investigación de hecho; art. 94 (en concordancia con el art. 87 inc. “e”) que le permite privar de la libertad al sujeto en forma provisoria; y art. 96 que ordena dictar sentencia a la misma autoridad.

3.3 Violación al principio de legalidad e inocencia

El principio de legalidad implica la prohibición de penar a alguien sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Desde un aspecto formal se establece que la única fuente de la cual pueda emanar una ley penal son aquellos órganos habilitados a sancionarla. Este principio está expresado en nuestro artículo 18 de la Constitución Nacional. Por otra parte, el art. 19 de nuestra carta magna complementa este principio, estableciendo que ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En la Convención Sobre los Derechos del Niño, dicho principio se encuentra expresado en el art. 40.2 a), a saber:

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;

De este modo, el juzgamiento se limita a lo taxativamente prefijado en la ley penal, de modo que no deben existir criterios subjetivos sino que se indaga si la conducta desplegada por el sujeto se corresponde con lo tipificado en la ley como delito.

Es esta una de las grandes críticas al sistema penal juvenil nacional, la cual se puede trasladar al ámbito provincial.

Fellini Zulita (2007) sostiene:

La aplicación de medidas de seguridad para menores ha dado lugar a un sistema normativo especial, cuya evolución ha originado la existencia de un llamado derecho tutelar que tiende a modificar la personalidad del joven delincuente, poniendo mayor énfasis en sus características personales que en la naturaleza y gravedad del hecho cometido. Ejemplo de esto es la ley 22.278, en cuya virtud los menores quedan sometidos a regímenes diferentes según sus edades (...). Sin duda, la ley 22.278 consagra un verdadero derecho penal de autor, que coloca jurídicamente a los menores de edad en situaciones de real vulnerabilidad (p.58).

Esto se puede observar claramente tanto en la legislación nacional sobre la materia, como la provincial que expone en su artículo 87, a saber:

Artículo 87.- Medidas provisionales. Durante la investigación el Juez podrá disponer provisoriamente, en interés de la niña, niño o adolescente:

a) Su mantenimiento en el medio familiar o su cuidado bajo la guarda a un tercero cuando la misma dé satisfacción a los siguientes requisitos:

1) Documento de identidad;

2) Partida de matrimonio -si correspondiere- o certificado de convivencia;

3) Certificado de carencia de antecedentes penales;

4) Certificado de domicilio;

5) Certificado de trabajo;

6) Certificado de salud física y mental otorgado por un establecimiento oficial, y

7) Libreta de Familia o partidas, cuando existiere parentesco entre la niña, niño o adolescente y el solicitante, pudiendo determinar las medidas reguladas en los artículos 42, 43, 44, 45, 46 y 47 de la presente Ley.

b) La sujeción de la guarda a un régimen de libertad asistida;

c) Su atención integral a través de programas, proyectos o centros de protección integral cuando la niña, niño o adolescente careciera de familia o de terceros en condiciones de cumplir eficientemente la guarda y apoyar la libertad asistida;

d) La atención de la especial problemática de salud o de adicciones que pudiere presentar, y

e) Su atención integral y excepcional en un establecimiento cuyo régimen incluya medidas que impidan la externación por su sola voluntad una vez evaluada fehacientemente la ineficacia de las alternativas previstas precedentemente. En este supuesto la niña, niño o adolescente debe permanecer bajo este régimen el menor tiempo posible, el que no podrá exceder los seis (6) meses, salvo que el Juez requiera autorización en forma fundada,

remita todos los antecedentes que obraren en la causa a la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y ésta otorgue la correspondiente prórroga cuando -evaluados todos los antecedentes- la estime imprescindible para el cumplimiento de la finalidad tuitiva.

El órgano de ejecución informará periódicamente al Juez sobre la situación de la niña, niño o adolescente, su evolución y posibles alternativas de movilidad dentro del sistema de protección existente. Ello en concordancia con el art. 94 referido exclusivamente a menores no punibles.

Es justamente con este artículo que podemos aseverar que continúa brindándose una mirada tutelar al sistema penal juvenil, otorgándole una gran discrecionalidad a los jueces, como se puede advertir, ya que la situación del niño se evalúa mediante requisitos que nada tienen que ver con su interés superior. Realizando un juzgamiento, que más que al hecho en cuestión fija su atención en la personalidad menor.

Según expone el Informe sobre Juventud e Identidad (2013):

Por otra parte, el régimen actual de menores posibilita la aplicación de una pena indeterminada. La característica actual del sistema de menores es que no rige, como respecto de los adultos, la pena determinada y proporcionada a la conducta y a las circunstancias. En el caso de los menores como a la pena se la llama "medida tutelar" ésta puede ser indeterminada, pudiendo cesar recién en la mayoría de edad, el único límite lo constituye la mayoría de edad. Esto también contraviene la normativa de Naciones Unidas. De ahí que en todos los instrumentos internacionales se plantea la necesidad de que la respuesta que dé el Estado deba ser determinada y también obligatoriamente revisable periódicamente de modo de que se pueda hacerla cesar lo más rápidamente posible. (p.55)

3.4 Violación al principio publicidad del proceso

Ferrajoli (2005), respecto a la garantía de publicidad, afirma que la misma:

Asegura el control tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ello, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal, tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y sobre todo del imputado y su defensor (p.563).

Se debe entonces analizar el artículo 80 de la ley 9.944:

Artículo 80.- Publicidad. Prohibición. Está prohibida toda publicidad respecto a las actuaciones en el fuero de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, salvo expresa autorización de los magistrados.

