

**“El derecho de los niños a ser
tratados en forma diferenciada en
el proceso penal”.**

**ALUMNA: LARCHER BOTTURI STEPHANIE A.
CARRERA: ABOGACÍA
AÑO: 2014**

Resumen

El menor de dieciocho años que infrinja la ley penal, deberá responsabilizarse por su accionar. Como consecuencia del ilícito, tendrá que cumplir con la medida dispuesta por el juez. Como así también, se deberá garantizar en el proceso penal el pleno goce de sus derechos fundamentales.

Nos pareció interesante estudiar al menor en sus diversos aspectos, uno de ellos fue la causa que influye en su actuar ilícito. Y como resultado obtuvimos, diferentes factores, que resultó, en definitiva, el estado de vulnerabilidad del niño.

A causa del estado de vulnerabilidad del menor, se estudió el Régimen Penal Minoritario, regulado actualmente por la Ley 22.278. Y en base a la investigación de dicha ley, concluimos que es netamente arbitraria, contradictoria, y que carece de sustento, ya que, no enuncia ni menciona la protección integral del menor con relación a la pena.

Este resultado nos llevó a explorar el contenido de la Convención Interamericana de los Derechos del Niño. Y, ante el análisis entre (CIDN y Ley 22.278), advertimos un conflicto de jerarquía, ya que la Ley 22.278, contradice lo establecido por la CIDN, la que tiene jerarquía constitucional por encontrarse en el Art 75 inc. 22.

Para fundamentar la controversia entre el contenido de las mismas, fue necesario poner como evidencia fallos jurisprudenciales que ilustraron la contradicción entre el Art 1 y 2 de la Ley 22.278 y el Art 37 inc. b de la ley CIDN.

Por lo mencionado anteriormente, se cuestionó la inconstitucionalidad de la aplicación de la reclusión perpetua a los menores de 18 años. Y se concluyó que esta resolución, es aberrante y contraria a lo que establece el artículo 37 inc. b de la CIDN, ya que el mismo contempla que la prisión de un niño se utilizará como último recurso y por el tiempo más breve que proceda.

Por todo ello, como resultado de la investigación, se planteó la necesidad de un nuevo modelo, a los fines de obtener un sistema adecuado de protección penal para el niño, que necesariamente contemple un tratamiento especial, que incorpore y priorice sus derechos y un régimen más severo para los adultos que introduzcan y/o influyan en su actuar ilícito.

En definitiva, los derechos amparados por la Convención, han influido en nuestra postura, a los fines de proponer un cambio legislativo para evitar toda violación en contra del niño. En ese sentido, ante la situación conflictiva del menor con la ley

22.278, se debería presentar un proyecto de ley, a los fines de una urgente respuesta. Ya que, no podemos seguir esperando. Esperar, implicaría seguir perjudicando al menor con el régimen actual.

Abstract

The under eighteen who violates the criminal law, should take responsibility for their actions. As a result of the crime, will have to comply with the measure taken by the judge. As well, it must be ensured in criminal proceedings the full enjoyment of their fundamental rights.

We found it interesting to study the child in its various aspects, one of which was the cause that influences their wrongful act. And as a result we obtained different factors, which resulted, ultimately, the state of vulnerability of the child. Because of the state of vulnerability of the child, Minority Regime Criminal, currently regulated by Law 22,278 was studied. And based on the research of the Act, we conclude that it is purely arbitrary, contradictory, and lacking support because, not state or describe the comprehensive protection of children in relation to it. This result led us to explore the contents of the Inter-American Convention on the Rights of the Child. And to the analysis of (CRC and Law 22,278), we note a conflict of hierarchy, as Law 22,278, we contradict the provisions of the CRC, which has constitutional status for being in the Art 75 inc. 22.

In support of the dispute between the contents thereof, and evidence was necessary to court rulings that illustrated the contradiction between Art 1 and 2 of Law 22.278 and Art 37 inc. b law of the CRC.

As mentioned above, the constitutionality of the application of life imprisonment for those under 18 years questioned. And it was concluded that this resolution is absurd and contrary to the provisions of Article 37 inc. b of the CRC, since it is contemplated that the imprisonment of a child shall be used as a last resort and for the shortest appropriate period of time.

Therefore, as a result of the investigation, raised the need for a new model, in order to obtain an adequate system of criminal protection for the child, which necessarily contemplates special treatment, to incorporate and prioritize their rights and a system more severe for adults to introduce and / or influence their wrongful act.

In short, the rights under the Convention have influenced our position, in order to propose a legislative change to avoid any violation against the child. In this regard, given the conflicting situation of the child with the law 22.278, should present a bill for the purpose of an urgent response. Since, we can not keep waiting. Wait, would further injure the child with the current regime.

ÍNDICE

Introducción	6
Capítulo I. Aspectos generales. El menor en materia penal	
1.1 Introducción.....	9
1.2 Distinción entre menores punibles y no punibles	11
1.3 Punibilidad diferenciada para menores de edad.....	14
1.4 Conclusión.....	17
Capítulo II. Análisis comparativo entre la Ley 22.278 y la Convención Interamericana de Derechos del Niño	
2.1 Introducción.....	18
2.2 Conflicto de jerarquía entre una ley nacional y los pactos internacionales suscriptos por nuestro estado, quienes tienen supremacía constitucional.....	19
2.3 Inconstitucionalidad del sistema penal actual de los menores. ¿Es legal aplicar prisión perpetua a los niños?.....	21
2.4 Desconocimiento de los principios constitucionales de la ley 22.278.....	23
2.5 Conclusión.....	25
Capítulo III. La Responsabilidad Penal de los Menores	
3.1 Introducción.....	26
3.2 Causa: Estado de vulnerabilidad.....	27
3.3 Influencia de los adultos en el actuar delictivo del menor.....	29
3.4 Conclusión.....	31
Capítulo IV. El Proceso Penal del Menor	
4.1 Introducción.....	32
4.2 Principios de debido proceso y derecho de defensa.....	33
4.3 Medidas Tutelares.....	36
4.4 Privación de libertad.....	40
4.5 Conclusión.....	42

Capítulo V. Sistema de protección penal adecuado para niños, niñas y adolescentes

5.1 Introducción.....	44
5.2 La responsabilidad ante el hecho ilícito en equilibrio con los Derechos Fundamentales del niño.....	45
5.3 Análisis de los instrumentos internacionales aplicables al derecho penal juvenil.....	49
5.4 La aplicación de la prisión perpetua a los menores de 18 años.....	52
5.5 Conclusión.....	54

Capítulo VI. Análisis jurisprudencial

6.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Bulacio vs. Argentina (2003).....	55
6.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Mendoza y Otros c/ Argentina"(2013).....	60
6.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Penitenciarias de Mendoza (2004).....	65

Consideraciones Finales.....	67
-------------------------------------	-----------

Bibliografía.....	70
--------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

Ante un hecho delictivo cometido por un menor de 18 años en Argentina la Ley 22.278 efectúa una distinción entre menores punibles y no punibles, pero no enuncia, ni menciona la protección integral del menor en relación con la pena.

Es decir que actualmente el Régimen Penal Juvenil que establece la ley 22.278, no hace referencia a ninguno de los derechos fundamentales con los que están amparados los menores por nuestra Constitución Nacional y en especial por la Convención de los Derechos del Niño.

Según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria la ley mencionada provoca estragos jurídicos por contraponerse a la CIDN, la que se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica y en consecuencia tiene supremacía constitucional.

A nuestro parecer este conflicto de jerarquía entre la CIDN y la ley 22.278 es a causa de la falta de adaptación legislativa, ya que los pactos internacionales han sido incorporados a nuestra constitución y la ley mencionada continua vigente, omitiendo la protección integral del menor.

Cabe destacar por lo expresado anteriormente que en Argentina existen antecedentes jurisprudenciales que demuestran a toda luz que se han violado los derechos del niño, sin respetar a la CIDN que tiene jerarquía mayor que cualquier otra ley^{1,2} Entonces, nos preguntamos ¿Desconoce la Ley 22.278 lo establecido por la Convención Interamericana de los Derechos del Niño?

Para dar respuesta a este interrogante, el objetivo esencial de este trabajo es analizar el conflicto de jerarquía entre la ley vigente que rige el sistema penal del menor y la ley suprema que protege los derechos del niño a los fines de dar una respuesta al vacío legal en materia penal de los niños con el fin de protegerlos con los derechos fundamentales.

Asimismo nuestra pretensión es; 1) reconocer en el menor infractor los principios constitucionales de debido proceso y de inocencia. 2)- identificar las causas que llevan a delinquir al menor, con el fin de sancionar una norma que castigue al mayor que utiliza al niño para cometer el ilícito. 3)- advertir el conflicto de jerarquía entre los Arts. 1 y 2 de la Ley 22.278 y el Art. 37 inc. b de la CIDN 4)- implementar un proyecto de ley en base al paradigma de la protección integral del niño, es decir, un

¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Bulacio vs. Argentina " (2013).

²Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Mendoza y Otros c/ Argentina" (2007)

sistema de mínima intervención, que utilice como último recurso y de manera excepcional la privación de la libertad, tal como lo establece la ley penal juvenil de la provincia de Buenos Aires³, que resguarda los derechos establecidos por la CIDN. 5)- buscar una respuesta acerca de cómo operan en equilibrio los derechos y la responsabilidad penal del menor. A los fines de suprimir o modificar la ley creada en el gobierno de facto, para así adecuarla al gobierno democrático y respetando la ley de jerarquía constitucional. 6)- adoptar criterios y valoraciones a los fines de poder aportar un régimen específico de tratamiento del niño infractor, que lo proteja con los derechos propios del niño, en virtud de lo establecido en la Convención.

Consideramos que los niños, niñas y adolescentes merecen ser tutelados jurídicamente por la ley 22.278 con los derechos establecidos por nuestra Carta Magna y específicamente el sistema procesal actual del menor debería respetar lo establecido por la Convención Interamericana de los Derechos del Niño ya que *“el niño no es objeto de protección, sino que es un sujeto responsable, y por lo tanto, es un sujeto con sus garantías plenas”* (UNGARO, 2008, pág. 10). Es por ello que proteger al menor con las garantías constitucionales ante el castigo impuesto como consecuencia de su actuar delictivo es el objetivo de este trabajo, como así también marcar la diferencia del proceso penal entre un menor y un adulto, para así tomar conciencia del estado de vulnerabilidad en que se encuentran los niños y la influencia que tienen los adultos en su actuar ilícito.

En definitiva, el régimen de justicia penal de niños, niñas y adolescentes (Ley 22.278) en el marco de la protección de los derechos del niño (CIDN) ante el conflicto de jerarquía que surge entre estos dos sistemas, lo que se pretende lograr en esta investigación es una mayor tutela jurídica para el menor de 18 años y como consecuencia suprimir la contradicción entre los Art 1 y 2 de la Ley 22.278 y el Art. 37 inc. b de CIDN.

Por lo tanto el trabajo final de graduación se dividirá en seis capítulos. En la introducción trataremos el problema de investigación, objetivos, hipótesis y fundamentación del tema en conflicto a investigar. En el primer capítulo se intentará profundizar sobre los aspectos generales de la temática, a los fines de conocer los conceptos en profundidad que abordarán esta tesis. En el segundo capítulo se realizará un análisis entre la ley 22.278 y la CIDN para dar respuesta al conflicto de jerarquía. En

³ Ley de promoción y protección integral de los derechos de los niños, de la provincia de Buenos Aires. N° 13.634.

el tercer capítulo se hará hincapié en la responsabilidad penal del menor ante la comisión de un hecho delictivo, aquí se pondrá en juego la incidencia de los adultos en el actuar del menor. En el cuarto capítulo estudiaremos el proceso penal del menor, para así poder en el quinto capítulo demostrar la necesidad de un sistema de protección adecuado para niños, niñas y adolescentes. Por último en el sexto capítulo analizaremos los fallos más importantes que ilustrarán este trabajo.

Capítulo I- Aspectos generales. El menor en materia penal

1.1 Introducción

El menor de edad objeto de nuestro análisis está definido por la Real Academia Española como aquel que no ha llegado a la mayoría de edad.

En virtud de lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño se considera menor según lo dispuesto por el Art. 1: *“...se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

Atento a que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en un estado de vulnerabilidad evidente, especialmente en el ámbito psíquico, es relevante el lugar que ocupan en la legislación, el que se pone de manifiesto a través de normas que regulan “el interés superior del menor”, el cual será objeto de las decisiones del juez.

Existen casos⁴ que demuestran la necesidad de protección del menor ya que estos niños pasan más tiempo en la cárcel que el tiempo que llevan de vida. Es por ello que el reconocimiento de la protección es tan importante y que el mismo, de llevarse plenamente a cabo en el procedimiento penal, recaerá no solo en beneficio de los mismos sino también en el interés público de la sociedad de que ellos serán parte en un futuro.

Nuestra pretensión es por lo tanto el mayor cuidado, protección y atención del menor, porque de lo contrario, si es privado de su libertad, durante el tránsito de la adolescencia y hasta llegar a la edad adulta, acarrearía para su vida perjuicios en el desarrollo de su persona, como privarlo de familia, de la educación, socialización, así también frustraría sus expectativas de vida, aspiraciones, sueños y proyectos. Todo lo cual se evita con asistencia, contención y presencia en relación con las necesidades e inquietudes del niño y su familia.

En Argentina la tutela del niño está plasmada en la Carta Magna con la reforma de (1994) y se incorpora con jerarquía constitucional al Art 75 inc. 22, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que luego es ratificada por la ley 23.054,

⁴Cámara Nacional de Casación Penal, “Maldonado, Daniel Enrique y otros s/ recurso de casación” (2003). Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Mendoza y Otros c/ Argentina” (2007).

como así también la CIDN⁵ que protege la situación de los menores en el proceso penal. (MONTALTO, 2006, pág. 125 y 126)

Cabe destacar que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994, manifestó que es aplicable la Convención de Viena, que otorga primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. ⁶Así, el artículo 27 de la Convención sostiene: “*Una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”. Actualmente, el artículo 75, inciso 22 sostiene que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

Sin embargo, la norma nacional, esto es, el decreto- ley 22.278, que sancionó el 28 de agosto de 1980 el gobierno de facto, llamado Régimen Penal de la Minoridad, “*consagra un verdadero derecho penal de autor, que coloca jurídicamente a los menores en un estado de vulnerabilidad*” (UNGARO, 2008). Ello, en virtud de que sigue los lineamientos del paradigma de la situación irregular, que interpreta al menor como un objeto que genera “peligro” a la sociedad y no como un sujeto de derecho.

Es menester destacar que con la ley señalada anteriormente los menores conviven en conflicto, ya que la misma carece de la protección integral que el niño merece en el tratamiento del proceso. Si bien es cierto que debe castigarse al menor ante la comisión de un hecho delictivo pero jamás deberá dejarse de lado a los derechos fundamentales plasmados en la Constitución Nacional y específicamente lo establecido por la Convención Interamericana de los Derechos del Niño.

El ideal jurídico es un equilibrio entre los derechos y las obligaciones ante la comisión de un hecho que infrinja la ley, pero la dura realidad en la práctica penal es otra, ya que contamos con una ley desactualizada, arbitraria y contradictoria.

⁵Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶CSJN “Ekmekjián, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y Otros”, 1992.

1.2 Distinción entre menores punibles y no punibles.

A los fines de modificar el Régimen Penal Minoritario, es conveniente en primera medida conocer minuciosamente cómo es la justicia actual de los menores de dieciocho años. Y por lo tanto debemos diferenciar dos situaciones en relación a los menores en razón de su edad.