El artículo establece como regla, que el debate de un proceso penal en donde se juzgue a un menor, será a puerta cerrada. Claramente, así se violenta el principio de publicidad del proceso. Respecto a esta cuestión, Terragni (2010) enuncia que en las legislaciones se busca proteger el interés superior del niño, pero la regla debería ser la publicidad. Este es un principio de mayor jerarquía y que es elemento imprescindible de la forma republicana de gobierno.

3.5 Falta de acusación del Ministerio Público Fiscal

Uno de los pilares fundamentales del juicio penal es la acusación, con la cual culmina la investigación penal preparatoria. La misma posibilita la defensa del acusado y la

imparcialidad del juez. Es una garantía fundamental de nuestro sistema jurídico, contemplada en el art. 120 de la Constitución Nacional y expresada en diversos tratados internacionales, que con la reforma de 1994 adquirieron jerarquía constitucional.

La constitución establece la diferenciación clara y precisa entre la acusación, el juicio y el castigo.

Según expresa Cafferata Nores (2012):

A los fines de la acusación, la Constitución Nacional (en su art. 120) como las Constituciones provinciales (v. gr., Constitución de Córdoba, arts. 171 a 173) han instituido el Ministerio Público. El cual, en el ámbito de las respectivas jurisdicciones (Nacional o Provincial), tiene la función de: “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad” (art. 120, CN); “promover y ejercitar la acción penal pública” y procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social (art. 172, Const. De Córdoba) (p. 115).

Tal como sostiene el autor (Cafferata Nores, 2012):

La prueba de los hechos contenidos en la acusación corresponde al acusador, es decir, el fiscal (actividad eventualmente compartida con el querellante), porque siendo él quien niega la inocencia establecida por el orden jurídico, será él quien deberá asumir la responsabilidad de suministrar la prueba de la culpabilidad. Se trata de acreditar la verdad de “los extremos de la imputación delictiva” tanto el extremo objetivo (existencia del hecho delictivo y sus circunstancias) como subjetivo (participación culpable del acusado en ese hecho) (p.176).

En la Convención de Derechos del Niño ese principio se encuentra consagrado en el art.

40.2 ii):

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;

A la luz de las disposiciones previstas en la sección de menores no punibles de la ley 9.944, se puede deducir que aquí existe una predominancia del juez a lo largo del proceso, de modo que el mismo discrecionalmente decide las medidas más beneficiosas y adecuadas para el menor. Como se puede advertir no participa aquí el Ministerio Público Fiscal, por lo cual no hay acusación propiamente dicha. Todo el proceso es dominado por el juez, que es quien investiga y juzga simultáneamente. De este modo tampoco se respeta la secuencia de “investigación, acusación y juzgamiento”, vulnerando también el debido proceso.

La particular situación de la ley en relación a los menores punibles:

Destacando que el presente trabajo tiene como foco el procedimiento contra menores no punibles, no puede dejar de nombrarse el articulado referido a los menores punibles (mayores de 16 años y menores de 18) por su particular situación:

En relación a éstos la ley 9.944, creó la figura de los fiscales penales juveniles. Los mismos tienen a su cargo el rol de acusador e investigador de los delitos cometidos por menores de entre 16 y 18 años de edad, y son independientes del juez penal juvenil.

Ahora bien según afirma un Informe del Observatorio de DDHH de Córdoba (2014):

La aplicación de este título VII fue suspendida en junio del año 2012 por Acordada del Tribunal Superior de Justicia, a pedido suyo y de la Fiscalía General, que plantearon que se prorrogue por un año la creación de las Fiscalías y las Cámaras Juveniles, según aseguraron por razones presupuestarias (facultad que se habían reservado en el texto de la ley). Una vez vencido dicho plazo, en Junio del 2013, el Tribunal Superior de Justicia, se expidió mediante un nuevo acuerdo reglamentario, el 1559 serie A, en el cual se le solicita al Poder Legislativo que deje sin efecto dicho apartado de la ley debido a carencias financieras y edilicias que impiden su concreción. De este modo el Poder Legislativo dio sanción a una ley que suspende el capítulo en cuestión, hasta tanto estén dadas las condiciones respecto a los recursos edilicios, informáticos y humanos que se requieren. (p.22).

Según la opinión de varios doctrinarios, el hecho de que esta parte de la ley aún hoy siga sin cumplirse, evidencia una clara e inexcusable violación al debido proceso. Esto debido a que es el mismo juez el que se encarga de investigar el delito, de juzgarlo y posteriormente de ordenar la privación de libertad del menor. Lo que mantiene a estos sujetos en la misma situación que los menores no punibles.

3.6 Falta de periodo probatorio

Tal como afirma Cafferata Nores (2012) “La actividad probatoria es el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendientes a la producción, recepción y valoración de los elementos de la prueba” (p.296).

Debido al interés público de esta actividad, la mayor parte de la misma se ha puesto en manos de órganos públicos como el Ministerio Público Fiscal, la policía o excepcionalmente de los Tribunales. Es así que los mismos intentarán aportar al proceso toda la prueba que pueda, mientras que los sujetos privados, sea el imputado, querellante o actor civil, solamente procurarán incorporar aquellas pruebas que beneficien a sus pretensiones.

Por todo lo expuesto se establece que el principio propio de un Estado de Derecho es que toda acusación debe ser probada y que le incumbe a la parte acusadora incorporar la prueba de sus imputaciones.

Como puede observarse en la sección de menores no punibles de la ley 9.944, no se hace referencia a un periodo probatorio. Al igual que con la garantía anterior, mucho se basa en la discrecionalidad del juez y de lo que personalmente estime más conveniente. Por otra parte, al no mencionarse la participación del Ministerio Público Fiscal, uno de los órganos más relevantes en materia probatoria se encuentra ausente.

4. Críticas de diversos Organismos al Régimen Penal Juvenil

4.1 Comité de expertos de Derechos De Niño de Naciones Unidas

Dicho organismo expresó su preocupación respecto al Régimen Penal Juvenil vigente en nuestro país. Expresando que:

Las leyes vigentes, se basan en el abordaje de la situación irregular, en la cual no se avizora la diferencia entre un niño que posee conflictos con la Justicia, del que necesita una protección integral. Otro aspecto controvertido al respecto es que el artículo 205 del

Código Procesal Penal, establece que un menor puede estar incomunicado por hasta 72 horas. Además expresa su inquietud respecto a las indignas y deplorables condiciones en las que se encuentran los menores privados de su libertad. Por todo esto recomienda:

a) Revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en particular los artículos 37, 39 y 40 así como con otras normas internacionales como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil.

b) Acelere el proceso mencionado en a) entre otras cosas, asignando suficientes recursos económicos y financieros.

c) Se asegure de que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflicto con la justicia y los niños que necesitan protección.

d) Recorra a la prisión, incluso la preventiva, únicamente como medida extrema, por períodos que sean lo más breve posible y no superen la duración del periodo previsto por ley, y que garanticen que los niños siempre estén separados de los adultos.

e) Aplique medidas alternativas a la prisión preventiva y otras formas de privación de libertad cuando sea posible.

f) Incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, sobre todo para que estos menores puedan utilizar procedimientos de denuncia eficaces que abarquen todos los aspectos del trato que reciban.

g) Adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento.

h) Teniendo en cuenta el artículo 39 de la Convención, adopte las medidas apropiadas para promover la recuperación y la reintegración social de los niños que han pasado por el sistema de justicia de menores.

i) Solicite asistencia ante otras entidades, al CNUDH, al Centro de las Naciones Unidas para La Prevención Internacional del Delito, La Red Internacional Sobre Justicia de Menores y el UNICEF, por conducto del Grupo de Coordinación Sobre Asesoramiento y Asistencia Técnico en materia de justicia de menores.

4.2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Se expidió sobre la gran vulneración de los derechos de los menores en régimen penal juvenil estableciendo que los tiempos con los que los gobiernos cuentan son demasiado breves para generar un cambio significativo de la legislación en la materia para corregir la situación de vulneración.

4.3 Consejo De Derechos Humanos De Las Naciones Unidas

Dicho organismo se pronunció sobre la necesidad de adaptarse a los parámetros y estándares aconsejados por el Comité de Derechos del Niño. Así como también rever la situación de las condenas perpetuas hacia los menores de edad.

Conclusiones parciales

Las garantías procesales son tan relevantes como necesarias en todo Estado de Derecho. Persiguen la protección de la dignidad de la persona, por lo cual, cualquier vulneración a

las mismas debe considerarse un hecho altamente gravoso y perjudicial. Como se advirtió anteriormente la ley 26.061 intentó proteger los derechos de los niños en su integralidad. Por su parte la ley provincial, ha recibido diversas críticas de doctrinarios que entienden que con la misma, en su articulado referido al procedimiento penal contra menores, se refuerza un criterio tutelar que debiera ser abandonado por ser violatorio de las garantías y derecho además de ser ineficaz.

De este modo, se afirma que el régimen penal juvenil provincial, vulnera el derecho de defensa, de imparcialidad del juez, de debido proceso, del principio de acusación, de legalidad y presunción de inocencia, de publicidad y de periodo probatorio.

Todas estas violaciones o al menos la mayoría de ellas, están dadas por un sistema en el cual predomina la figura del juez, en el cual se le brindan amplias facultades para que el mismo discrecionalmente disponga la libertad o privación de la misma del menor. Dirigiendo un proceso, en el cual sus funciones se confunden, no habiendo una diferenciación clara entre la acusación, el juzgamiento y la decisión final.

De esta manera, puede afirmarse que la ley provincial en la materia, no solo no cumplimenta los objetivos de protección y promoción de derechos del menor que la misma persigue. Sino que además de su aplicación devienen consecuencias perjudiciales para todo el Estado de Derecho.

Capítulo IV

Análisis

Jurisprudencial

Introducción

En capítulos anteriores se han analizado los cuestionamientos hacia el sistema penal juvenil, así como las diferentes legislaciones que regulan la materia, enfocándose en el régimen penal juvenil de la provincia de Córdoba.

La Jurisprudencia constituye un elemento fundamental en el análisis del derecho. Está constituida por las decisiones de diversos tribunales sobre una materia específica. De esta manera se pueden analizar los diversos criterios que los tribunales adoptaron para decidir, permitiendo un mayor conocimiento de la interpretación y el espíritu de la ley. De ahí la necesidad de conocer cuáles fueron las opiniones de las autoridades encargadas de aplicar la ley, manifestadas en los diferentes fallos sobre el problema bajo estudio. A continuación se expondrá la jurisprudencia más relevante en la materia.

1. Fallo Tunuyan¹

En el fallo en cuestión, puede apreciarse como el juzgado de menores competente inhabilita la aplicación de la norma provincial (la cual permite la disposición de menores no punibles) en virtud de la inconstitucionalidad de la norma nacional (ley 22.278). Los hechos son los siguientes:

El menor G.A.R.M., de quince años de edad, estaba presuntamente involucrado en un hecho ilícito, por lo cual fue oportunamente investigado por la Fiscalía Penal de menores.