En cuanto a los menores no punibles: el Régimen Penal de Minoridad (Ley 22.278) establece en el Art 1: *“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 inhabilitación. 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 ordenara los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se 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.”*

En virtud de lo establecido por el Art. 1 de la Ley 22.278, desentrañaremos que quiso decir el legislador al redactar dicho artículo y cómo es aplicado en la práctica penal con fallos que ilustrarán la acción ilícita cometida por el menor.

En relación a los menores de dieciséis años de edad imputados de cometer un hecho delictivo, el artículo señala que es la autoridad judicial quien debe realizar tanto la comprobación del delito como así también tomar conocimiento directo con el menor y con sus padres, tutores o guardadores. Por consiguiente ordenará informes que detallarán su personalidad y las condiciones en la que se encuentre el niño.

Ello significa que el juez podrá disponer de: a)- la adecuada custodia y ello para procurar una correcta formación mediante su protección integral. b)- la restricción al ejercicio de la patria potestad dentro de los límites impuestos y cumpliendo lo ordenado por la autoridad judicial. c) el discernimiento de la guarda cuando así correspondiere. No señala un plazo, sino establece cuando el niño o niña alcanza la mayoría de edad. (BELOFF, 2013)

Podemos advertir por lo señalado anteriormente la absoluta discrecionalidad que la ley 22.278 otorga a los jueces respecto a las medidas y al procedimiento contra el niño no punible, es decir le confiere total potestad a los jueces de ordenar medidas, pero en la norma sería conveniente incorporar específicamente qué medidas tendrá que ordenar el juez ante el delito cometido por el menor no punible.

Ahora bien, ¿Por qué el niño se encuentra en conflicto y desamparado por esta ley? Según opinión de Zulita Fellini, 2001, sobre el contenido de la ley 22.278 dice: *consagra un verdadero derecho penal de autor, coloca jurídicamente a los menores en un estado de vulnerabilidad, solo aminorada por la ejemplaridad de algunos jueces en la materia, quienes, merced a su idoneidad, experiencia y permanente actualización en el conocimiento del Derecho logran, en cada caso en concreto, a pesar de esta ley, ejercer funciones tutelares en la mejor acepción que ha tenido el término.* (UNGARO, 2008, pág. 22)

En definitiva ante la comisión de un hecho delictivo los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años no podrán ser sometidos a un proceso penal, pero en caso de ser necesario habrá que considerar alguna medida a adoptar como una especie de corrección ante su conducta.

En relación a los menores punibles: el Art 2 de la ley 22.278 dice: *es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisoriamente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera 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.*

En relación a lo dispuesto precedentemente⁷ en nuestro país se fija como edad mínima de responsabilidad penal los dieciséis años de edad. Una vez cumplida dicha edad se le aplicará al menor un procedimiento especial, tal como se encuentra plasmado en la norma, podrán regir penas privativas de libertad que pueden ser atenuadas en la escala de la tentativa o no, todo ello según la evaluación que haga el magistrado. (BELOFF, 2013).

⁷Régimen Penal de la Minoridad, Ley 22.278 art 2.

En cuanto a lo dispuesto por el Art 4, al que hace referencia el segundo artículo de la ley, haciendo mención a los menores punibles establece: ...” *si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente si fuese innecesario aplicarle una sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inc. 2.*

Es importante esclarecer que solo se puede aplicar una sanción cuando el menor ha sido declarado penalmente responsable en un caso concreto, esto significa que haya cumplido los dieciocho años de edad y previamente sea sometido a un periodo de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario si no hubiere cumplido la mayoría de edad.

Podemos considerar finalmente que en cuanto a los menores de dieciséis años, conforme a lo establecido por el régimen penal de minoridad, excluye la posibilidad de dictar una orden de detención, pero no se excluirá la posibilidad de que en casos de flagrancia, un efectivo policial proceda a la aprehensión por razones de urgencia colocando al niño a disposición de la autoridad judicial, quien luego de examinarlo, ordenará su libertad. Básicamente se impide sancionarlo debido a que someterlo a un proceso penal generará una situación traumática tanto para el menor como para su familia.

Con respecto a los menores entre los dieciséis y dieciocho años, la regla general ante la comisión delictiva será la libertad, ya que la restricción de la misma solo procederá como último recurso y por el periodo más breve que corresponda.⁸

Siguiendo lo establecido por MAIER se puede restringir la libertad del imputado: *”solo cuando la libertad del imputado lleve a un peligro de la realización del proceso o de la aplicación de la ley sustantiva. Y esto se da cuando el imputado obstaculice el proceso, falsifique pruebas, no comparezca, de modo que, como se dijo, se eluda tanto el proceso previo como la sentencia”.* (MAIER, 2001, pág. 510 y ss)

Es importante dejar en claro que el modelo de justicia penal juvenil debería estructurarse sobre los principios de intervención mínima y subsidiaridad, donde la privación de la libertad debe ser la excepción y debería ser aplicada solo en casos de delitos muy graves, con límite de tiempo y por el periodo más breve que proceda.

⁸Convención Interamericana de Derechos del Niño, art 37 inc. b.

1.3 Punibilidad diferenciada para menores de edad

Un problema recurrente en el sistema jurídico es determinar la edad en que los niños, niñas y adolescentes son responsables por su actuar ilícito. Es decir, los menores se encuentran en conflicto con la ley 22.278 ya que tanto la doctrina y la jurisprudencia no coinciden a qué edad correspondería aplicarles medidas correctivas y a qué edad serán inimputables por la falta de comprensión de la criminalidad del acto. En este sentido cabe destacar que los menores de edad siempre han sido considerados como una circunstancia justificativa para la creación de normas y tendrán un criterio excepcional al momento de ser tratados en el caso concreto. (BELOFF, 2013)

A los fines de conocer los conceptos que abordarán esta temática debemos enfocarnos en los presupuestos de la punibilidad.

Los requisitos que subordinan la punición son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En un sentido meramente estricto hablaremos de punibilidad cuando solo la condición para que opere el castigo en un hecho sea típico, antijurídico y culpable. (LASCANO, 2005)

Es conveniente tener en cuenta el factor de discernimiento del menor al cometer el acto ilícito y diferenciarlo de lo establecido por el Código Civil en los Arts. 921 y 1076 que establece que el menor de edad tiene discernimiento para los actos ilícitos a partir de la edad de diez años, en cambio en el ámbito penal el legislador atribuye al niño responsabilidad a los dieciséis años, a esta edad se presume la madurez mental para realizar la acción típica y por lo tanto que el menor se haga responsable por su actuar frente a la ley penal. (MONTALTO, 2006)

Ahora bien, la inimputabilidad excluye a la punibilidad. Es decir, que será eximido de responsabilidad si se dan los requisitos establecidos por el C.P⁹, ellos son: *a) la presencia de un presupuesto biológico es decir insuficiencia de facultades mentales, alteraciones morbosas de estas o estado de inconciencia, b) que el presupuesto biológico incida en el efecto psicológico de inimputabilidad, impidiendo al autor en el momento de cometer el hecho la comprensión de la criminalidad del acto.* (LASCANO, 2005, pág. 483).

El fundamento de la eximente en virtud de la minoría de edad entonces se basará en dos cuestiones; la primera en que existe un tope para la imputabilidad, (son

⁹Código Penal Argentino, art. 34, Inc. 1.

inimputables hasta los 16 años de edad) y segundo es más apropiado para los menores un tratamiento educativo específico con el fin de la recuperación del niño y para ello se requiere tanto el apoyo del seno familiar y del estado, es decir que el mismo garantice la asistencia física, psíquica y legal para lograr dicha recuperación.

Entonces, un sujeto es capaz de ser imputable cuando cuente con las condiciones mínimas que le permitan cumplir con el derecho, esto es la comprensión de la criminalidad del acto y la voluntad de dirigir sus acciones. *Culpable es el que, pudiendo hacerlo no se ha motivado ni por la norma ni por la amenaza penal dirigida contra su violación.* (UNGARO, 2008, pág. 57). En cambio es inimputable cuando tiene incapacidad psíquica que va a limitar la capacidad de autodeterminar la acción y por lo tanto no se puede reprochar la conducta a su autor.

Más allá de la conceptualización anteriormente analizada, es sustancial señalar que, el modelo de justicia de los menores deberá ser acorde a la protección integral de los derechos fundamentales como plenos titulares de derechos.¹⁰

Es decir que todo aquel sujeto menor de 18 años con independencia de cualquier legislación interna de cada país, goza de tutela jurídica ante la comisión delictiva, siendo el límite de edad dispuesto como decisión política criminal de cada ordenamiento jurídico. (UNGARO, 2008)

Por ello, nos parece interesante implementar un modelo de justicia penal juvenil que transforme las normas del régimen actual, en cumplimiento de los lineamientos de: (Las Reglas de Beijing, Reglas de la Habana, las directrices de Riad y en el ámbito nacional la ley 26.061).

Nos parece conveniente destacar al Dr. Méndez, que enumera algunos requisitos mínimos para la construcción de un nuevo sistema. Ellos son:

“1) Los menores de 18 (y mayores de 12) no son penalmente imputables, siendo, sin embargo, penalmente responsables.

2) La responsabilidad penal significa que a los adolescentes (de 12 a 18 años incompletos), se les atribuye en forma diferenciada respecto de los adultos, las consecuencias de sus hechos. El concepto de responsabilidad difiere sustancialmente respecto del de imputabilidad en: a) los mecanismos procesales, b) el monto de las penas (adultos) difiere del monto de las medidas socioeducativas (adolescentes), y c) el lugar físico del cumplimiento de la medida.

¹⁰Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño.

3) *Los menores de 12 años no sólo son inimputables sino que además son penalmente irresponsables. Cuando un menor de 12 años comete un hecho debidamente comprobado corresponde aplicar una medida de protección.*

4) *El adolescente infractor es una precisa categoría jurídica. Sólo es infractor quien ha realizado una conducta previamente definida como crimen, falta o contravención, se le ha imputado la responsabilidad por dicha conducta, se le ha sustanciado un debido proceso y se le ha decretado judicialmente una medida socio-educativa.*

5) *Un sistema de responsabilidad penal juvenil presupone la existencia de una gama de medidas socioeducativas que permitan dar respuestas diferenciadas según el tipo de infracción cometida. En general, esta escala incluye medidas como: a) advertencia, b) obligación de reparar el daño, c) prestación de servicios a la comunidad, d) libertad asistida, e) semi-libertad y f) privación de libertad.*

6) *Un sistema de responsabilidad penal juvenil presupone la existencia de diversos tipos de privación de libertad: a) arresto en flagrancia o por orden judicial, b) detención judicial como medida cautelar, c) detención judicial como medida definitiva de privación de libertad.*

7) *La privación de libertad es una medida de naturaleza estrictamente judicial. Solo puede ocurrir en flagrancia de delito o por orden escrita de autoridad judicial competente.*

8) *La privación de libertad como medida definitiva es una medida excepcional y de último recurso que debería ser solamente el resultado posible de infracciones gravísimas...” (MÉNDEZ, 2004, pág 192,193)*

En definitiva, un sistema de responsabilidad penal juvenil deberá ser construido sobre las bases mínimas mencionadas, con la participación de un órgano judicial garantista, que aplique al menor medidas socio-educativas y utilice sólo como último recurso la privación de la libertad.

Cabe señalar lo mencionado por ZABIAUR: *“El niño es esencialmente sensible. Vive casi exclusivamente para la pena y el placer, ignorante de su destino e incapaz de ejecutar en conciencia nada que lo acerque a él o que lo aleje. Su razón es débil y su razón no es más que un capricho. Mientras un estado tal suscita, es claro que la justicia humana no tiene que desempeñar ningún rol. La inocencia del que se encuentra en ese estado es un hecho que se impone y que prima sobre toda consideración: no hay libertad, no hay razón: la imputabilidad desaparece.” (ZABIAUR, 1884, pág. 36)*

1.4 Conclusión

En definitiva, aspiramos a un sistema adecuado para niños, niñas y adolescentes que contemple un tratamiento especial e incorpore y priorice sus derechos en la norma, ya que el sistema actual de responsabilidad penal juvenil debería tomar en consideración la especialidad de la adolescencia y reconocer tal calidad al responsabilizar jurídicamente al menor. La esencia del proceso penal debería tener un fin meramente educativo que genere en el niño conciencia y arrepentimiento por el hecho delictivo cometido, y como consecuencia de ello pueda reinsertarse en la sociedad.

La ley 22.278 debería respetar acabadamente la Carta Magna y en consecuencia lo establecido por la CIDN que tiene como finalidad proteger el interés del niño. Es por ello que se pone de manifiesto la necesidad de una justicia especializada para el menor que se abordará en el próximo capítulo.

Capítulo II - Análisis comparativo entre la Ley 22.278 y la Convención Interamericana de Derechos del Niño

2.1 Introducción

En el año 1990, delegados de 159 países se reunieron en la sede de las Naciones Unidas (Nueva York) en favor de la infancia. En Septiembre del mismo año, se aprobó un Plan de Acciones el que aspiraba a la protección de los derechos del menor, el que se vio reflejado en la CIDN. A la fecha casi todos los países la han ratificado, con excepción de Estados Unidos. (BELOFF, 2013)

La Convención sobre los Derechos del Niño, por lo tanto es un acuerdo que fue celebrado a nivel internacional por nuestro país y demás Estados a nivel mundial. Ello significa que el contrato firmado entre los países miembros debe ser cumplido y en consecuencia cada Estado deberá respetar los derechos fundamentales de todos los niños, de lo contrario pueden incurrir en responsabilidad muy seria.

Frente a la situación del menor infractor, puede aplicarse la Convención directamente, ya que prevalece sobre el Régimen Penal del Menor Ley N° 22.278 por tener jerarquía constitucional. Entonces, si es susceptible de aplicación por haber sido ratificada y aprobada, nos preguntamos ¿por qué no se aplica la normativa internacional?

En este capítulo analizaremos la CIDN y la Ley N° 22.278 a los fines de dar respuesta de cómo hacer para que la Convención sobre los derechos del niño tenga impacto directo sobre la vida de los menores.

2.2 Conflicto de jerarquía: entre una ley nacional y los pactos internacionales suscritos por nuestro estado, quienes tienen supremacía constitucional.

El sistema penal juvenil está regulado actualmente por el decreto- ley 22.278 sancionado en 1980 durante la dictadura militar, ley que actualmente está provocando estragos jurídicos por contraponerse con la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene supremacía constitucional, ya que emana del Art 75 Inc. 22 de la Carta Magna.

Hace más de quince años que se ratificó la Convención de los Derechos del Niño y aún sigue vigente la Ley del Régimen Penal de Menores, cuya contraposición se pone de manifiesto en la ley 22.278 por la falta u omisión en el contenido de la norma la protección de los derechos del niño.

Las objeciones constitucionales a la ley 22.278: 1) *Habilita a la intervención coactiva del Estado en relación a los niños infractores a la ley penal y aquellos que se encuentran desamparados, sin realizar un tratamiento que los diferencie, previendo, para ambos casos, idénticas formas de intervención.* 2)- *Delega una gran concentración de poder en el magistrado especializado en el fuero de menores, el juez reemplaza la figura paterna y debe compensar asistencialmente las disfunciones familiares, así "podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor que siempre serán modificables en su beneficio"; confiando en su total discrecionalidad.* 3)- *En razón a las facultades discrecionales, la ley no expresa detalladamente cuáles son las medidas que se podrán aplicar, tampoco para qué casos y cuáles son sus límites.* (Ungaro Betina2008, Pág. 20, 21)

Una de las más relevantes objeciones a la Ley 22.278 a nuestro parecer es aquella que afirma que los menores son considerados como objetos de protección y no como sujetos de derechos. En este caso podemos observar cómo se desconocen sus derechos fundamentales y que sin ninguna duda el régimen penal actual juvenil viola aquellos principios que poseen jerarquía constitucional.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue ratificada en 1990 por la República Argentina e incorporada al texto constitucional con la máxima jerarquía en 1994-en el Art 75. Inc. 22.

En este marco de protección integral supranacional se establece que todos aquellos niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos y por lo tanto gozan de los mismos derechos de los adultos, pero cabe resaltar que estos niños también deben

gozar de derechos específicos por su especial condición de persona, ya que están en pleno proceso de crecimiento.

Según la doctrina: *“El régimen penal de minoridad excede ampliamente lo penal, ya que prevé la aplicación de medidas a los menores que se encuentran abandonados o en situación de riesgo, aun ante la inexistencia de un delito, vulnerando los derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución Nacional para todos los habitantes de la Nación”*. (Betina de Ungaro 2008, Pág. 17).

Conforme a lo dispuesto por la Corte Interamericana de derechos Humanos: *ha reiterado que la detención de los niños debe ser excepcional y por el periodo más breve que sea posible. Así mismo entiende que: Hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable, que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento. Obviamente estos niños no quedan inmediatamente privados de sus derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de estos...*¹¹

En definitiva la ley 22.278 se caracteriza principalmente por : 1) la falta de distinción entre los niños infractores de la ley penal y el menor expuesto aún ante la falta de un injusto penal 2) en este régimen tampoco se establece una pena para aquellos adultos que introducen y/o influyen en el actuar ilícito de los menores, ya que el desconocimiento de la norma de esta figura demuestra a toda luces la necesidad de ser incorporada por la legislación en virtud del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran los menores hoy en nuestra sociedad. 3) el desconocimiento de los derechos fundamentales plasmado por la CIDN, ya que si bien es cierto que debe castigarse el delito cometido por un menor pero sin dejar de lado los derechos fundamentales de los que goza plenamente.

¹¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Bulacio vs. Argentina ” (18/09/2013) serie C, N° 100, párr. 135, LL, 204 –A, 684.

2.3 Inconstitucionalidad del sistema penal actual de los menores. ¿Es legal aplicar prisión perpetua a los niños?

Hace más de quince años que se ratificó la Convención de los Derechos del Niño y aún sigue vigente la Ley del Régimen Penal de Menores, cuya contraposición se pone de manifiesto en la ley 22.278 por la falta u omisión en el contenido de la norma de la protección de los derechos del niño.

Es contraria la ley actual del menor porque la misma deja desamparado al niño infractor, sin realizar el legislador un tratamiento específico que lo diferencie de los adultos ya que provee para ambos casos idéntica forma de intervención.

Objetamos la constitucionalidad de la ley 22.278 en razón de las facultades discrecionales que se delega al juez, ya que puede aplicar "medidas", pero la ley no expresa cuáles son las medidas aplicables, ni para qué casos y tampoco menciona cuáles son sus límites. (UNGARO, 2008).

Es opuesta e inconstitucional porque contradice lo establecido por el Art 37 inc. b) de la CDN, el mismo reza; *Los Estados partes velaran por qué: b)- Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención o encarcelamiento o la prisión de un niño se llevara a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como último recurso durante el periodo más breve que proceda.* Prueba de ello es la arbitrariedad de los jueces en el caso "Maldonado"¹² el más reciente en nuestro país.

Ante la comisión de un hecho delictivo el menor deberá responder por su actuar ilícito, pero más allá de la medida que tome el juez (medidas de corrección o privación de libertad), todo niño esta tutelado por la CIDN. Ello significa que no deberá dejarse de lado los derechos del niño que ampara la Convención. Es irrazonable y cuestionable cómo un menor puede ser privado de su libertad condenándolo a cadena perpetua, y ante esta situación nos ponemos a pensar en tantos factores que reflejan la necesidad de una reforma en beneficio del menor. Primero por la falta de protección en perjuicio del menor, en segundo lugar porque una ley con supremacía constitucional establece que se deberá aplicar el periodo más breve, y en el caso mencionado Maldonado los jueces aplicaron al menor la prisión perpetua.

Tal como lo establece la Dra. Claudia Cesaroni que se especializo en el conflicto de jerarquía entre en sistema actual en materia penal del menor y la Convención sobre

¹² Cámara Nacional de Casación Penal, "Maldonado, Daniel Enrique y otros s/ recurso de casación" (2003).

Derechos del Niño, dice: *‘Hoy en Argentina hay seis jóvenes condenados a prisión perpetua por crímenes graves que cometieron cuando eran niños. Están alojados en cárceles de máxima seguridad, lejos de su familia y sometidos a situaciones de abuso y arbitrariedad. No son inocentes. Mataron gente. Sin embargo la pena que la justicia les aplico no era la adecuada porque no tuvo en cuenta su condición de menores de edad a la hora de cometer el delito. Esto implica una grave violación a los derechos humanos y a la Convención de los Derechos del Niño, en plena democracia. El Estado argentino se equivocó pero ellos lo están pagando con su vida. Son muertos en vida. Y si el Estado no resuelve estos casos lo podría pagar muy caro.*

Relato que uno de ellos murió ahorcado en un suicidio difícil de entender en Mendoza y se preguntó el porqué de la falta de solución de estos casos, visiblemente fuera la ley, que reconoce el propio país, motivo por el que el Estado argentino está sentado en el banquillo de los acusados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹³

¹³<http://www.argenpress.info/2011/09/jovenes-muertos-en-vida.html>

2.4 Desconocimiento de los principios constitucionales de la ley 22.278

Como hemos advertido anteriormente el sistema normativo vigente, priva al menor de ciertos derechos fundamentales que sí conserva el delincuente adulto. Es por ello que sostenemos la inconstitucionalidad del contenido de la ley 22.278.

El Art 16 de nuestra Constitución Nacional no hace una distinción entre mayores y menores de edad, sino simplemente establece que: *“todos los habitantes son iguales ante la ley”*. Este principio en su esencia establece que todas las personas, en iguales circunstancias, tienen la posibilidad de ser juzgadas ante los mismos jueces, con iguales formalidades y facultades. De ello deducimos que toda persona está garantizada de la misma manera en sus actos. (MONTALTO, 2006)

La inconstitucionalidad del sistema se basa en someter a los niños, niñas y adolescentes en una situación penal “tutelar” (es decir, a un cuidado biológico y psicológico) que en la práctica no se condice con la realidad ya que la consecuencia de la privación de libertad conlleva a convertir al menor en una situación psicológica más difícil de enderezar.

El Art 18 de la C.N establece que: *“ningún habitante podrá ser privado de su libertad si no es en virtud de un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*. El mismo hace hincapié al análisis de los siguientes principios:

1)- *Principio de Legalidad: establece que delitos y penas sólo pueden crearse por ley. Permite la impunidad de algunos comportamientos disvaliosos cuando no están tipificados como delitos...*” (MONTALTO, 2006, pág. 166). Este principio se encuentra ausente en la Ley 22.278 ya que las sanciones que establece dicha ley no son consecuencia de conductas tipificadas sino de las condiciones (personales, ambientales y familiares) de los niños; en relación al peligro, abandono o falta de asistencia.

2) *Principio de Reserva: el Art 19 reza: “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. El sistema penal del menor, como ya lo hemos mencionado antes, autoriza al juez a disponer arbitrariamente del menor y le da poder para que fundamente su decisión en estudios del menor y su familia.

3) *Principio de Culpabilidad: este es desconocido por la ley 22.278, ya que el régimen penal debe basarse en la culpabilidad del hecho ilícito cometido y nuestro sistema penal vigente sólo hace referencia a las condiciones de vida del menor.*

4) *Principio de Proporcionalidad*: este impide que el fin de prevención sobrepase la consecuencia justa, es decir que exista un equilibrio entre el hecho punible y la sanción. El art 2 de la ley 22.278 contradice este principio ya que establece: "*el juez podrá disponer definitivamente del menor cualquiera fuese el resultado de la causa*"

5) *Principios Procesales constitucionales*: el derecho de defensa en juicio y el principio de inocencia se encuentran vulnerados por la ley en análisis, ya que no existe un juicio contradictorio. (MONTALTO, 2006)

2.5 Conclusión

El sistema actual que criminaliza a niños, niñas y adolescentes viola los derechos humanos, en consecuencia de ello, es necesario desarmar este modelo a los fines de proteger a los menores haciendo efectiva la CIDN de pleno derecho.

En consecuencia, sostenemos que hay conflicto de jerarquía entre la Ley 22.278 y la CIDN, por ello se refleja a toda luz la necesidad de un nuevo sistema que sea adecuado y que proteja los derechos fundamentales del menor para dar una solución al conflicto de leyes que subsiste en la actualidad, ya que la Convención Interamericana de Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional, la que se encuentra en la cúspide de la pirámide y debe ser respetada por cualquier otra ley inferior.

Por todo lo expresado anteriormente afirmamos que es alarmante la situación de los menores en la actualidad y se debe a que hace aproximadamente 33 años que contamos con el mismo sistema penal de los menores, y aun no existe ninguna modificación de la ley que ampare al menor sujeto de derechos humanos.

Por ello, el proyecto de reformar la ley 22.278 se contemplaría en la necesidad modificar las normas a los fines solucionar la controversia entre la CIDN y ley 22.278. *Esta tarea no es sencilla pero si urgente en la medida que el legislador no dé cumplimiento a la obligación de adecuar la legislación al instrumento internacional. Lo que justificaría la petición a los fines de hacer lugar al proyecto es el complicado trabajo jurídico de abogados y jueces de hacer efectivo los derechos del niño reconocidos por la CIDN, y desconocidos por la ley 22.278.* (BELOFF M. , 2008, pág. 55)

Capítulo III. La Responsabilidad Penal de los Menores

3.1 Introducción

Ante la comisión de un hecho delictivo que infrinja la ley penal 22.278, tendrá como responsable al menor por su actuar ilícito y como consecuencia de su acción deberá dar cumplimiento a las medidas tomadas por el juez.

La decisión del juez versará en razón de la edad del menor, es decir tendrá en cuenta si el menor es punible o no.

Si el menor es no punible (es el menor de 16 años) o un niño víctima, o que haya sido sobreseído o absuelto o sobre el que no haya existido imputación, pero que en cualquiera de los casos mencionados haya sido internado en una institución por su situación (ya sea por encontrarse en estado de peligro o riesgo moral o material) no se encuentra privado de libertad ya que la internación es una medida de protección. (BELOFF M. , 2008)

Si el menor es punible, se aplicará la privación de libertad : *“se entiende por ella toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial administrativa u otra autoridad pública”*. (BELOFF M. , 2008, pág. 52).

Ahora bien, ante la responsabilidad del menor ya sea punible o no (en razón de su edad) y de las medidas adoptadas por el juez, en este capítulo analizaremos cuál es la causa por la que delinque el menor y cuál es la situación conflictiva del menor con la ley penal.

3.2 Causa: Estado de vulnerabilidad.

Según nuestra doctrina y estudios pormenorizados realizados sobre el menor, uno de los factores más relevantes que influyen en los niños, niñas y adolescentes a cometer delitos es la pobreza, y como consecuencia de ello la falta de educación, lo cual no es otra cosa que la exclusión.

La pobreza en nuestro país ha producido un desgaste en las condiciones de vida del menor. El resultado de ello generó *“desigualdades sociales y la ausencia del Estado ha ido vulnerado los derechos del menor, transformándolos en una de los sectores más vulnerables de la sociedad.”* (MONTALTO, 2006, pág. 23)

En consonancia de ello, el joven delincuente por ejemplo al cometer delitos contra la propiedad privada se correspondería (por falta de contención o ausencia familiar; o por falta de desarrollo de actividades educativas, deportivas y/o recreativas). En delitos como el consumo de estupefacientes el factor típico es la situación de calle o el lugar inseguro donde viven; la falta de un tratamiento contra las adicciones y la ausencia de lazos afectivos. (BELOFF, 2013)

El estado de vulnerabilidad en el que se encuentran niños, niñas y adolescentes desemboca, (más allá de los factores influyentes que llevan a delinquir al menor) en el sistema penal actual, ya que si el juez en aplicación de la Ley 22.278 imputara al menor la comisión de un delito, declarándolo culpable y posteriormente lo condena a prisión perpetua, de ello resultará la ilegalidad manifiesta y será violatorio de lo establecido por la CIDN.

El Comité de la CIDN expresa respecto a la situación de adolescentes en conflicto con la ley penal: *“Si tienen entre 16 y 18 años de edad y han cometido delitos de acción pública, serán sometidos a proceso penal, pero sin las garantías de las que gozan los adultos y la condena queda a discrecionalidad del Tribunal juzgador”*. Asimismo afirma que; *el sistema penal juvenil en la Argentina no respeta los derechos y garantías de los imputados, ni los derechos de las víctimas y no da respuestas justas a los problemas que se quieren dirimir, criminalizando la pobreza.* (MONTALTO, 2006, pág. 24)

Ahora bien, existen datos estadísticos que comprueban la situación del menor en Argentina. La investigación iniciada en el año 2013 (según datos extraídos de la base SIMP de fecha 05 de Febrero de 2014) por el Ministerio Público Fiscal- Procuración

General de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹⁴ consta con un total de 28.892.¹⁵

Es aún de mayor preocupación el caso de tres jóvenes fueron condenados por un Tribunal de Buenos Aires a prisión perpetua, por hechos cometidos cuando tenían 16 y 17 años. Estas condenas tienen trascendencia en el tema bajo análisis ya que se aplicó la pena más grave que prevé el Código Penal a personas que al momento de cometer el ilícito, eran niños, según el concepto emitido por la CIDN.

En definitiva, la situación conflictiva del menor con la ley 22.278 deriva de la decisión de privar al niño coactivamente de su libertad, y esto por el carácter de sufrimiento que conlleva la punición. Es que; *“la prisión es una medida estatal coactiva y destructiva de la personalidad humana, que hace perder a quien la sufre contacto con la sociedad, con sus familiares y allegados, estigmatizando al prisionero de un modo difícil de revertir y generando, en la gran mayoría de casos, mas perjuicios que beneficios”*. (MONTALTO, 2006, pág. 194)

Como mencionamos anteriormente, el menor que delinque será susceptible de castigo, aquí no cuestionamos el castigo, sino qué castigo se toma como medida, ya que si infringe la ley debe responder, pero lo que ponemos de manifiesto y nos parece grave es aplicar la prisión perpetua en el menor ya que implica la contradicción entre leyes que vulneran sin duda los derechos del menor, y como consecuencia de ello se aplica la ley 22.278 dejando de lado la Convención sobre derechos del niño, lo cual nos parece aberrante.

Por lo tanto, en el “estado de vulnerabilidad” entran en juego los factores causantes de la comisión del delito del menor en conjunción con la falta de un sistema penal protectorio de derechos que contradice a la CIDN.