¹Juzgado Penal Menores de Tunuyán, Mendoza. “M., G. A. R.” - 18/12/2006.

Posteriormente se agregaron otros hechos, por lo cual la fiscalía solicitó al Tribunal que se tuviera por acreditada la participación del menor en el hecho delictivo y que se pondere su condición de “no punible” aplicándosele medidas de protección.

De este modo el Tribunal, da lugar a la acreditación de la participación del menor pero considera que las medidas de autoprotección, requieren un análisis a la luz de la constitucionalidad de la materia penal juvenil.

Es así que el juzgado sostuvo que:

“Las facultades judiciales de "aplicación de medidas de protección" (art. 181 ley 6.354) por parte del juez en lo Penal de Menores se originan en la competencia material asignada por el art. 114 inc. e ley 6.354, la cual encuentra sustento legal en la potestad de disposición provisoria y definitiva emergente del Régimen Penal de Minoridad (ley 22.278 /22.803) respecto de las niñas, niños y adolescentes, y que hallaba su fuente de legitimidad en el instituto del Patronato de la Infancia (ley 10.903)”

Para sostener su postura el Juzgado replica las expresiones de González Del Solar (2010 p.155):

Con la denominación `Régimen Penal de la Minoridad', esta ley (22.278 /22.803) distingue entre los incursos en hechos delictivos dos grandes clases, a saber: la de los menores no punibles, sometidos a la tutela pública cuando se hallan en estado de abandono, peligro moral o material, faltos de asistencia, o con graves problemas de conducta; y la de los menores punibles.

El Tribunal expuso que la legislación Nacional en materia de régimen penal juvenil fue duramente criticada por diversos organismos de derechos humanos como también por diversos doctrinarios de vasta experiencia en la materia.

Además el Tribunal hace especial énfasis en el análisis de la legislación comparada en los países de Latinoamérica y España, recalcando que los mismos tuvieron que adaptarse a los estándares previstos en la Convención de Derechos Del Niño. Es por lo tanto, que en estas legislaciones los menores de edad quedan fuera del sistema judicial, al menos, de un sistema penal juvenil.

Otro punto fundamental de la sentencia es cuando el Tribunal asevera:

“Que otro argumento relacionado con el analizado en el párrafo anterior indica que si las niñas, niños y adolescentes "no punibles" o "inimputables" están carentes de capacidad para infringir las leyes penales no pueden recibir respuestas provenientes del aparato punitivo estatal a través de jueces penales que utilizan herramientas claramente coercitivas como es el supuesto de la privación de libertad y que se estatuyen en los hechos como verdaderas penas, aun cuando sean definidas eufemísticamente "medidas de protección" o "medidas tutelares", y menos aún en el marco de un procedimiento que no obedece el debido proceso legal ni sus garantías consecuentes”.

Todos estos cuestionamientos que se le profieren a la legislación nacional en la materia, el tribunal los traslada al ámbito de la provincia de Mendoza. Dicha legislación provincial (número 6.354) le otorga la potestad al juez de "tomar las medidas de protección respecto de los menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas" (art. 114 inc. e) y particularmente le otorga la facultad de ordenar

privaciones de la libertad (internaciones) de menores no punibles cuando se tratare de "un acto infractor cometido mediante grave amenaza a la integridad física o violencia en las personas" o "por incumplimiento reiterado e injustificado de las medidas impuestas en virtud del art. 180 de la presente ley" (art. 192).

Por todo lo expuesto el Tribunal decide:

“De modo tal que, ejerciendo el control de constitucionalidad de oficio, corresponde decretar la inconstitucionalidad del art. 1 ley 22.278/22.803 en cuanto faculta al juez a disponer en forma provisoria o definitiva del menor de edad "no punible" y el art. 114 inc. e ley 6.354 de la provincia de Mendoza que habilita al juez en lo Penal de Menores a aplicar todas las "medidas de protección" establecidas en el art. 180 y las estipuladas en el art. 184 , ambos de la ley 6.354, respecto de los menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas”

2. Fallo García Méndez²

En este conocido precedente jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo una oportunidad histórica de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley nacional (22.278) que legitima los procedimientos tutelares en todo el territorio de nuestro país. Sin embargo, en razón de la coyuntura que atravesaba la Argentina respecto a la falta de control del poder punitivo y abusos por parte de las fuerzas de seguridad, el tribunal dio un paso al costado y evitó cuestionar la normativa criticada.

En el presente caso, la fundación Sur interpuso un hábeas Corpus colectivo a favor de todos los menores no punibles privados de su libertad en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires.

²C.S.J.N., “García Méndez, Emilio y otra”, fallos 331:434 (2008), L.L. 14/04/2008, 11 y JA 2008-II, 726.

Solicitando además la inconstitucionalidad de la norma que regula (ley 22.278) estos procedimientos tutelares que no se condicen con los estándares internacionales. La Cámara Nacional de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 22.278 (el cual permite la disposición discrecional del menor no punible que se encuentre en conflicto con la ley penal) y ordenó la libertad en forma progresiva de todos los menores privados de su libertad. Es así que el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema De Justicia. En el año 2008 la Corte primeramente dispuso la suspensión de la ejecución de la sentencia que se apeló.