¹⁴ <http://www.mpba.gov.ar/web/estadisticas.php>

¹⁵ <http://www.mpba.gov.ar/web/contenido/IPP%20FRPJ%20Totales%202013.pdf>

3.3 Influencia de los adultos en el actuar delictivo del menor

En la participación delictiva de menores y adultos, el mayor manipula y/o influencia psíquicamente al niño a cometer ilícitos. Cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico prevé una sanción¹⁶ que castiga al mayor que utilice a todo niño, niña o adolescente para cometer un delito.

Es notorio que esta acción del mayor de utilizar al niño para cometer cualquier tipo de delito es merecedora de una pena mayor en razón de la incitación que lleva a delinquir al menor.

Más allá de ello, el sistema vigente no realiza una distinción específica entre el niño y el adulto, sino que asimila la internación de los niños con la privación de libertad de los adultos. Se ha manifestado al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación considerando que; *“la internación de los niños durante el proceso penal, con prescindencia que haya sido dictada a los fines cautelares del procedimiento penal o en miras de su protección, es equiparable a una privación de libertad.”*¹⁷

En consonancia de ello, se remitieron los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti admitiendo que: *“... no hay diferencia más allá de su denominación entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el periodo de tratamiento tutelar...”*¹⁸

Entonces, *se estudia de donde proviene el problema de los menores, olvidando el problema de los mayores y se sostiene que antes de la culpa del menor, está la culpa de los mayores*, (MONTALTO, 2006, pág. 57). El niño al estar directamente ligado a sus padres, es el fiel reflejo de la conducta de los mayores con quien convive.

El menor desde la etapa de crecimiento y de formación, incorpora los usos y las costumbres de su familia. En definitiva, otro de los factores influyentes en el accionar ilícito del niño son sus padres o los adultos que conviven con ellos. Es decir que, podrá ser reprochable la conducta de todo aquel mayor de edad, que hubiere influenciado y/o manipulado al menor o sido partícipe necesario del delito.

En conclusión, en la cuestión procesal, el menor se encuentra básicamente en una situación muy similar a la de una persona adulta, en cuanto a las garantías reconocidas por la Constitución Nacional.

¹⁶ Código Penal, art. 41 quater.

¹⁷ Cámara Nacional de Casación Penal, “C.F.M.R s/ recurso de inaplicabilidad de ley” (29/06/2006)

¹⁸ Fallos: 330:5294 del considerando 10 del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

Una solución razonable sería agravar la pena para aquellos mayores que utilicen a los menores, previsto en el Art 41 quater del Código Penal Argentino. *“De esta forma se responsabilizaría más a quien es más culpable por oposición a una propuesta que, además de inútil en sus efectos prácticos, sería manifiestamente injusta al castigar a las personas menores de edad por ser víctimas del crimen organizado”*. (BELOFF, 2013, pág. 23)

3.4 Conclusión

El factor que influye en el accionar delictivo del menor, en primera medida y como base es la ausencia de educación. De la falta de educación del menor se derivan otros factores como; la influencia de los padres, la falta de contención de su familia, la falta de desarrollo de actividades propias del niño, la situación en la calle que vive, etc.

Al identificar la causa que lleva a delinquir al menor (estado de vulnerabilidad), se podrá agravar la norma que castigue al mayor que utiliza al niño para cometer el ilícito.

Como así también, será necesario implementar un modelo de ley que incluya en la responsabilidad penal del menor la protección integral de los derechos del niño, es decir, se deberá actualizar el sistema actual a los fines de la transformación de normas.

Este nuevo modelo al que aspiramos es a los fines de poder aportar un régimen específico de tratamiento del niño infractor, que lo proteja con los derechos propios del niño, en virtud de lo establecido por la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Atento a la crisis en la que se encuentra el menor delincuente en la actualidad, por el abanico de factores que influyen en su actuar delictivo, será conveniente fomentar la intervención política a los fines de implementar programas educativos. Por lo tanto las posibles soluciones para resolver el conflicto del menor con el delito, serán incentivar a los niños a asistir a la escuela y a establecimientos que lo contengan por temas de adicciones a la drogadicción o alcoholismo, promover las actividades deportivas o recreativas; inculcar a los padres a la contención y educación de sus hijos a los fines de la formación y protección adecuada.

Otra posible solución para resolver la controversia entre la ley 22.278 y la CIDN será la modificación de la ley nacional creada en el gobierno de facto a los fines de adecuarla al gobierno democrático en respeto de la CIDN.

Capítulo IV. El Proceso Penal del Menor

4.1 Introducción

La justicia de menores se encuentra en crisis, y la respuesta que da el Estado a los menores a quienes se responsabiliza de la comisión de delitos es inadecuada. Entonces nos preguntamos, ¿en qué sentido debería transformarse la justicia juvenil? ¿En qué se motiva la necesidad del cambio?

Se ha comenzado a plantear en los últimos años el endurecimiento del sistema penal; *“se sostiene que debe reducirse la edad penal para evitar que las personas menores de edad sean utilizadas por criminales adultos para cometer delitos”*. (BELOFF, 2013, pág. 23). Es decir, que el reclamo está orientado a promover los derechos de los niños, quienes sufren una desventaja familiar y social.

Otro de los cambios más debatidos en el último tiempo es que debe reducirse la edad penal para contemplar las garantías en el procedimiento del menor. Se establece que, *se le atribuye la comisión de un delito por debajo de la edad penal mínima, en Argentina 16 años*. (BELOFF, 2013, pág. 24)

En este capítulo se tratará el proceso penal del menor en el que deberán regir los principios de debido proceso y de inocencia, reconocidos por la jurisprudencia y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo tanto, el juez deberá resolver la situación del menor conforme a la aplicación de las normas vigentes. El órgano jurisdiccional no puede arbitrariamente resolver ni más o menos beneficioso a lo que establece la ley. Es decir que la medida adoptada por el juez en el caso concreto deberá ser fundamentada o sustanciada, en base a las pruebas incorporadas al proceso.

Lo que intentaremos demostrar es la necesidad de la reforma de la ley 22.278, ya que casos jurisprudenciales demuestran la violación y la contradicción entre el régimen vigente y la CIDH. Sin embargo, el cambio depende del órgano legislativo, ya que los jueces seguirán aplicando la ley 22.278, porque no pueden aplicar una ley que no tienen, hasta tanto la reforma no sea aprobada por el Congreso.

4.2 Principios de debido proceso y derecho de defensa

En el último tiempo la fuente material del derecho, es decir aquella que hace surgir la norma, (jurisprudencia) ha consolidado la expansión de las garantías constitucionales a niños, niñas y adolescentes imputados de haber cometido un delito. Motivo por el cual, haremos un análisis entre los principios garantizados para el proceso penal y el menor.

Como contrapartida, decimos que es fuente formal del derecho, la Constitución Nacional, ley suprema, que se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica. Nuestra ley madre contiene declaraciones, derechos y garantías, y esta última asegura el ejercicio pleno del derecho y de los principios que surgen de las declaraciones.

Por ello, el encuadre jurídico del tema bajo análisis se encuentra contemplado en las reglas del debido proceso, que se delimita como aquel; “*conjunto de garantías del derecho procesal penal aplicable a los menores de edad, como el mecanismo que garantiza la vigencia de los derechos individuales frente al poder penal del Estado*” (BELOFF, 2013, pág. 168)

Del desarrollo de los principios se advierte la existencia de reglas que garantizan el sistema de enjuiciamiento para los menores, que deberán tener plena efectividad en el proceso de los niños. (BELOFF, 2013). Cabe destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1994 adquirió jerarquía constitucional (Art 75, inc. 22). En el capítulo de análisis jurisprudencial será tratada la relevancia jurídica que la CADH tuvo en los casos más importantes de la temática de punibilidad del menor.

Otro de los derechos del menor es el de defensa en juicio como garantía de todo niño, niña y adolescente penalmente responsable. Esta facultad hace énfasis básicamente en: “...*el derecho a ser oído, a controlar, ofrecer y valorar los elementos de prueba, a participar en los actos procesales y a exponer al tribunal las razones por las cuales debería obtener una sentencia favorable a sus intereses*”. (BELOFF, 2013, pág. 171). Esta defensa material se refleja en un proceso de partes y es presupuesto del debido proceso.

Al tratarse de niños, el derecho plasmado en la CN¹⁹, debe ser ejercido de modo tal que el defensor del imputado haga cumplir cabalmente su contenido y alcance. Así

¹⁹ Constitución Nacional, art. 18.

como también, el abogado deberá ofrecer y controlar las pruebas incorporadas al proceso, asegurando el ejercicio del derecho constitucional.²⁰

La Convención interamericana sobre Derechos del Niño²¹ estableció que en el caso de las personas imputadas menores de edad debe garantizárseles de manera expresa la asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa. (BELOFF, 2013)

Se han planteado diversas causas que dificultaban el derecho de defensa en juicio de los menores de edad no punibles, los problemas que dieron origen fueron entre otros (la confusión de roles entre la defensa y el asesor; la imposibilidad de acceder al expediente donde se resolvía la aplicación de medidas privativas de libertad; la imposibilidad de impugnar las medidas de internación).

Sobre el derecho de defensa del menor imputado la CSJN expresó: *“el fallo apelado dio un alcance inadecuado de los agravios que fueron materia de decisión incurriendo en una deficiente fundamentación que lo descalifica como acto jurisdiccional, pues apeándose a los aspectos meramente formales omitió sopesar sus implicancias sobre el debido proceso y derecho de defensa en el marco en donde se conjugan los derechos especiales de los menores derivados de su condición.”* (BELOFF, 2013, pág. 191)²²

De esta manera el máximo tribunal hizo énfasis en la necesidad de respetar el derecho de defensa de los niños imputados en causas penales, pero nada preciso acerca de los menores no imputados. Lo que queremos destacar es que todos los niños, niñas y adolescentes gozan de la garantía constitucional de derecho de defensa en juicio penal, más allá que en razón de la edad el menor sea declarado punible o no.

En conclusión, el derecho de defensa comprende la garantía de ser escuchado o declarar durante el proceso. Para poder ejercer plenamente este derecho es necesario que el menor cumpla con requisitos o presupuestos esenciales, ellos son: 1) *la acusación conocida y comprendida por la persona imputada y su abogado defensor. Al respecto la CIDH²³ expresó: toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho de defensa y muestre al juez su versión de los hechos.* 2) *audiencia ante el tribunal, en*

²⁰ CADH, art 14 del PIDCP y 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²¹ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.2.ii.

²² Fallos, 330:1066, del dictamen del Procurador Fiscal al cual se remitió la mayoría

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yvon Neptune vs. Haití, Fondo, reparaciones y costas, 2008.

*donde el imputado podrá expresarse sobre la acusación.*³⁾ Y por último, la publicidad del juicio penal, la que la supone la decisión de culpabilidad del menor. (BELOFF, 2013, pág. 173)

Cabe destacar una diferencia respecto a la audiencia oral, ya que para los menores esta es reservada, y para los adultos es pública en la que pueden intervenir los medios de comunicación.

Mencionamos que es esencial preservar la identidad del menor, en razón de su edad, como así también es necesaria la presencia de los jueces durante la audiencia, en garantía del principio de inmediación.

La CSJN²⁴ expresó que debe respetarse el principio de inmediación tal como lo dispone el C.P²⁵ y el Régimen Penal de la Minoridad²⁶ y sostuvo que: *se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado, a ser oído antes de que se lo condene, así como asegurar que una decisión no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación.* La Convención sobre los derechos del niño establece en el Art 12 : *“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.”* (BELOFF, 2013, pág. 193).

Por todo lo expresado anteriormente respecto a los principios que ilustran el proceso penal del menor, entendemos que deben cumplirse con todos los principios garantizados por la Constitución Nacional bajo pena de nulidad del proceso. Por lo tanto, somos partidarios de proteger el interés del menor en garantía de los derechos individuales procesales del menor ante la comisión de un hecho delictivo.

²⁴ Fallos, 328:4343, de los considerandos 19 y 20 del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

²⁵ Código Penal Argentino, art. 41.

²⁶ Ley 22.278. Régimen Penal de Minoridad, art. 4.

4.3 Medidas Tutelares

El marco jurídico tutelar del menor, se encuentra presente en todas las leyes e instituciones tutelares denominado bajo el lema “menor, abandonado y delincuente”. La interpretación que deriva de esta frase, a nuestro parecer implica que las condiciones personales del menor (edad, abandono, pobreza, huérfano), habilitan al Estado a intervenir.

De lo expresado anteriormente afirmamos que, no es la conducta delictiva cometida por el menor, por la cual se dictan medidas tutelares, sino por la condición del niño. Es por ello que, el sistema penal vigente del menor es considerado como “derecho penal de autor”.

Por lo tanto, nos cuestionamos en primer lugar, la contradicción de la ley 22.278 en conjunción con la CIDN y el Código Penal, ya que el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos, no sea reconocido por el régimen vigente de los menores, resulta aberrante. En segundo lugar, el hecho de pretender la protección del niño y que de ella resulte la marginalidad, por la falta de sustento de las normas penales, merece solución.

En cuanto a la institución tutelar, cabe destacar dos posiciones: Anthony Platt en su libro “salvador de niños”, establece que; *“las normas e instituciones especiales para menores fueron creadas para su excrecencia de la categoría infancia a la que su indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmundada, impiden que la admitan en las escuelas ordinarias:”* (BELOFF M. , 2008, pág. 23). Este autor sostiene que: el niño delincuente, nació para el crimen y para ello lo criaron. “Hay que salvarlo”.

La otra posición establece que el menor que no ingresó al circuito de socialización a través de la familia es el producto del proceso: *aprehensión + judicialización + institucionalización = menor.* (BELOFF M. , 2008)

En definitiva, se creó para el menor un modelo tutelar que representa la infancia. Y tiene como característica principal proteger al menor, ya que es considerado como objeto de protección en virtud de ser una persona incompleta e incapaz que requiere un tratamiento especial. *“Los menores son considerados objetos de tutela y represión encubierta bajo eufemismos.” Por esta razón la protección del menor viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos, como acción estatal dirigida a garantizar derechos.* (BELOFF M. , 2008, pág. 25)

El principio de especialidad, es una de las expresiones de la protección de la infancia, por ello es importante destacar de manera positiva a la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya que ha citado la aplicación directa de la CIDN²⁷ y las Reglas de Beijing²⁸ al caso estableciendo que: *“las personas imputadas menores de edad penalmente responsables deben estar sometidas a procesos penales y a un sistema judicial y penitenciario específico, comporta en su completa expresión un mayor uso de las medidas alternativas la judicialización”*.²⁹

El Art 19 de la CADH³⁰ garantiza a los menores punibles imputados el uso de salidas alternativas.³¹ La utilización de esta medida tiene efectos negativos sobre el menor, por lo que debe evitarse su realización sólo en caso de ser *“apropiado y deseable”*. Por esta razón, se exige al Estado que procure reducir el alcance del régimen penal de los niños. (BELOFF, 2013). En relación a la finalidad de las medidas alternativas, la CSJN³² expresó que: *“estas deben estar destinadas a la protección de la persona menor de edad con el fin de garantizar las mínimas condiciones de vida digna y permitir el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad”*. (BELOFF, 2013, pág. 193)

En cuanto a los menores no punibles imputados de cometer un delito, se deberá aplicar medidas de protección a los fines de evitar estigmatizarlos, por seguridad pública.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso³³ intento dar contenido y llevar a la práctica el concepto de “medidas de protección”, sin embargo no lo logró.

En Argentina, a nivel nacional el tribunal³⁴ cuestionó la tutela de menor y consideró el desconocimiento de sus derechos de libertad y debido proceso legal, más allá de estos enfoques, no se avanzó en el régimen penal del menor (Ley 22.278) ni se establecieron los límites de protección del niño exigidos por el Art 19 de la CADH.

²⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, art 40.3. b.

²⁸ Reglas de Beijing, regla 11.1.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Instituto de Reducción del Menor vs. Paraguay, 25/04/2007”.

³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³¹ Corte Interamericana de Derechos del Niño, “Villagrán Morales y otros contra Guatemala s/ Reparaciones y Costas” (1999).

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Instituto de Reducción del Menor vs. Paraguay, 25/04/2007”.

³³ Fallos, 331:2691, del considerando 12 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “D.D.D”(23/08/20011. Causa N° 41.489.

A los fines de ilustrar la relevancia práctica del tema, se expondrá el caso de un menor imputado no punible.

³⁵“El 6 de Abril de 2011, el menor fue sobreseído en virtud de lo dispuesto por el Art 336 inc. 5 del Código Procesal Penal, cabe destacar que el niño al abandonar la institución en la que se encontraba alojado en cumplimiento de la medida tutelar arbitraria, se le sustanció además tres nuevos procesos, en los cuales se determinó la desvinculación de los mismos en razón de la edad del menor.

Se incorporaron al expediente elementos probatorios, como informes que determinaron la adicción del menor al consumo de estupefacientes y la situación de desamparo con ausencia de contención familiar.

Es por ello que el equipo de profesionales donde se encontraba alojado el menor, advirtió el estado de vulnerabilidad y sugirió su ingreso al "Programa de Residencias Educativas". Actualmente, D.D.D se encuentra en un instituto llamado Colonia Ricardo Gutiérrez, en donde realiza tratamientos en torno a su problemática. (BELOFF, 2013)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se manifestó al respecto y precisó que: *en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido que si bien no pueden ser formalmente acusados, ni considerárselos responsables en un procedimiento penal, si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en interés superior de esos niño.* (BELOFF, 2013, pág. 195)³⁶

Por otro lado, destacamos, que en la provincia de Mendoza conforme a la ley 635, las medidas tutelares forman parte de la competencia de los juzgados de familia, es decir que se trata de una medida que implica una petición que se dirige hacia el Estado para la obtención de la protección integral del menor.

Por lo tanto la tutela jurídica corresponde al Juez de Familia en turno tutelar, quien ampara al menor por estar expuesto en sus derechos fundamentales, y solicita a posteriori la intervención judicial.

La doctrina denomina a las medidas tutelares como “Procesos Urgentes” y establece tres fenómenos: anticipación, cautela y satisfacción.

Anticipación: en caso de que el Juez conceda la tutela al menor, lo que hace es expedirse sobre el objeto de la decisión final.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “D.D.D“(23/08/20011. Causa N° 41.489.

³⁶ Fallos, 331:2691. (Observación general N° 10, los derechos del niño en la justicia de menores del 25/04/2007, párr. 31) (conf. en particular el considerando 12 de la mayoría.

Cautela: procede en situaciones de peligro que amenazan la práctica de la tutela jurisdiccional. Es una medida prevista accesoriamente en el proceso principal, que es el que otorgará o no el derecho al peticionante.

Satisfacción: se produce si la medida adoptada por el juez coincide con la sentencia.

Otro de los valores garantizados por la C.N es la eficacia ya que: *“La tutela judicial es un derecho constitucional que requiere aplicación efectiva, es decir que hablamos no solo de una tutela, sino que además debe ser una tutela efectiva”* (MONTALTO, 2006, pág. 110)

En definitiva, según doctrina y jurisprudencia, las medidas tutelares dictadas por el juez ante la comisión delictiva del menor no punible, son necesarias a los fines de su resocialización y rehabilitación. Si bien son consideradas aberrantes por la privación de libertad que implican, son ineludibles a los fines de proteger el interés superior del niño y el interés público. En cuanto a los menores punibles, el juez dictará directamente como medida la privación de libertad, la que será tratada infra.

4.4 Privación de Libertad

El presupuesto para determinar la privación de libertad de un niño es según nuestro ordenamiento jurídico, “la imputabilidad”. Ser imputable “*implica la capacidad de conocer la ilicitud del obrar y de poder actuar conforme a tal conocimiento*”. (MONTALTO, 2006, pág. 168). Por lo tanto, encontramos dos aspectos psicológicos necesarios; el conocimiento y la voluntad de cometer el hecho ilícito.

Ahora bien, más allá de los aspectos cognoscitivos y volitivos, que resultan innegables ante la infracción de la ley por el menor, podemos señalar que se han presentado diversas dificultades en la justicia penal juvenil a nivel nacional en cuanto al cumplimiento de las garantías constitucionales durante el proceso.

Se ha violado la garantía del debido proceso conforme a la excesiva duración del procedimiento penal del niño. Por ello analizaremos la situación de los menores que han sido procesados y en consecuencia privados de libertad en violación de los derechos amparados por nuestra Constitución Nacional.³⁷

Por ello, cabe hacer hincapié, como regla general del proceso penal juvenil lo establecido por el Art 19 de la CADH: “*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”.³⁸

Ello implica que, las personas menores imputadas debieron tener las mismas garantías con las que cuenta un adulto imputado y, a su vez, con garantías especiales. Así, el “principio de especialidad”, conlleva que el trato sea acorde a la persona a quien se aplica.

Cabe destacar que, la privación de la libertad como medida de restricción para el menor tiene como finalidad lograr un cambio en la actitud, para que reflexione sobre la infracción cometida y al salir adopte un comportamiento diferente, a los fines de reinsertarlo a la sociedad. Tal como lo establece Foradori; “*el propósito es proteger y no castigar*” (Foradori, 2013)

Ahora bien, en cuanto a la privación de libertad del menor, sin duda esta medida ocasiona un grave perjuicio al niño, así como también viola los derechos constitucionales garantizados por nuestra carta magna. En consecuencia de ello, es importante poner en evidencia la protección de la Convención Internacional de los

³⁷ Cámara Nacional de Casación Penal, “Maldonado, Daniel Enrique y otros s/ Recurso de casación

³⁸ CADH, art 19. Derechos del Niño.

Derechos del Niño que establece en el art 37 inc b: *“Los Estados partes velarán para que; Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.”*³⁹

Nos preguntamos entonces, ante la comisión de un delito grave cometido por un menor de 18 años ¿Qué normativa deberían aplicar los jueces? ¿Es correcto aplicar la reclusión perpetua? ¿Cuál es la solución ante la colisión de leyes en la materia? ¿Cuál es el fundamento de los fallos que resolvieron aplicar la privación de libertad a un niño?

Sostenemos nuestra postura y nos parece que la solución a esta problemática actual, es crear un nuevo régimen penal juvenil o modificar la ley 22.278 para resolver la contradicción entre la Convención Interamericana de los Derechos del Niño (la cuál goza de garantía constitucional por encontrarse en el art 75 inc. 22) y el Régimen Penal Juvenil, (Ley 22.278 la que tiene jerarquía inferior en la pirámide por ser una ley a nivel nacional.)

³⁹ Convención Interamericana sobre Derechos del Niño, art 37 inc b.

4.5 Conclusión

La privación de libertad del niño dispuesta por el juez tendrá que respetar los principios emergentes de la CIDN, en virtud de la condición en la que se encuentra el menor, en razón de su edad y por el estado de vulnerabilidad en que se halla el mismo.

En este sentido, si bien, no negamos que el menor deberá asumir las obligaciones y en consecuencia la responsabilidad que le es exigida, es necesario constatar las condiciones del niño antes de dictar la prisión. Y, verificada la condición especial del niño, las pruebas que lo indican culpable y la gravedad del delito cometido, debería cumplirse con los fines de la restricción (la resocialización y la reeducación).

A los fines de construir un nuevo modelo de responsabilidad penal juvenil, nos parece conveniente la aplicación de sanciones judiciales intermedias previas a la prisión. Ello implicaría que, en principio la finalidad de la medida sea socioeducativa, según el tipo de infracción cometida: (advertencia, obligación de reparar el daño, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, semi- libertad). Y en última instancia, la privación de la libertad de manera excepcional, como último recurso y solo en caso de infracciones gravísimas.

A nuestro criterio, la responsabilidad debe darse también en distintos niveles tanto políticos como jurídicos, ya que depende del Poder Legislativo la creación y modificación de las normas, (la que sugerimos en cuanto a la ley 22.278) para que los jueces puedan aplicarlas al caso concreto fundamentando la resolución que se le aplicará al menor delincuente.

De lo contrario, ante la omisión del Poder Legislativo de crear y/o modificar la ley 22.278, continuará el niño en conflicto con la ley penal y en consecuencia de ello se seguirán vulnerando sus derechos y persistirá la contradicción entre la ley vigente y la CIDN, ya que la función de los jueces es la aplicación de la ley vigente, y no pueden resolver conforme a normas que no existen, salvaguardando los derechos del menor.

Concluimos, por todo ello, que sería apropiada la reforma del régimen penal de minoridad, para prevalecer los derechos fundamentales del menor sobre el castigo. Y en cuanto a la a reclusión perpetua, sostenemos que contradice sin duda, los principios de la CIDN, y en especial el Art 37, inc. B, ya que la prisión de un niño, según esta norma, se llevará a cabo solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda. Por lo tanto nos resulta aberrante admitir la privación de libertad perpetua de un niño, ya que pasará más tiempo en la cárcel que el tiempo que lleva de vida. Y el

uso de esta medida tendrá efectos negativos sobre la vida del niño, hasta podrá llevarlos al suicidio, como el caso ocurrido en Mendoza antes mencionado.

La justicia penal actual de menores en Argentina, aspira a la transformación de las normas que la componen, y para ello es necesaria la intervención del Estado. *“El Estado y la ciencia política, nunca han dejado de transformarse y toda transformación implica siempre su crisis, es decir una descomposición y reconstrucción de elementos.”* (DUGUIT, 2003, pág. 208)

V. Sistema de protección penal adecuado para niños, niñas y adolescentes.

5.1. Introducción.

Es necesario implementar un modelo que contemple la protección integral de toda aquella persona menor de 18 años, ya sea en razón de su edad, punible o no punible. La ley 22.278 establece taxativamente que: *“no serán imputables los menores de 16 años y lo serán aquellos de entre 16 y 18 años”*; esta ley hace mención a los aspectos correctivos y privativos de la libertad del menor, pero en ninguna norma ampara al niño ni dispone sobre la protección de sus derechos fundamentales.

Si bien el Régimen Penal Minoritario clasifica al menor teniendo en cuenta la edad, gravedad y naturaleza del ilícito penal cometido, haciendo una distinción entre los menores punibles y no punibles⁴⁰ no protege al niño como sujeto activo de derechos. Es importante destacar que más allá de la omisión tutelar del sistema, por encima de ello contradice la CIDN, la que ha sido incorporada en nuestra Constitución Nacional en el Art 75. Inc. 22 con jerarquía constitucional.

Por ello, en este capítulo intentaremos dilucidar que es imprescindible que el sistema penal vigente incorpore en su contenido la protección de todos los niños, niñas y adolescentes, garantizándoles de pleno derecho el ejercicio de la tutela. Como así también, analizaremos la doctrina en disputa sobre la temática en cuestión haciendo hincapié en la necesidad del enfoque hacia los derechos, ya que como mencionamos antes, el menor que comete un hecho ilícito es merecedor de castigo, pero sin olvidar que se deben respetar sus derechos amparados por la CIDN.

⁴⁰ Ley 22.278, Régimen Penal Minoritario. art 1 y 2.

5.2. La responsabilidad ante el hecho ilícito en equilibrio con los Derechos Fundamentales del niño.

Es necesario comenzar el enfoque del niño desde los derechos que son garantizados por la Constitución Nacional, en virtud de su condición y por el estado de indefensión que se encuentra en razón de estar en plena etapa de formación.

El denominado "enfoque de necesidades" fue la base de las políticas sociales encaradas con antelación a la CDN, sustentada en la asistencia, en el trato y en el beneficio del niño. Esta valoración hacia el menor fue prevista a partir de las necesidades y debilidades del niño, en el contexto familiar y comunitario. Como consecuencia de ello se generaron políticas asistenciales orientadas hacia el "*menor como objeto de protección*". (ALVAREZ, 2011).

Este enfoque del menor da respuesta a la consideración social de la infancia, y es por ello que tomamos al Derecho Internacional de los Derechos del Niño como el marco teórico y conceptual el que deberá ser acatado por todos los ordenamientos jurídicos, con preeminencia en el fuero penal, tema que traemos a colación.

Este modelo de acatar los derechos del menor, implica, la responsabilidad del Estado de cumplir con el compromiso asumido en la CIDN. Desde esta perspectiva el niño es concebido como sujeto de derechos. Por ello esta titularidad de derechos concede el poder de reclamar al Estado ante el incumplimiento de sus obligaciones a los fines de efectivizar el pleno ejercicio de los mismos.

Sin bien, como lo mencionamos anteriormente, el menor que cometiere un delito grave merecedor de castigo deberá cumplir con las medidas correctivas o privativas que resuelva el juez según el caso concreto, pero jamás podrá dejarse de lado los derechos conferidos por la CIDN. Es decir que el ideal jurídico penal a nuestro parecer es un equilibrio entre derechos y obligaciones por el actuar ilícito del menor.

Por ello es interesante que exista una armonía o equilibrio entre derechos y delito a los fines de utilizar la Convención de Derechos del Niño, como instrumento normativo que constituye una guía de acción para las políticas públicas de la niñez. (ALVAREZ, 2011). La incorporación de este enfoque no es optativa, sino que es obligatorio el cumplimiento asumido por el Estado Argentino acerca del respeto de la CIDN.

Esta estrategia que ponemos de manifiesto es a los fines de implementar una protección integral de los derechos del niño en respeto de la Convención.

Todo lo expuesto es fundamentalmente para reconocer al niño como ciudadano diferenciado de los adultos, merecedor de un tratamiento especial que lo proteja plenamente del ejercicio de sus derechos. Si bien ante la comisión de un hecho delictivo tendrá el deber de responder, pero nunca dejando de lado sus derechos fundamentales.

Cabe destacar que la CADH⁴¹ en el Art 19 contempla: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

Es importante tener en cuenta que en caso de que el menor pueda ser procesado, deberá ser separado de los adultos en tribunales especiales. Tal como lo establece la CADH en el Art 5. Inc. 5: *“Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.”*⁴².

En virtud de la normativa mencionada anteriormente, es sustancial señalar la evolución de la protección en materia penal del menor. Se distinguen en tres etapas diferenciadas; la primera etapa comienza con el desarrollo de la niñez que abarca la creación del sistema hasta fines de 1980. En este periodo se trató el derecho a la vida y a la libertad personal. En la segunda etapa comienza la vigencia de la CIDN y CADH, hasta aproximadamente el año 2008. Y la tercera etapa es la que nos convoca. Nuestro desafío es a los fines de lograr la consagración de la protección integral de los derechos del niño. (ALVAREZ, 2011)

Por ello ilustraremos lo que antecede con los casos más relevantes resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto a nivel nacional como internacional, con una breve reseña de cada uno de ellos.

1. *Menores detenidos contra Honduras*:⁴³ En Tegucigalpa detienen injustamente a niños que se encontraban en la calle y los ubican en un establecimiento penitenciario con los adultos. Como consecuencia de ello, la Comisión establece que hubo violación en los derechos del menor contemplados en la CIDH, ya que el niño requiere un tratamiento diferenciado y especializado distinto de los mayores de edad.