Es entonces, que la Corte entendió que si bien es notorio que existen tensiones entre el régimen penal de la minoridad y la Constitución Nacional, esto no le adjudica la potestad a los jueces, de crear jurisprudencialmente un régimen general que sustituya el actual. Por otra parte, entendió que la liberación de los menores pondría en peligro su integridad, porque implicaría colocarlos en una situación más gravosa que en la que se encontraban internados (esto en virtud de la situación coyuntural del país caracterizada por gran cantidad de casos de “gatillo fácil” contra menores de edad). De esta manera el máximo tribunal de nuestro país evitó pronunciarse sobre la constitucionalidad de la normativa, en cambio si exhortó a los tres poderes del Estado a desarrollar un proceso de adecuación de las normas penales juveniles, a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales.

3. Fallo Maldonado³

En el caso bajo análisis, más allá de que se trata de un menor punible (mayor de 16 años), en virtud de un recurso interpuesto por el Fiscal General, el máximo tribunal de la nación

³C.S.J.N., “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174—”, fallos 238:4343 (2005).

en unas pocas líneas expresa su opinión sobre los eufemismos utilizados para someter a los menores de edad a similares penas que se imponen a los adultos.

El Tribunal de Menores número 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires condenó a Daniel Enrique Maldonado a catorce años de prisión por ser autor del delito de robo agravado por el uso de armas, en concurso real con el delito de homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad. Es así que el Fiscal General interpuso recurso de casación debido a que el mismo entendió que Tribunal había mal interpretado en el artículo 4 de la ley 22.278.

Una de las cuestiones más enriquecedoras del presente fallo, es la visión que nos brinda del sistema penal juvenil, refiriéndose al mismo como “lo más censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares". Estas medidas, materialmente, han significado, expresa literalmente A Corte, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la "libertad ambulatoria", aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias”.

La Corte además reflexiona y advierte que partiendo del presupuesto de que los menores poseen los mismos derechos que los adultos, de dicha premisa no resulta que los menores deban ser tratados de igual forma que los infractores adultos de la ley penal.

Tanto la cuestionada ley 22.278 y la Convención de Derechos del Niño, surge, que el sistema penal está orientado al análisis de las posibles consecuencias de la aplicación de la pena, más específicamente, busca evitar que la pena privativa de libertad posea efectos negativos para el condenado, pudiendo serle más dificultosa su reinserción social.

4 Caso P., G. M. y P., C. L⁴

En el presente fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresa la imposibilidad de los menores impúberes (en ese momento, menores de 14 años) de designar un patrocinador letrado en virtud de su incapacidad prevista por el entonces vigente Código Civil. Opinión que permite interpretar “contrario sensu” la capacidad de hacerlo por parte de los mayores de 14 años. Así hoy, con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la doctrina en forma unánime entiende que dicha facultad se extiende a los mayores de 13 años de edad (adolescentes), en virtud de la redacción del art. 25 de este cuerpo normativo.

Es un importante precedente respecto al derecho de contar con un abogado patrocinante por parte del menor no punible.

Los hechos en cuestión son los siguientes:

Con referencia a los hechos, se debe afirmar que G.M.P. y C.L.P. nacidos en el año 2000 y 2002 respectivamente. La madre inicia todas las actuaciones debido a que tanto ella como los menores se encontraban en un estado de desamparo. Es así que en el año 2005, los niños ingresaron en el hogar “Adand”, recibiendo llamados telefónicos de su madre, debido a que la misma estaba esperando su tercer hijo. En el año 2006, la Jueza decide el egreso del hogar de los menores, y su reintegro al seno familiar, entendiendo que la situación

⁴ C.S.J.N., “P. G. M. y P. C. L. s/ protección de persona” Causa: P. 195. XLVII (2012).

mejoró. En el año 2007, los menores ingresaron al Hogar “Padre Ángel García” en donde recibían visitas diarias de su madre. De esta manera los menores continuaron su peregrinar por diversos centros asistenciales, hasta que los mismos expresaron su deseo de volver a vivir junto a su madre lo que llevó a una serie de cuestionamientos sobre la viabilidad de que los mismos puedan designar por sí a un patrocinio letrado. Si bien se reconoce la relevancia de los Tratados Internacionales y la ley 26.061, que le otorga una importante facultad de autonomía, explica que el plexo normativo es un todo, que debe ser interpretado de una manera armónica por lo cual fundamenta su resolución afirmando:

“En virtud de la interpretación propuesta, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia. De acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho. No pueden, por sí mismos, administrar sus bienes, disponer de ellos ni celebrar contratos, estando a cargo de sus representantes legales, padres o tutores, la realización de todos esos actos (art. 54, inc. 2º, del Código Civil). En consecuencia, los niños G.M. y C.L. no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos como sería la designación o remoción de un letrado patrocinante”.

5 Caso G.D.F. y O.⁵

⁵C.N. de Apelaciones En Lo Criminal y Correccional Federal, Capital Federal Sala “G.F.D. y O. s/ expediente tutelar”. Sentencia: 39520, del 6 De Diciembre de 2006.

En el supuesto bajo análisis se declara la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley nacional 22.278, en razón de tratar de igual manera (bajo el régimen tutelar) tanto a menores en situación de abandono como a menores en conflicto con la ley penal.

Establece el Tribunal que se declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 1 de la ley 22.278, en relación a sus párrafos segundo, tercero y cuarto, además del artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación respecto a sus párrafos segundo y tercero, todo lo expresado debido a que estas normativas tutelares no logran distinguir entre situaciones de desprotección, desamparo o abandono de la consiguiente persecución y juzgamiento de delitos penales. Expone el Tribunal:

“De esta forma y atento la confusión en que incurre, habilita el internamiento de niños sin que hayan cometido una falta, vulnerándose las garantías de las que goza toda persona sujeta a proceso penal, sin importar la edad, y en plena contradicción con la Convención Sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional según las condiciones de su vigencia -cfr. art. 75, inc.22 C.N”.

6 Fallo Mendoza ⁶

En el caso en cuestión el Estado Argentino fue demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación a disposiciones previstas por la Convención Sobre los Derechos del Niño. Así la Corte Interamericana termina ordenando, al Estado Argentino, la adecuación de su derecho interno a los estándares internacionales en materia penal juvenil.

Los hechos son los siguientes:

⁶Corte I.D.H., Caso Mendoza y otros vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, N° 260.

Se condenó a las penas de cadena perpetua (César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández y Saúl Cristian Roldán Cajal) y reclusión perpetua (a Claudio David Núñez) por delitos que cometieron cuando eran niños. La Comisión Interamericana y la representante consideraron que la ley 22.278 no respeta los derechos y obligaciones establecidas en la Convención Interamericana, debido a que viola lo referido a las penas aplicadas a menores.

Por su parte, el Estado Argentino sostuvo lo siguiente: “resulta erróneo sostener que Argentina cuenta con un régimen penal juvenil que en lo atinente a la aplicación y ejecución de penas resulta contrario a los postulados del derecho internacional”.

Afirmó por tanto, que la legislación vigente en materia penal juvenil se adecua a estándares internacionales requeridos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Además alegó que con la sanción de la ley 26.061 se garantiza que la ejecución penal de mayores solo puede ser aplicada por analogía en beneficio del niño, menor o adolescente.

La Corte recordó que el artículo 2 la Convención Americana impone la obligación a los Estados parte de adecuar sus normativas internas a lo establecido por la Convención. En la sentencia el Tribunal sostuvo que Argentina violó el artículo 7.3 de la Convención al aplicarles condenas de prisión y reclusión perpetua por un delito cometido cuando los mismos eran menores.

La ley bajo la cual fueron juzgados (22.278) fue creada durante la última dictadura militar argentina, en ella se regulan aspectos de la imputación de delitos penales a menores y se establecen las medidas que el juez puede tomar antes y después de dicha imputación. Es así que el artículo 4 de la ley, deja un amplio margen discrecional al juez para poder imponer a los menores las misma severas penas que para los adultos. Por otro lado las consideraciones del juez, no solo se basan en el delito en sí, sino en otros aspectos que

hacen referencia a la personalidad del menor (como por ejemplo los antecedentes del menor).

Es así en palabras propias de la Corte se expuso:

“Al momento de los hechos el artículo 13 del Código Penal de la Nación contemplaba la libertad condicional para las personas sancionadas con prisión y reclusión perpetuas, luego de cumplidos 20 años de condena (supra párr. 154). Al respecto, como ya lo estableció el Tribunal en esta Sentencia, dichas sanciones son contrarias a la Convención, ya que este período fijo luego del cual podría solicitarse la excarcelación no toma en cuenta las circunstancias de cada niño, las cuales se van actualizando con el transcurso del tiempo y, en cualquier momento, podrían demostrar un progreso que posibilitaría su reintegración en la sociedad. Adicionalmente, el período previsto por el artículo 13 mencionado no cumple con el estándar de revisión periódica de la pena privativa de libertad (supra párrafos. 163 a 164)”.

Por todo lo antedicho, la Corte resolvió que el Estado argentino incumplió con la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, de acuerdo a lo establecido en los artículos 7.3 y 1.9.

De esta manera, la Corte ordenó al Estado argentino:

Ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados en la Sentencia en materia de justicia penal juvenil y diseñar e implementar políticas públicas para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes; (iv) asegurar que no

se vuelva a imponer la prisión o reclusión perpetuas a quienes hayan cometido delitos siendo menores de edad, y garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas; (v) adecuar su ordenamiento jurídico interno a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”, entre otras cuestiones.

Conclusiones parciales

De los fallos analizados puede aseverarse que la situación del sistema penal juvenil a nivel Nacional, no se adecua a los estándares mínimos internacionales y que además requiere una pronta modificación. Puede observarse, que algunos tribunales declararon la inconstitucionalidad de las normativas violatorias, mientras otros, como en el caso García Méndez la Corte evitó pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley, argumentando la inseguridad jurídica que esto causaría. Sin embargo en todas las sentencias estudiadas, surge la brutalidad del sistema penal juvenil, que cierne su mirada en la figura del menor, y no en el delito en sí. De manera que se juzga a los niños, con la misma rigurosidad y penas que a los adultos. Situación claramente contraria a la Convención Sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales a los que adhirió nuestro país. Es ineludible hacer referencia además, que si bien muchas de las medidas “tutelares” implican la internación en centros de los menores, estos lugares muchas veces no son muy distintos de las unidades penitenciarias, en cuanto a sus condiciones indignas y deplorables.

Es así como, en cada uno de los casos expuestos, las interpretaciones del sistema tutelar nacional puede replicarse respecto del régimen penal de menores no punibles vigente en la Provincia de Córdoba.

Estimo necesario poner especial énfasis en la condición de vulnerabilidad de los menores, los cuales gozan de todos los derechos y garantías de los adultos. Y debido a su particular condición, el Estado debe procurar con mayor énfasis todas las medidas necesarias para evitar la vulneración de sus derechos. Parece muy desacertado que las directrices del Estado estén dirigidas a incriminar menores y condenarlos con la misma rigurosidad que a los adultos.

Conclusiones

Finales

El régimen penal de la minoridad es uno de los exponentes de mayor relevancia que nos permiten evaluar las condiciones del Estado de Derecho de un país. Es así que al respecto, existen dos miradas claramente diferenciadas. Una, dirigida hacia una clara incriminación del menor, denominada “tutelar”, que se encarga de disponer del menor, transformándolo en un mero objeto de derecho. La otra, llamada “protección integral del menor”, prevé justamente lo contrario: que el menor sea sujeto activo de derecho y que al momento de su juzgamiento, se le garanticen todos los derechos y principios propios del debido proceso.

La ley 22.278/22.803 establece en su articulado que las personas menores de dieciséis años, al momento de cometer el delito, no son punibles. Tampoco lo son aquellos que al momento de cometer el hecho no tuvieran dieciocho años, cuando el delito en cuestión sean de acción privada o reprimido con pena privativa de libertad que no excede de dos años, con multa o con inhabilitación. Ahora bien, dicha ley prevé que si se trata de un menor de dieciséis años y se encuentra en una situación de abandono, falta de asistencia, peligro moral o material, o problemas de conducta, el juez puede “disponer” definitivamente de ellos. Este articulado fue arduamente discutido y cuestionado por la doctrina nacional, toda vez que, le brinda al juez amplias potestades discrecionales para decidir cuál será la medida aplicada al menor.

Con la reforma constitucional del año 1994, se elevan a jerarquía constitucional diversos tratados internacionales, como la Convención Sobre los Derechos del Niño (1989), constituyendo lo que se denomina como “bloque de constitucionalidad”, de modo que todos ellos poseen desde entonces, jerarquía constitucional. Dicha Convención, establece estándares mínimos de justicia penal minoril, a los cuales deben ajustarse todos los Estados adherentes. Es así, que uno de las disposiciones más relevantes de dicha regulación es el

artículo 40, el cual garantiza el debido proceso a menores acusados de ser responsables de un delito. Establece así, las garantías de derecho de defensa, su presunción de inocencia, el principio de legalidad, la imparcialidad del juez, etc. De esta manera se puede dilucidar que el articulado de la ley 22.278, es claramente contrario a lo establecido en el tratado, por cuanto vulnera diversos principios en él previstos.

En el año 2005, se sanciona la ley nacional 26.061, de “protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”. Esta legislación estaba orientada a adaptar la legislación nacional a los parámetros usados y exigidos a nivel internacional en la materia. Dicho cuerpo normativo prevé entre otras cosas, la “capacidad progresiva del menor”, de modo que el mismo puede ser oído y su opinión tenida en cuenta. Es así que el niño cambia su posición de modo que se vuelve un sujeto activo en el proceso. Debido a ese cambio de paradigma, es que la Provincia de Córdoba sanciona la ley 9.944, destinada a regular y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y así adaptarse a la normativa nacional.

La ley provincial en su primera parte (del artículo 1 al 81), adecua la intervención del Estado frente a las vulneraciones que se den a los derechos de menores.

A partir del artículo 82, se hace referencia al procedimiento penal juvenil, en donde se replica lo establecido en la antigua ley 9.053, con la diferencia que fija la creación de Fiscales Penales Juveniles para los menores punibles(articulado de la ley que ha sido prorrogada en su implementación debido a carencias presupuestarias).

Ahora bien, respecto a los menores no punibles, en su artículo 87 (en concordancia con el art. 94), la ley faculta con potestades discrecionales al juez para aplicar medidas provisorias, que pueden involucrar la privación de libertad del menor, mediante la constatación de requisitos que no se refieren al hecho delictivo sino a las características de

la personalidad del menor. Encuadrando, el articulado en cuestión, en rasgos del derecho penal de autor.

Aclaradas todas esas cuestiones, se está en condiciones de responder la pregunta de investigación de este trabajo.

¿Es constitucional la ley provincial 9.944, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño?

La ley 9.944 vigente en materia penal juvenil, ***es inconstitucional***, debido a que vulnera las garantías establecidas en el art.40 y 12 de la Convención De Derechos del Niño.

Se está en condiciones de analizar entonces, porqué estimo que vulnera las garantías plasmadas en dicho tratado.

El principio de presunción de inocencia, se vulnera cuando la ley provincial prevé en su art. 87 (en concordancia con el art. 94) las medidas provisionales que el juez de menores puede disponer en base a su discreción (entre las cuales se encuentra la privación de la libertad) sin que se declare la culpabilidad del menor en un hecho delictivo.

Se viola el principio de legalidad por medio del mismo artículo (87 en concordancia con el 94), cuando para resolver la disposición del sujeto, el juez de menores, toma en cuenta factores que consideran más la personalidad y calidad del menor, que el hecho delictivo en sí, independientemente de la tipificación de un delito. Esto se agrava si se tiene en cuenta que muchas veces, la duración de la privación de la libertad no está expresamente determinada, sin más límite que el cumplimiento de la mayoría de edad por parte del sujeto.

Se vulnera el debido proceso tanto para los menores no punibles, que son sujetos a medidas asistenciales, como para los menores punibles (dado que no se cumple lo establecido en la ley respecto a la creación de Fiscalías Penales Juveniles y Cámaras Penales Juveniles), ya que no existe una clara diferenciación de las secuencias de acusación, prueba y

juzgamiento, y ello como consecuencia de la falta imparcialidad del juez, en virtud de las facultades discrecionales descriptas que el mismo posee. La falta de acusación en el proceso, debido a que el mismo es dominado prevalentemente por el juez, la falta de publicidad, anteponiendo la privacidad del menor antes que la publicidad propia de todo Estado de Derecho y la falta de período probatorio, son falencias no solo groseras sino demasiado gravosas en la ley penal provincial.

Se viola el derecho de defensa cuando el art. 91 restringe la facultad del menor no punible, de contar con asistencia letrada particular sólo cuando le fuere provista por sus padres o encargados.

Por otra parte, considero destacable el advertir que brindar asistencia jurídica implica además de una defensa oficial, la existencia de organismos que orienten al menor durante el proceso.

Las opiniones jurisprudenciales expuestas en el trabajo son perfectamente aplicables a las situaciones de menores en conflicto con la ley penal de la Provincia de Córdoba, y se puede advertir, se condena a menores no punibles a la pena de prisión bajo el velo de medidas asistenciales. Un fallo emblemático en esta cuestión es el dictado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mendoza y otros”, en el cual condena al Estado Argentino por incumplir las disposiciones de diversos tratados internacionales a los que adhirió.

Considero imperante la necesidad de adecuar la legislación provincial a estándares mínimos internacionales, debido a que la ley vigente continua vulnerando de las garantías de los menores en el proceso. La transformación legislativa debe ser acompañada de políticas que impliquen evitar la criminalización de menores, otorgándoles igualdad de oportunidades y real protección de sus derechos.

Se debe atender a la condición de vulnerabilidad en la cual se encuentra el menor, procurando que el mismo pueda ser juzgado mediante un proceso, en el cual se le respeten todas las garantías. Resulta incomprensible, como se juzga mediante un proceso más gravoso, y carente de muchas garantías constitucionales, a los menores de edad.

En el respeto de todas las garantías del proceso, es que se protege la dignidad del menor. El Estado tiene la obligación de asegurar el bienestar y el desarrollo integral de todos los niños, incluidos aquellos a los cuales se les aplica la ley penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEGISLACIÓN:

- Ley 10.903 “Patronato de Menores”, Honorable Congreso de la Nación Argentina, sancionada el 21/10/1919.
- Ley 11.179 “Código Penal”, Honorable Congreso de la Nación Argentina, sancionada el 20/11/1921.
- Ley 22.278 “Régimen Penal de Menores”, Honorable Congreso de la Nación Argentina, sancionada el 20/08/1980.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20/11/1989.
- Ley N° 23.849, Honorable Congreso de la Nación Argentina, sancionada el 27/09/1990.
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Honorable Congreso de la Nación Argentina, B.O. 26/10/2005.
- Ley 4.873 “Estatuto de la Minoridad”, Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba, B.O. 17/01/1966.
- Ley 8.498 de Procedimiento Correccional de Menores, Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba, B.O. 09/10/1995.
- Ley 9.053 de Protección Judicial del Niño y el Adolescente, Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba, B.O. 04/11/2002.

- Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba, Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba, B.O. 03/06/2011.
- Decreto 415/2006 de Protección Integral de la Niñas, Niños y Adolescentes, B.O. 18/04/2006.

DOCTRINA

- Acosta G. (2008) *Adolescentes En El Sistema Penal UNICEF*. Buenos Aires.
- Anselmino V. (2014) Los menores no punibles. ¿Resulta compatible su situación legislativa con la constitución nacional y tratados internacionales incorporados a ella?. La Plata. *Revista Anales de la Facultad de Cs. Jurídicas de la UNLP*.
- Beloff, M. (2005). Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 6 (1).
Recuperado de:
http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica05.pdf
- Bidart Campos, Germán (2006). “*Manual de la Constitución Reformada*”. Buenos Aires. Ediar.
- Cafferata Nores I. y otros. (2012) “*Manual De Derecho Procesal Penal*”. Córdoba. Advocatus.
- Fellini Zulita. (2007) *Derecho Penal De Menores*. Ad Hoc.
- Ferrajoli. L. (2005) *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta.

- García Méndez, E. (2001). Legalidad y Crisis en la Argentina Actual. *Justicia y Derechos del Niño. UNICEF* (3). Recuperado de http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf
- González Del Solar(2010) “*Delincuencia y Derecho de Menores*”. Buenos Aires. De Palma.
- Informe Justicia Juvenil y DDHH En Las Américas (2011). OEA/SER.L/V/II. Doc. 78.
- Informe Situación De Los Derechos Humanos En Las Instituciones De Privación De Libertad Que Alojan A Jóvenes Menores de 18 Años En Córdoba. (2014). Observatorio De Derechos Humanos de Córdoba.
- Informe Juventud e Identidad. III Congreso Internacional. Tomo II. Recuperado de: <http://www.conadi.jus.gov.ar/>, (04/08/16)
- Marisa Herrera (2015). “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IV*”. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- Menichelli, M.M. (2010). Algunas consideraciones en torno al actual regimen penal de menores. *Revista electrónica Derecho Penal Online*. Recuperado de: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=52,630,0,0,1,0>
- Rivera Beiras, I. (2005).*Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*.Barcelona: Anthropos.
- Terragni Martiniano, (2010). *Justicia Penal de Menores*. Buenos Aires: La Ley.
- Tiffer Sotomayor C. (1994).*Desjudializacion Y Alternativas A La Sanción Privativa de Libertad En La Justicia Penal Juvenil*. San José. ILANUD/DAAD.

- Vélez Mariconde (2012).)”*Manual De Derecho Procesal Penal*”. Córdoba. Advocatus.
- Zaffaroni, E.R. (2003). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.