2. *Bulacio contra Argentina*:⁴⁴ En la provincia de Mendoza, la policía detiene a un menor de 17 años, y en abuso de su poder llevan al joven a la comisaria donde es torturado. Cabe destacar que la detención no fue notificada a su familia ni al juez.

⁴¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art 19.

⁴² Convención Americana sobre Derechos Humanos, art 5 inc. 5.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Menores detenidos c/ Honduras” (1999)

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Bulacio c/ Argentina” (2000)

Posteriormente es llevado al control médico, es examinado y se comprueban las lesiones sufridas por el menor. Pasados diez años de los hechos el joven muere, y la Cámara que entendía el caso consideró que la acción contra los responsables de los hechos había prescrito. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, manifestó que el Estado había vulnerado los derechos del menor, y como consecuencia de ello se debían adoptar medidas para que los responsables no quedaran impunes. (ALVAREZ, 2011).

La Corte en el fallo resolvió que el Estado argentino había reconocido su responsabilidad por violar los derechos humanos. Por ello remarcó que: la detención de niños debe ser excepcional y por el menor tiempo posible, a más de recordar que es fundamental establecer contacto inmediato con los familiares. Este caso será analizado exhaustivamente en el siguiente capítulo.

3. *Michael Domínguez c/ Estados Unidos de Norteamérica*:⁴⁵ en este caso el menor fue condenado a pena de muerte, por los hechos ilícitos que había cometido cuando tenía 16 años de edad. La Comisión estableció que se había quebrantado la *norma ius cogens*, la que impide emplearla con personas que cometieron delitos cuando no han cumplido los 18 años.

4. *Jailton Neri da Fonseca c/ Brasil*:⁴⁶ Esta causa versó sobre la detención arbitraria de policías militares sobre un menor de 14 años. La Comisión estableció que se habían violado los derechos del niño y resaltó el Art 19 de la CDH y sostuvo que; “*en el caso de niños debe tenerse en cuenta un estándar más riguroso sobre el grado de sufrimiento que llega a implicar tortura, tomando en cuenta por ejemplo, factores como la edad y el sexo, el efecto de la tensión y el miedo que se haya experimentado, el estado de salud de la víctima y su madurez.*”

Debemos distinguir las funciones de la Comisión y de la CorIntDH, la primera recae sobre la faz consultiva, es decir que la Comisión solamente opina, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es en definitiva quien resuelve con fuerza de cosa juzgada.

Como podemos observar en los casos citados anteriormente, se han violado los derechos del niño establecidos por la CDH y por la CIDN. Es por ello que ponemos de manifiesto que más allá del ilícito cometido, no puede el Estado prescindir de la

⁴⁵ Convención Interamericana de Derechos Humanos, “ Michael Domínguez c/ Estados Unidos de Norteamérica (2002).

⁴⁶ Convención Interamericana de Derechos Humanos, “ Jailton Neri da Fonseca c/ Brasil (2004).

protección que garantiza nuestro ordenamiento jurídico para todo niño, niña y adolescente.

Es evidente que la problemática recae en distintos países del mundo, sin embargo los organismos (Comisión de Derechos Humanos y la CorInterDH) intentan dar soluciones a los fines del acatamiento de los derechos del menor, como podemos observar en los casos antes mencionados.

En la resolución de los casos la CorIntDH destaca los principios del niño y consagra como principio especial el de la protección que merece el menor, por ser considerado sujeto pleno de derechos, y más allá que no tenga capacidad de ejercicio no se lo puede privar de los derechos fundamentales. La Corte, define que toda resolución con respecto al menor deberá respetar siempre el interés superior del niño: *“la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a los menores de edad.”* (ALVAREZ, 2011, pág. 70)

5.3. Análisis de los instrumentos internacionales aplicables al derecho penal juvenil

En virtud de los casos citados, la tarea que nos convoca es demostrar la necesidad de velar por los derechos del niño al ser estos procesados por la comisión de un delito merecedor de castigo. Teniendo en cuenta que los derechos del menor son ineludibles, es nuestro anhelo luchar por la efectividad de los derechos fundamentales en el proceso penal del niño, y que estos, no sean simples declaraciones (como ocurre en muchas causas penales).

Por ello, es necesario que el Estado nacional empiece a actuar, a los fines de dar respuesta en la materia, priorizando los intereses del menor. Y como consecuencia de ello modifique o suprima la ley penal vigente 22.278 creada en el gobierno de facto, adecuándola a los instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional. Todo ello, en miras de eliminar la contradicción entre una ley nacional y una ley con rango constitucional.⁴⁷

Es decir que si instauramos un nuevo modelo normativo a nivel nacional podremos garantizar el cumplimiento del acuerdo celebrado por Argentina con los demás Estados partes, ello implicaría la ejecución de la (CIDN) y de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para una mejor administración de justicia de menores.⁴⁸

El fundamento de este criterio, se concentra en el respeto de los principios del derecho penal mínimo, tal como lo establece Alessandro Baratta, el autor dispone que; *los principios del derecho penal mínimo se basan en la maximización del sistema de garantías legales, colocando a los derechos humanos como objeto y límite de la intervención penal, siendo esta la base del modelo de protección integral.* (Baratta, 1987, pág. 623).

Los aspectos más relevantes de las Reglas de Beijing son los establecidos en el Art. 2.1 que establece; *Las Reglas mínimas (...) se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma...*

En relación a la investigación y al procesamiento, el Art 10.1 reza: *“cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su*

⁴⁷ Ley 22.278 – CIDN.

⁴⁸ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, (Asamblea General, Resolución 28/11/1985).

http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm

tutor...”: Y el Art 10.2 establece que: “El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor. Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño.

Entonces reafirmamos nuestra postura, y sostenemos que todos los menores de 18 años gozan de las garantías establecidas en la Constitución Nacional⁴⁹. Por ello en todo caso que el menor sea procesado se deberá cumplir con; A) el debido proceso (notificación a sus padres, y el derecho a la presencia del padre o tutor en el proceso del niño), b) el derecho de defensa (el niño tiene la facultad de ser oído por el juez) c) el derecho a no responder (presunción de inocencia) d) el derecho al asesoramiento jurídico.

Otros derechos contemplados en las Reglas de Beijing son; a) protección a la intimidad (para evitar perjudicar al menor), b) prestación de asistencia (a los fines de facilitar la rehabilitación), c) de la imparcialidad de los jueces, (el juez deberá decidir conforme a los principios de imparcialidad y equidad).

Consideramos por lo tanto que, toda decisión que resuelva la privación de libertad del niño deberá utilizarse como último recurso y por el tiempo más breve que corresponda, los fines de lograr la reintegración del niño a la sociedad en protección de sus derechos básicos.

Por último, cabe hacer hincapié al Art 2.3⁵⁰ que establece: *“En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto: a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos; b) Satisfacer las necesidades de la sociedad; c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian (...)”*.

El artículo mencionado, refleja sin dudas, la urgente necesidad de una reforma a los fines de promover la incorporación de los derechos fundamentales en la Ley 22.278.

⁴⁹ Constitución Nacional, art 75, inc. 22.

⁵⁰ Reglas de Beijing, art 2.3.

Tomando como garantía los instrumentos internacionales que el Estado Argentino se ha obligado a cumplir y que tienen jerarquía suprema. Conforme a la petición de la doctrina y la jurisprudencia, ya que coinciden en que: *“la tensión existente entre la interpretación que se hace de la Convención de Derechos del Niño y la lectura tradicional de la ley 22.278, provoca que se reflexione sobre los límites del control de constitucionalidad. Asimismo el Máximo Tribunal considero que el Poder Judicial no podía sustituir en forma general el régimen aplicable a los imputados no punibles. Desde ya se advierte que el régimen de la ley 22.278 es criticable, pero si se lo hubiera declarado invalido e inaplicable, la situación no debía quedar sin ninguna regulación legal. Por el contrario, la Corte advirtió que era necesario un régimen específico y políticas públicas previas.”* (MARTINIANO, 2009)

5.4. La aplicación de la prisión perpetua a los menores de 18 años

En virtud de lo establecido por el Art 37 inc. b de la CIDN, la privación de la libertad es la medida más gravosa que se le pueda aplicar a un menor de 18 años. Esta resolución, es contraria a lo que establece el artículo en mención, ya que el mismo contempla que la prisión de un niño se utilizará como último recurso y por el tiempo más breve que proceda.

Por lo tanto, la prisión perpetua es una respuesta totalmente desproporcionada frente al actuar delictivo del menor. Ello implica, que, considerar su aplicación resultará contrario al fin de la pena, ya que las medidas resolutorias (detención, encarcelamiento o prisión) tienen en miras cambiar la actitud del menor para poder integrarlo nuevamente a la sociedad.

Cabe recordar el caso Maldonado, antes citado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que ; *no puede atribuirse a la CIDN una prohibición absoluta de aplicar la prisión perpetua a menores de 18 años, debiendo aplicarse una regla de máxima prudencia, que obliga a descartar fundamentalmente las alternativas más leves*; (este fue el voto de la Dra. Argibay). (UNGARO, 2008, pág. 54)

Ahora bien, nos cuestionamos, ¿la privación de libertad es la regla máxima de prudencia frente al menor? ¿Admite la aplicación de la prisión perpetua, y descarta las alternativas más leves? Consideramos que es acabadamente aberrante admitir esta opinión de la Dra. Argibay, ya que, admitirla implicaría aceptar que el niño pase más tiempo en la cárcel que los años que lleva de vida. Nos parece totalmente vejatorio y denigrante para el menor, más allá del delito que haya cometido. ¿A dónde quedan los derechos fundamentales del menor contemplados por la CIDN?

En el caso citado, el Dr. Fayt, dispuso; *“en el caso de los menores la pena perpetua no sería inconstitucional por cumplirse con la exigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (Art.37 inc. 2), al posibilitarse su excarcelación a través de la libertad condicional.*” (UNGARO, 2008, pág. 54)

Con relación a la aplicación de la cadena perpetua, más allá de la posible liberación de la que podrá ser susceptible el menor, nos parece contradictoria a los principios constitucionales.

El fundamento de nuestra objeción es; *“ la regla en el procedimiento penal contra un menor es la libertad”*, debiéndose fundar la restricción en el hecho que se imputa. Es decir, que no podemos admitir que en principio se resuelva la prisión perpetua para

luego posibilitar su liberación, sino a la inversa. Acatar los derechos del niño, esto implicaría el cumplimiento del principio general; (la regla es la libertad y la excepción es la privación de libertad). (UNGARO, 2008)

En definitiva, nos parece inconstitucional resolver la prisión perpetua de un niño menor de 18 años. Pero si se llegara a privarlo de la libertad, es imprescindible poner de manifiesto que deberá ser alojado en un establecimiento especializado sin tener contacto alguno con los adultos. Como así también se deberá garantizar al menor la posibilidad del derecho de defensa y de recurrir toda resolución que le cause un grave perjuicio.

Es decir, que por el carácter de excepcional de la privación de libertad, el juez deberá resolver conforme a la medida más adecuada según el caso concreto, siempre acorde al interés superior del niño, nunca en violación de los derechos fundamentales del menor.

Cabe hacer hincapié a las sanciones que podrá dictar el juez, según las Reglas de Beijing en el Art 18: *Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes.*

Entonces, de acuerdo a los principios que emanan de las Reglas Mínimas, *“el enfoque estrictamente punitivo no es el adecuado, pues una característica inherente al tratamiento de un niño es la facultad de suspender el proceso en cualquier momento y mantener su confinamiento penitenciario como último recurso aplicable.”* (UNGARO, 2008, pág. 60)

En corolario, ante la comisión de un ilícito por el menor, se deberá en principio adoptar una medida a los fines de que el menor repare el daño causado y posteriormente pueda ser reintegrado a la sociedad con una actitud distinta. Ya que condenarlo a prisión perpetua sería excluirlo de la sociedad sin posibilidad de que el niño se recupere, lo que implica una distorsión a nivel psicológico que en muchos casos culmina con el suicidio.

5.5 Conclusión

A los fines de implementar un estereotipo de justicia penal juvenil conforme al sistema de protección integral de los derechos del niño, es necesario destacar la obligación funcional del Estado con respecto a la protección del menor. De ello deriva la urgente y necesaria reforma legislativa conforme a los instrumentos internacionales (CIDN).

De lo contrario, si dejamos atrás este modelo ideal que implica un equilibrio entre derechos y obligaciones del niño, estaremos frente a la intervención conminatoria del Estado, que tendrá como consecuencia la violación de los derechos del niño.

El fundamento de esta crítica a la ley 22.278, es la contradicción en su contenido, con la Convención Interamericana de los Derechos del Niño, ya que el fin de la sanción al niño es reintegrarlo a la sociedad, no privarlo definitivamente de sus derechos fundamentales excluyéndolo absolutamente de la comunidad, como sería en caso de admitir la prisión perpetua.

Cabe destacar, que los objetivos del procedimiento del menor confinado en establecimientos penitenciarios, en virtud de lo establecido por el Art 26 de las Reglas Mínimas de Beijing son ; *a) garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional* (para permitirle un desempeño constructivo y productivo en la sociedad), *b) el cuidado, la protección y toda la asistencia necesaria, social, educacional, profesional, psicológica, médica y física*, (en interés de su desarrollo), *c) la formación académica o profesional adecuada a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación.*

En definitiva, se deberá garantizar al niño acusado de haber infringido la ley penal, el pleno goce de las garantías contempladas en las Reglas Mínimas de Beijing y todas aquellas que se encuentran impuestas por la CIDN. Por ello, en el próximo capítulo, ilustraremos con los casos jurisprudenciales más relevantes, la postura que antecede.

Capítulo VI. Análisis jurisprudencial.

6.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Bulacio vs. Argentina".

En cuanto a los adolescentes infractores privados de libertad, cabe detenernos, a los fines de analizar el efectivo o ineficaz cumplimiento de los principios y garantías,⁵¹ en protección del menor, como seguridad legal, ante la resolución de medidas privativas de libertad.⁵²

En virtud, del sistema garantista de responsabilidad penal juvenil, contemplado por los instrumentos internacionales mencionados ut supra, cabe reflejar la necesidad de un funcionamiento generalizado del sistema. Por ello ponemos en cuestionamiento la ley vigente (22.278), y en consecuencia analizaremos el caso *Bulacio vs Argentina*.

Es relevante manifestar los hechos del caso enunciado; *‘La Policía Federal Argentina realizó una detención masiva en un concierto de rock. Uno de los arrestados, menor de edad (17 años), falleció a causa de golpes propinados por agentes policiales. Ante la demora de la justicia penal en esclarecer los hechos, los familiares de la víctima los denunciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien presentó el caso ante la Corte Interamericana. Habiendo reconocido el Estado argentino su responsabilidad, dicho tribunal declaró que el demandado había incurrido en violaciones a los derechos humanos y mandó resarcir los perjuicios ocasionados a los familiares de la víctima.’* (GARCIA & CORLETO, 2004)

Cabe resaltar, en relación a lo anterior que la Comisión solicitó a la Corte que ; *declarara la violación en perjuicio de Walter David Bulacio de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal) y 19 (Derechos del Niño), así como los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) en detrimento de aquél y sus familiares, todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana. Igualmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado adoptar diversas reparaciones pecuniarias y no pecuniarias (infra 82, 92, 107 y 147).*⁵³

De lo expuesto, cabe realizar un análisis minucioso acerca de la violación de los derechos del menor Walter Bulacio. El 19 de Abril de 1991, la Policía procedió a

⁵¹ Convención Interamericana de Derechos del Niño.

⁵² Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113 , (14 de Noviembre de 1990)

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bulacio c/ Argentina (18/09/2013)

detener a más de ochenta personas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre ellos Walter, que se encontraba en un concierto de rock. El menor fue trasladado por la policía a la Comisaria (35 a), en este lugar ha sufrido fuertes golpes, es decir que ilícitamente los policías han incurrido en (vejaciones y apremios ilegales).

En el expediente consta, que no se notificó al Juez de Menores, tampoco a sus familiares, (es decir que se ha violado con el principio de debido proceso e inocencia).

Posteriormente, (el 20 de abril de 1991) el joven fue trasladado en ambulancia a un Hospital, (sin la debida notificación a sus padres y al juez). El medico diagnostico que el menor presentaba graves lesiones, denominado "traumatismo de cráneo". El mismo día fue llevado a otro Hospital a los fines de un estudio en la cabeza. Walter, le conto al médico que había sido golpeado por la policía, y esa noche fue visitado por sus familiares, y (sus padres) manifestaron que se habían enterado por los dichos de un vecino.

El 20 de abril de 1991, el menor fue trasladado nuevamente a otro Hospital (llamado Mitre). Recién en esta oportunidad el médico de guardia denunció a la Comisaria que; "*había ingresado un menor de edad con lesiones y en consecuencia, ésta inició una investigación policial por el delito de lesiones*". (GARCIA & CORLETO, 2004).

Como podemos observar, ante el accionar ilegítimo del personal policial, Walter ha sido privado de sus derechos fundamentales (debido proceso, inocencia, comunicación a sus padres) y lo que es peor, ante las lesiones graves sufridas, han dilatado el tiempo, para una pronta recuperación y en consecuencia, incurrieron sin dudas a la violación del derecho a la vida. Ya que, el 26 de abril, el joven muere.

Más allá de lo mencionado, es importante destacar que el Juzgado se declara incompetente y remite la causa en contra de Bulacio por lesiones seguidas de muerte al Juzgado Nacional Correccional de Instrucción, que resuelve delitos cometidos por personas mayores de edad. Ante esta situación, los padres se constituyen en querellantes de Walter.

Ante el conflicto de competencia entre los Juzgados, que remitían la causa, por la intervención de otras personas. El 22 de mayo de 1991, *la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional unificó la causa y la envió al Juzgado No. 9, que la denominó "Bulacio Walter s/muerte"*.⁵⁴

⁵⁴ Fuente; La ley (AR/JUR/2952/2003)

El 28 de mayo, la Cámara decide procesar al Comisario Miguel Ángel Espósito por delitos de privación ilegal de la libertad, abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público. Durante siete meses se tomaron aproximadamente 200 declaraciones y la causa se mantuvo en “secreto de sumario”

El 21 de febrero de 1992, el Fiscal pidió “sobreser parcial y definitivamente” a Miguel Ángel Espósito en lo que respecta a la muerte del menor Walter David Bulacio.

Se interpuso un recurso de Apelación y el 19 de mayo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dispuso que “las consideraciones precedentes impiden responsabilizar al procesado por la aplicación de un instrumento inconstitucional Memorándum 40, cuando Miguel Ángel Espósito, pudo no ser consciente de ello” y basado en que su conducta “se ajustó a las prácticas habitualmente vigentes”. (GARCIA & CORLETO, 2004)

El memorándum mencionado era una comunicación efectuada de la Dirección Judicial de la Policía Federal Argentina a otro funcionario encargado de la Dirección de Seguridad, el cual “dejaba en manos del Comisario Espósito la apreciación de labrar actuaciones sin promover consulta a ningún tribunal, siendo la actuación extrajudicial.”⁵⁵

De lo expuesto hasta aquí, nos preguntamos, ¿es posible que un memorándum, tenga mayor fuerza legal que la CIDN? Consideramos que esta resolución en contra del menor, es plenamente violatoria de sus derechos. Es decir, que desde la detención no se efectivizaron los derechos de los que gozaba plenamente Walter, ni aún, después de muerto.

Ante la resolución del sobreseimiento, los padres del menor apelaron. La Cámara de Apelación decidió transformar en definitivo el sobreseimiento del policía (Espósito). Ante esta situación los querellantes presentan un recurso extraordinario, el que fue rechazado. Ante el agravio que les ocasionaba a sus padres, deciden interponer un recurso de queja ante la CSJN.

La CSJN⁵⁶, declara procedente el recurso extraordinario interpuesto. Y el 7 de Julio de 1994, la Cámara de Apelaciones resuelve; “parece necesario continuar investigando los alcances de la conducta enrostrada al imputado y revocó el sobreseimiento provisional” (GARCIA & CORLETO, 2004)

⁵⁵ CIDH, Bulacio c/ Argentina. (2003). La ley: AR/JUR/2952/2003

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es importante poner de manifiesto que la CSJN, determina que el Juzgado Nacional de Menores N° 4, era el competente para resolver la causa.

Reflexionemos, hasta la instancia que llegó la causa, para que la justicia en definitiva, actúe. Es decir, todos los juzgados se declaraban incompetentes y dictaban el sobreseimiento del policía, hasta que la CSJN, designó quien tenía la jurisdicción para conocer y resolver el caso.

Por último, el Juzgado y sin más trámite decide, recién en 1994; *“la detención preventiva del Comisario Miguel Ángel Espósito por el delito de privación ilegal de libertad calificada y dispuso un embargo por \$100.000,00 (cien mil pesos)*. En contra de esta resolución apela Espósito en 1995. No prospera ya que se confirma la privación de libertad. El Fiscal posteriormente se adhiere a esta solicitud y se decreta la reapertura de la investigación.⁵⁷

A nuestro criterio, este caso es reflejo de la transgresión de los derechos del menor. En tanto, desde un principio, más allá de que el menor en ese momento pudo haber infringido las normas penales, la policía no puede, bajo ninguna circunstancia privarlo de sus derechos constitucionales. Vemos, que en definitiva quien resultó víctima fue el menor, ya que culminó con la muerte.

Lo que resulta inadmisibles a nuestro juicio, es privar al menor de su libertad, sin conocimiento del fiscal, ni del juez. Creemos que lo correcto y oportuno hubiera sido, que el menor goce plenamente de los derechos constitucionales (defensa, comunicación de sus padres, debido proceso).

Para culminar, queremos manifestar, la contradicción de hecho y de derecho que se plantea en el caso. Ya que, al menor se lo privó ilegítimamente de su libertad, sin pruebas. Y, a quien incurrió en violación de sus derechos, (al policía procesado) en reiteradas oportunidades se dictaba el sobreseimiento por falta de pruebas.

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolvió que: *“toda violación de una obligación internacional que haya causado un daño genera una nueva obligación, para el Estado que ha incumplido, de reparar adecuadamente el daño causado en el caso, a los familiares de un menor fallecido a raíz de los golpes propinados por agentes policiales durante una detención ilegal, sin que la justicia haya esclarecido el hecho ni identificado a sus autores, según la norma consuetudinaria recogida en el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,*

⁵⁷ Fuente; la ley, (AR/JUR/2952/2003)

debiendo condenarse al pago de una indemnización compensatoria cuando no resulta posible la restitutio in integrum".⁵⁸

Por último, la CIDH, condena al Estado argentino a: "*(...) investigar y sancionar a los responsables, reivindicar la memoria de la víctima, dar consuelo a sus deudos, reprobando oficialmente las violaciones acaecidas y comprometerse para que no vuelvan a ocurrir.*"⁵⁹. Y a los fines de velar por los derechos garantizados por los instrumentos internacionales vigentes, el juez (Dr. Gil Lavedra), en cuanto a la defensa que opuso el Estado argentino dijo; *se desestima la defensa fundada, en que estaría prescripta la acción penal tendiente a investigar los hechos denunciados como violaciones a los derechos humanos, pues de lo contrario, se restaría eficacia a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, que los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han obligado a respetar.* (GARCIA & CORLETO, 2004)

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bulacio contra Argentina (2003)

⁵⁹<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600001463a8ee7cc10cb1748&docguid=i9D6A3DE1F97E11D7896E0001027AD7FD&hitguid=i9D6A3DE1F97E11D7896E0001027AD7FD&spos=23&epos=23&td=25&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=7&crumb-action=append>

6.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Mendoza y Otros c/ Argentina

A los fines de demostrar la necesidad de un cambio legislativo, es ineludible justificar la petición a través de un fundamento. Por ello, analizaremos el caso que antecede para dar respuesta a aquello que arduamente nos venimos preguntando. ¿Por qué una nueva ley para el menor?

Nos parece necesario, hacer hincapié en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ya que es el primer instrumento en la historia que garantiza la protección integral del menor ante la comisión de un hecho delictivo. Esta ley internacional (en su contenido, espíritu y alcance) ha provocado sin dudas fuertes críticas al actual Régimen Penal Minoritario, por su contenido claramente punitivo y arbitrario. (Mendez, 2004)

Por ello, es menester ilustrar el alcance de la ley 22.278 a través del caso: *Mendoza y Otros contra Argentina*.

En esta causa, el Estado Argentino ha sido demandado por condenar a prisión perpetua a varias personas que cometieron delitos cuando eran menores. Lo trascendente, es que dos de ellos perdieron la vida mientras cumplían con la condena. Uno de ellos se suicidó, otro perdió la vida a causa de un motín y los demás sufrieron graves torturas.

Es conmovedor pensar, cómo es posible que los jueces hayan impuesto una pena de privación perpetua a menores de 18 años, por delitos que cometieron cuando eran niños. Sin considerar su estado de vulnerabilidad, ni la condición del menor en razón de su edad. ¿En qué se fundamentó la resolución? En la aplicación de un sistema que permite que los menores sean tratados de la misma manera que los adultos infractores.

Es importante realizar un análisis pormenorizado de los condenados, en virtud de los detalles que obran en el expediente citado.

En cuanto a los hechos probados, del informe surge que; ⁶⁰·*César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández, crecieron en barrios marginales, en una situación de exclusión y gran vulnerabilidad socioeconómica, con carencias materiales que*

⁶⁰<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000001463fb9580ff2a40c6d&docguid=i078AC10FB655F74772599F69C925F2A0&hitguid=i078AC10FB655F74772599F69C925F2A0&spos=5&epos=5&td=80&ao=i0ADFA87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=83&crumb-action=append>

condicionaron su desarrollo integral. La mayor parte de ellos tuvieron estructuras familiares desintegradas, lo que cual generó modelos frágiles de referencia e identidad. Otro patrón común entre todos ellos es que abandonaron sus estudios primarios y secundarios antes de concluirlos y tuvieron los primeros contactos con la justicia penal a muy temprana edad, lo cual trajo como consecuencia que pasaran gran parte de su infancia en institutos de menores hasta cumplir los 18 años.”

*Así, **César Alberto Mendoza**, nació el 17 de octubre de 1978 y vivió en un barrio de emergencia con “Necesidades Básicas Insatisfechas. Según los informes sociales y el informe psicológico que constan en el expediente, su padre abandonó el hogar familiar cuando éste tenía 4 años, por lo cual quedó a cargo de su madre. Posteriormente su madre formó pareja y también abandono el hogar. El joven dejó la escuela desde muy pequeño, interrumpiendo sus estudios. A los 12 años fue detenido por primera vez, por una tentativa de robo, y a los 14 años comenzó a consumir marihuana y fue detenido nuevamente por tentativa de robo, por lo cual ingresó al Instituto de menores (Manuel Rocca). Desde ese momento comenzó a transitar por distintas instituciones de menores.*

***Claudio David Núñez**, nació el 20 de agosto de 1979 en Tucumán. Cuando tenía 9 años su familia se trasladó a Buenos Aires, al Barrio Ejército de los Andes (conocido como Fuerte Apache) y aquél comenzó a trabajar en una panadería. Según el informe social y el informe psicológico remitidos al Tribunal, Claudio David Núñez tuvo contacto con el sistema penal por primera vez a los 14 años, al verse implicado en el homicidio de su padre, quien golpeaba a todo el grupo familiar y sometía sexualmente a una de sus hermanas. A partir de ese momento fue institucionalizado en hogares para niños.*

***Lucas Matías Mendoza**, nació el 24 de septiembre de 1980 y vivió en el Barrio Ejército de los Andes (“Fuerte Apache”), de la Provincia de Buenos Aires. De conformidad con los informes sociales presentados a la Corte, su padre abandonó el hogar familiar cuando Lucas Matías Mendoza contaba con 12 años de edad, quedando al cuidado de su madre y su abuela. Su madre fue la encargada de la manutención de todo el grupo familiar, dentro de una situación socioeconómica precaria. Lucas Mendoza nunca finalizó los estudios secundarios. En relación a su barrio, el joven relató que allí “pasaba de todo” y que era “cotidiano que muriera alguien”. En 1997 Mendoza fue detenido y desde ese momento comenzó su paso por institutos de menores.*

Saúl Cristian Roldan Cajal, nació el 10 de febrero de 1981 en la provincia de Santiago del Estero y cuando tenía 7 años su familia se movilizó a la capital de la Provincia de Mendoza, donde se instaló en una vivienda ubicada en uno de los barrios más marginales de la ciudad. Roldán Cajal ejerció la mendicidad desde pequeño y su padre falleció durante su infancia. A esa edad fue institucionalizado en la Colonia 20 de junio, un centro de alojamiento de niños y niñas separados de sus grupos familiares. Luego pasó por diferentes familias cuidadoras y por el Centro de Orientación Socioeducativa (C.O.S.E), hasta que finalmente, a los 18 años, fue detenido.

Ricardo David Videla Fernández, nació el 17 de septiembre de 1984 y residió en el Barrio San Martín, en la periferia de la ciudad de Mendoza. Las jornadas de trabajo de sus padres fueron muy extensas, lo cual implicó que no pudieran “acompañar el crecimiento de sus hijos”, tal como lo relató Stella Maris Fernández, madre del joven. A los 14 años David Videla Fernández comenzó a desempeñar tareas remuneradas. A los 15 años su madre comenzó a notar cambios en la conducta del joven y descubrió que se drogaba. A los 16 años y medio fue detenido por primera vez e internado en el C.O.S.E., y desde ese momento comenzó su paso por los institutos de menores. (CESARONI & MORABITO, 2013)

Nos parece enriquecedor extraer los párrafos del expediente mencionado, a los fines de conocer la situación en la que se encontraba cada uno de ellos. Con el objeto de esclarecer las cuestiones de hecho y derecho.

Por ello, cabe hacer mención, a los factores que influyeron en el actuar delictivo de los niños, entre ellos, la falta de educación, la carencia afectiva de su familia, la situación marginalidad en la que se encontraban, la influencia de los adultos, la adicción a los estupefacientes, la pobreza, la exclusión de la sociedad, etcétera.

En cuanto a las cuestiones de hecho, es decir, los delitos cometidos por estas cinco personas, cuando eran menores de 18 años fueron; 1) En relación a Cesar Alberto Mendoza, fue condenado a prisión perpetua por “robo doblemente calificado, en concurso material con lesiones graves y doble homicidio calificado, esto último en calidad de partícipe necesario”. 2) Claudio David Núñez, fue declarado penalmente responsable por: “homicidio calificado en cinco oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, dos en tentativa, tenencia ilegítima de arma de guerra y asociación ilícita, todos ellos en concurso real” por lo cual se resolvió la reclusión perpetua. 3) Lucas Matías Mendoza, ha sido declarado responsable por delitos de: homicidio calificado reiterado en dos oportunidades, robo agravado por el

uso de armas, tenencia ilegítima de arma de guerra y asociación ilícita y en consecuencia se declaró la prisión perpetua. 4) Saúl Cristian Cajal había incurrido en homicidio agravado en concurso real con robo agravado, a quien también se lo condenó a prisión perpetua. 5) En cuanto a Ricardo Raúl Videla, se lo declaró penalmente responsable por: "homicidio agravado en concurso real con robo agravado en dos oportunidades, tentativa de robo, robo agravado, tenencia de armas de guerra; y robo agravado, coacción agravada y portación ilegítima de arma civil, y le impuso la pena de prisión perpetua. Respecto a estos delitos se iniciaron 9 causas penales. Todos los delitos imputados tuvieron lugar cuando Ricardo David Videla Fernández era menor de 18 años." (CESARONI & MORABITO, 2013)

Ante la comisión delictiva, de los menores mencionados, se resolvió conforme a la ley 22.278 (creada y promulgada por la última dictadura militar). La misma contempla en los artículos 2 y 3: que los jueces pueden disponer "tutelarmente" del menor que incurra en delito, durante las etapas de investigación y tramitación del procedimiento.

Pero, no establece una limitación temporal, para las medidas que puede adoptar el juez. En contraposición con lo dispuesto por la CIDN, en el Art 37 inc. B, establece que será por el tiempo más breve que proceda.

Como podemos observar, existe un conflicto normativo, entre (Ley 22.278 y CIDN). Ya que, nuestra ley nacional en materia penal, dispone que la aplicación de la pena quedara subordinada al tratamiento tutelar. Es decir que le otorga el poder al juez para disponer del menor.

En relación a lo mencionado, los jueces han ejercido ampliamente sus facultades discrecionales otorgadas por la Ley 22.278, y como consecuencia resolvieron la prisión perpetua de estos cinco niños.

En cuanto a las cuestiones de derecho, la CIDH⁶¹ resolvió por unanimidad: 1) *El Estado Argentino es responsable por la violación del derecho conforme al art. 7.3 de la CADH en perjuicio de varios internos menores de edad, al imponerles sanciones penales de prisión y reclusión perpetuas, por la comisión de delitos siendo niños, pues, los jueces no consideraron la aplicación de los principios de la normativa internacional en materia de derechos de los niños. 2) Para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el*

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos.

principio de proporcionalidad, que implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia o sociedad. 3) De conformidad con el art. 5.6 de la CADH, la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños, antes bien, implican la máxima exclusión del menor de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan.

Pensamos que nuestra tarea como sociedad, es formular propuestas para un cambio, y en consecuencia el Estado tendrá que modificar la ley 22.278, a los fines de hacer efectivo un sistema adecuado en materia penal para niños, niñas y adolescentes.

No podemos permitir que este caso vuelva a ocurrir, ya que es inadmisibles condenar a prisión perpetua a un niño. El régimen penal minoritario está fallando, contradice leyes con jerarquía constitucional, vulnera los derechos del niño, es arbitrario y requiere un urgente cambio.

Tal como dispuso la Corte: *“El Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad”*. Hace mención sólo a estos tres menores, ya que los otros dos han sido víctimas de la muerte.

En conclusión, el Estado Argentino fue declarado responsable por incurrir en la violación de los derechos humanos. Esta transgresión de los derechos del niño, es adjudicable a los tres poderes del Estado. Al Poder Judicial, por el dictado de la prisión perpetua a menores de edad sin dirimir la verdad legal y real. Al Poder Legislativo, por la omisión de sancionar un régimen penal juvenil adecuado para niñas, niños y adolescentes. Y al Poder Ejecutivo, por lesionar gravemente a los menores durante el encierro.

6.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Penitenciarias de Mendoza.

En cuanto a la ejecución de la pena del menor punible (mayor de 16 años), habrá que analizar si en el transcurso del cumplimiento de la condena se hacen efectivos los derechos fundamentales de los que goza plenamente el menor. Por ello, es menester el estudio del caso citado, a los fines de examinar cómo son tratados los internos en los establecimientos penitenciarios.

El caso, "*CIDH. Penitenciarias de Mendoza*"; revela el quebramiento de los derechos humanos de los niños, al encontrarse privados de su libertad.

En cuanto a los hechos del fallo citado, podemos hacer mención a lo que determinó la CIDH (con respecto a la Penitenciaría de la Provincia de Mendoza, situada en la localidad de Lavalle): "*la vida de los internos en tales establecimientos se encuentra en riesgo constante debido a los problemas de saturación, higiene y condiciones de salud imperantes.*"⁶²

A nuestra crítica, si bien este antecedente surge del año (2004), si hoy ingresamos a cualquier establecimiento penitenciario, podremos observar la situación riesgosa y de vulnerabilidad en la que se hallan los menores presos.

Por ello, cabe destacar, que el Estado debería asegurar las condiciones de seguridad a los fines de proteger la vida de los reclusos. Ya que, no podemos aceptar que ante la inseguridad (por falta de estructura y subdivisión entre los internos) surjan incidentes que culminen con la muerte.

En la provincia de Mendoza, en el caso citado se han producido aproximadamente quince muertes: "*en el año 2004 murió un interno y dos internos fueron gravemente heridos; apareció muerto un recluso; un grupo de internos causó un incendio que provocó 16 internos heridos e intoxicados; murieron dos internos y un guardia penitenciario resultó herido durante un intento de fuga; murió un interno tras recibir heridas de cuchillo durante una pelea con otros reclusos; murió un interno al recibir una herida en el abdomen durante una discusión con otros reclusos; un interno murió tras recibir una herida producida con arma blanca (...)*"

Otras cuestiones que dispuso la CIDH fue la de: *proveer condiciones de higiene y salud adecuada, incluyendo el acceso a servicios sanitarios y duchas.* Ya que en virtud de las declaraciones de los testigos, la penitenciaría en mención, se encontraba en

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Penitenciarias de Mendoza (2004)

un estado lamentable, porque no había baños en el interior de los pabellones, los internos tenían que realizar sus necesidades fisiológicas en bolsas de nylon o de plástico y/o en botellas de plástico; los excrementos eran arrojados al aire libre contaminando el ambiente; hacía falta agua; las autoridades no desinfectaban las celdas, las cuales se encontraban llenas de "chinchas, piojos, hongos y sarna"; los internos tenían que comer, defecar y orinar en el mismo lugar donde se encuentran encerrados ; los internos no tenían ningún tipo de trabajo o tarea de resocialización, no había separación entre condenados y procesados, no había suficientes guardias penitenciarias.⁶³

Este caso demuestra la necesidad de ayer, hoy y siempre, de garantizarle al menor un lugar carcelario que cumpla con las condiciones mínimas. Para que el niño pueda reflexionar sobre su actuar ilícito y en consecuencia sea reinsertado a la sociedad con una actitud distinta a la que ingreso.

De lo contrario, si el interno es tratado violentamente por los guardias de seguridad, y vive en condiciones que degradan su vida, a su egreso, saldrá con una actitud mucho peor y no se podrá lograr el fin de la pena "la reinserción del menor a la sociedad".

En definitiva, es imprescindible que todas las penitenciarías cumplan con las medidas primordiales establecidas en el Art 37 inc. c) de la CIDN; *El Estado deberá velar por que "todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a toda persona humana (...)"*.

⁶³ LA LEY: AR/JUR/6444/2004.

<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad60079000001464a549c595e2d4983&docguid=i16D63C3223BA4C61858AAC51F53B80CE&hitguid=i16D63C3223BA4C61858AAC51F53B80CE&spos=12&epos=12&td=13&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=6&crumb-action=append>

Consideraciones Finales:

Del análisis planteado surge razonar acerca de cómo los Derechos pueden influir para producir un cambio legislativo, a los fines de evitar toda violación y/o aberración en contra del niño.

Si bien, aludimos a un modelo ideal, esto es, el equilibrio entre los derechos y la responsabilidad del menor frente a su actuar ilícito. Para ello, se deberá considerar en el caso concreto las premisas que plantea la protección integral. Y en la resolución no contradecir una ley con jerarquía superior.

El régimen penal que se aplica a los menores debe necesariamente respetar la naturaleza y dimensiones del sujeto. Así como, lo establecido por la Convención Interamericana de los Derechos del Niño, caso contrario estaríamos en incumplimiento e inobservancia de la pirámide jurídica, y por sobre todo la ilegitimidad de la norma y/o resolución. Como podemos observar, es evidente que la ley (22.278) creada en el gobierno de facto es contraria a la CIDN, y en consecuencia de ello, proponemos un sistema distinto. En particular, incluir al niño, pues la base de la "consecuencia" de conflicto con la norma penal es la exclusión.

Por lo tanto, sugerimos, un sistema adecuado de protección para los menores de 18 años, es decir, que es necesario que el régimen penal del niño contemple un tratamiento particular, especial, diferenciado, que distinga al niño del adulto.

Como fundamento de ello, nos preguntamos, si el tratado se encuentra en plena vigencia, ¿Por qué los menores se encuentran en conflicto con la ley penal? ¿Sirve de algo la CIDN? A nuestro criterio debemos exigir el cumplimiento de los derechos de todo niño, niña y adolescente procesado ante la infracción de la ley penal.

Por ello, es nuestro anhelo luchar por el reconocimiento de los derechos del menor sujeto a juicio penal, poniendo en consideración los factores que influyen en la comisión delictiva.

Como mencionamos anteriormente, algunos de los factores son; la influencia de los adultos en el actuar delictivo del menor (padres o mayores que conviven con el menor), que en muchas ocasiones manipulan al niño para someterlo a la infracción de las normas. En este caso, nos parece necesario que la norma vigente agrave la pena para al adulto que promueva y/o manipule al niño para delinquir.

Otra de las cuestiones que se deberá trabajar, es la educación. Consideramos que la misma es el principio de todo accionar. Por lo tanto, si generamos proyectos

educativos para los niños, podremos evitar la comisión delictiva, y en consecuencia disminuir el porcentaje de delincuencia.

Otra cuestión, que no podemos dejar de mencionar, es la cadena perpetua aplicable a los niños. Admitir esta medida es violatoria de la CIDN, ya que la misma contempla que se deberá aplicar al menor la pena más breve que proceda según el caso concreto.

Nos oponemos a esta resolución en contra del menor, ya que el mismo se encuentra en etapa de crecimiento, y condenarlo para no volver a ser parte de la sociedad, sin darle otra oportunidad, nos parece aterrante, ya que implicará admitir ; *“que el menor pase más tiempo en la cárcel que los años que lleva de vida”*. (BELOFF, 2013).

La ley 22.278, omite el reconocimiento de los derechos establecidos por la CIDN, es decir, es netamente punitiva. En consecuencia de ello, tal como establece la doctrina y jurisprudencia⁶⁴; *“los jueces aplican la ley, no pueden resolver conforme a lo que no se encuentra plasmado por el ordenamiento jurídico”*. Los jueces, manifiestan, que es tarea del Poder Legislativo crear y/o modificar las leyes, ellos no pueden hacer nada al respecto, más, que aplicar las leyes vigentes al caso particular. (BELOFF, 2013)

En este sentido, el presente trabajo posibilitó mi incorporación al equipo de investigación que dirige la Doctora Elizabeth López Monrroy, en el marco del proyecto que lleva por título: *“Protección integral de niñas, niños y adolescentes”*. Labor que se desarrolla en el Centro de Investigación y Transferencia de Catamarca (CITCA), unidad ejecutora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET). La finalidad del trabajo es fundamentalmente receptor las bases del paradigma de la protección integral en la provincia de Catamarca y en el país, a través de la formulación de un proyecto de ley acorde a la naturaleza de los menores.

En concordancia con los lineamientos del Dr. Martiniano Terragni, exponemos que; *“La reforma legal debe venir acompañada, a su vez, de cambios en la práctica jurídica, que sólo puede venir de la mano de un trabajo en conjunto con los diferentes poderes políticos del Estado y del diseño de políticas públicas basadas en información real y trabajos empíricos que muestren las necesidades reales de esta parte de la población. De este modo, cualquier reforma legislativa en este sentido acompañará las necesidades reales de la población, que aspira en su conjunto a contar, cuanto antes,*

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado, Recurso de hecho (2005)

con un régimen penal juvenil que se encuentre a la altura de las circunstancias actuales y reales de la población en general." (TERRAGNI, 2013)

En definitiva, la solución para una mejor administración de justicia para el niño, está en nuestras manos, sosteniendo siempre nuestra convicción : **"es necesario que el menor se responsabilice por la comisión del delito y en consecuencia cumpla con la medida dispuesta por el juez, pero sin olvidar que más allá del delito cometido, sigue siendo sujeto titular de derechos."**

Bibliografía

- ALESANDRO, B. (1987). Principios del derecho Penal Mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley. Buenos Aires.
- ALVAREZ, R. . (2011). *Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Un análisis desde el método de casos*. Córdoba: Advocatus.
- BELOFF. (2013). *Estudios sobre la edad penal y derechos del niño*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- BELOFF, M. (2008). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Del Puerto.
- CESARONI, & MORABITO. (10 de 2013). *LA LEY*. Recuperado el 28 de 01 de 2014, de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- CLAUDIA, C. (s.f.). “*La vida como castigo, historias de adolescentes condenados a prisión perpetua en Argentina*”.
- DUGUIT, L. (2003). *La Transformacion del Estado*.
- FORADORI. (2013). Archivos de criminología, neuropsiquiatria y disciplinas conexas. En P. e. delincuentes.
- GARCIA, L. M., & CORLETO, J. D. (2004). *LA LEY*. Recuperado el 29 de 05 de 2014, de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- LASCANO. (2005). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba: Advocatus.
- MAIER, J. (2001). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MARTINIANO, T. (2009).
- MENDEZ, E. G. (2004). *Infancia. De los derechos y de la justicia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MONTALTO. (2006). *Niñez y Adolescencia. Parorama internacional, nacional y provincial*. Córdoba: Mediterranea.
- TERRAGNI, M. (21 de 10 de 2013). *LA LEY*. Recuperado el 29 de 05 de 2014, de <http://www.laleyonline.com.ar>
- UNGARO. (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil*. Benos Aires: Cathedra Juridica.
- ZABIAUR. (1884). *La protección del niño. Estudio de las principales disposiciones de Código Penal argentino sobre los menores de edad y los medios de proteccion y corrección para los mismos*. Buenos Aires: Vapor Luis Maunier.

ZAFFARONI. (2000). *Derecho Penal, Parte General, Ediar*. Buenos Aires: Ediar.

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

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

Autor-tesista (apellido/s y nombre/s completos)	Larcher Botturi Stephanie Alejandra
DNI (del autor-tesista)	35.269.155
Título y subtítulo (completos de la Tesis)	“El derecho de los niños a ser tratados en forma diferenciada en el proceso penal”
Correo electrónico (del autor-tesista)	rouse_larcher29@hotmail.com
Unidad Académica (donde se presentó la obra)	Universidad Empresarial Siglo 21
Datos de edición: Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad	San Fernando del Valle de Catamarca, Carpe Diem, Lencina César, 1 de Agosto del 2014.

Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).	
---	--

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

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

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

Lugar y fecha: San Fernando del Valle de Catamarca, 1 de Agosto de 2014

Firma

Aclaración

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

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

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado