



TRABAJO FINAL DE GRADO DE ABOGACÍA

Análisis del Régimen Penal de la Minoridad.

Proyecto de Investigación Aplicada

UNIVERSIDAD SIGLO 21

Carla Agustina Tellez

2017

Agradecimientos

Dedico este trabajo de graduación especialmente a mi madre, que me ha dado su amor y apoyo incondicional durante toda mi vida.

A mi abuelo Enrique, que aunque hoy ya no está conmigo, siempre con su cariño y dedicación me alentó a cumplir esta meta.

A mi tía Gladys, mi segunda madre, que me ha acompañado con todo su amor desde el día que nací.

A mis tíos Justo y Miriam junto a mis primos, que durante todos estos años han estado presentes con un consejo, una palabra de cariño a pesar de la distancia.

Por último, a todas aquellas personas que han aportado durante mis veinticuatro años un granito de arena desde el amor.

Resumen

El presente trabajo final de grado persigue como objetivo examinar el Régimen Penal de la Minoridad en la República Argentina, para así poder llegar finalmente a observar y analizar si la normativa se adecua a los parámetros internacionales hoy vigentes.

Para desarrollar el objetivo propuesto, la investigación comenzará con el análisis del régimen penal de la minoridad dentro del sistema penal argentino, junto a la figura de la autoridad judicial, caracterizada por su gran margen de discrecionalidad.

Seguidamente, examinaremos las medidas de seguridad, su importancia y la forma en que son llevadas a cabo, como elemento fundamental del régimen penal juvenil.

Adentrándonos de lleno en el problema de investigación, desarrollaremos el marco internacional y constitucional en la materia; esto es, la convención sobre los derechos del niño, la ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes y el régimen penal juvenil en la provincia de Córdoba, respectivamente.

Para finalizar, abordaremos el fallo que nos mostrará la gran controversia que genera el tema en la sociedad argentina, cómo la justicia actúa de acuerdo a los parámetros internacionales y la opinión de la doctrina.

**PALABRAS CLAVES: REGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD -
AUTORIDAD JUDICIAL – DISCRECIONALIDAD – MEDIDAS DE SEGURIDAD –
MENORES – CONVENCION – PROTECCION INTEGRAL.**

Abstract

This final graduate thesis work is aimed at examining the penal regime concerning minors in Argentina, to finally observe and analyse if the legislation fits the current international parameters.

In order to develop the postulated objective, this research will start with an analysis of the penal regime concerning minors in the Argentinean Penal System, together with the image of the judicial authority, characterized by its wide discretionary scope.

After that, we will examine security standards, their importance and the way in which they are applied, as a key element of the juvenile penal regime.

Going into the research problem in deep, we will develop the international and constitutional frame of the matter; in other words, the convention on children's rights, the children and adolescents' integral protection law and the juvenile penal regime in Córdoba province, respectively.

Finally, we will approach one judgement that will show us the great controversy this issue causes in the Argentinean society, how the judicial system acts concerning international parameters and the doctrine's opinion about this.

KEY WORDS: PENAL REGIME MINORS IN – JUDICIAL AUTHORITY – DISCRETIONARY – SECURITY STANDARDS – MINORS – CONVENTION – INTEGRAL PROTECTION.

Índice

Introducción	8
Capítulo I: Aplicación del Régimen Penal de la Minoridad	12
1.1 Reseña Histórica	12
1.2 Análisis del Régimen Penal de la Minoridad. Ley 22.278/22.803	13
1.3 La Autoridad Judicial	17
1.3.1 Concepto y Funciones	17
1.3.2 La Discrecionalidad	19
1.4 Conclusiones Parciales	21
Capítulo II: Las medidas tutelares en el Sistema Penal Juvenil	23
2.1 Antecedentes	23
2.2 Concepto y Fundamento	25
2.3 Clases	26
2.3.1 Medidas Curativas. Concepto	26
2.3.2 Medidas Educativas. Concepto	27
2.3.3 Medidas Eliminatorias. Concepto. Fallo Gramajo	28
2.4 Presupuestos para la imposición de una medida de seguridad	31
2.5 Conclusiones Parciales	32

Capítulo III: Régimen Penal Argentino	34
3.1 Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23.849. Reforma constitucional Del año 1994	34
3.2 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Ley 26.061	44
3.3 Régimen Penal Juvenil en la provincia de Córdoba	47
3.4 Conclusiones Parciales	50
Capítulo IV: Derecho de la región. Derecho en Europa	53
4.1 Latinoamérica y la situación de los menores	53
4.1.1 Breve reseña sobre los principales países de la región	57
4.2 Principales proyectos de reforma	61
4.3 La situación en Europa	64
4.3.1 España	67
4.3.2 República Federal Alemana	67
4.4 Conclusiones Parciales	69
Capítulo V: Análisis del caso Maldonado	71
5.1 Cuestiones Generales	71
5.2 Jurisprudencia. Caso	71

Conclusión	79
Bibliografía	86
Anexo	93

Introducción

La historia de la persecución penal tanto de niños como de adolescentes y de adultos se remonta al nacimiento del hombre en sociedad. Es allí cuando se comienzan a observar las primeras formas de tratamiento punitivo con el derecho penal primitivo, donde la primera forma de administrar justicia se realizaba de forma personal y desmedidamente, sin diferenciar la edad del infractor, donde lo único que importaba era el hecho realizado, el delincuente y la víctima. Con la expansión poblacional de las familias, clanes, tribus y otras formas de agrupamiento poblacional resultó el repudio penal de forma más amplificado, buscando castigar, ya no solamente al agresor, sino además a los demás miembros de las familias, y hasta de tribus o clanes, donde los niños y jóvenes sufrían las consecuencias de la ausencia de personalidad de la pena (Martinez, 2010).

Como en todo el derecho, la cultura romana fue crucial a la hora de determinar que se entendía por niño a aquél entre cero y siete años; entre los siete y los 14 años lo denominaban impúber y por último el menor de 14 a 18 años, el llamado menor de edad.

En el presente trabajo se intenta analizar el Régimen Penal de la Minoridad en la República Argentina, tomando como base la ley 22.278 y su respectiva modificación en la ley 22.803. Este cuerpo normativo data del año 1980, del último gobierno de facto autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”. González Del Solar (2009), entiende que la ley 22.278:

Actúa como un vector que reproduce y amplía lo que ya se decía sobre la materia en la ley 14.394, del año 1954, que había sido dictada en el marco de la Constitución Nacional del año 1949, cuyo art. 37 reconocía en el niño una especie de privilegio.

El régimen que establece la ley 22.278 posee un carácter tutelar-correctivo, para los niños menores de 16 años, inimputables por edad ante la ley penal, y para los niños mayores de 16 años, que a pesar de ser imputables, no son del todo punibles.

Podemos afirmar que la temática fue y es de gran importancia como así también de grandes discusiones y contradicciones. ¿Al menor, cómo lo juzgamos? Una corriente quiere y considera necesario que al menor se lo juzgue como un adulto porque afirma que es un ser capaz de comprender sus actos; y la otra parte que cree que no debemos hablar de castigo sino de tratamiento, que al menor hay que tratarlo como lo que es: un menor de edad, un ser sin la totalidad de madurez suficiente para llegar a comprender el rumbo de sus acciones y que muchas veces estas tienen que ver con el contexto en el que estos se desarrollan.

Claro está que el legislador, a la hora de la creación de estas leyes, optó por una posición semejante a la última. De esta manera se recepta un sistema de medidas tutelares para el menor que comete un hecho delictivo ¿Son estas medidas correctas para poder, de cierta manera tratar, acompañar y educar al menor? Así es que todas las provincias han aprobado las pautas para edificar una política integral para los adolescentes infractores de la ley penal.

El sistema de medidas de seguridad es un proceso de construcción respetuoso de los derechos humanos, que nos permitirá dejar atrás prácticas retrógradas, que no generan ningún resultado y adecuarnos a nuestra Constitución Nacional como así también a los estándares internacionales en la materia.

Habiéndose adentrado en la temática a desarrollar, establecemos como objetivo general de la investigación el problema a tratar: ¿El sistema tutelar, en su conjunto, impuesto por la autoridad judicial al menor de edad en el contexto de la ley 22.278/22.803 se adecuan al actual marco constitucional e internacional?, refiriéndonos como sistema, a las garantías y derechos del menor de edad, el proceso propiamente dicho, la actuación del juez penal juvenil y las sanciones impuestas. Planteando como hipótesis de trabajo: A pesar de la sanción de la Convención de los Derechos del Niño, su ratificación por parte de la República Argentina, la reforma de la Constitución que le da rango constitucional a dicha Convención, como así también, la sanción de la ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, hoy el Régimen Penal de la Minoridad (ley 22.278/22.803) no se adecua aún hoy al actual

marco constitucional e internacional propiamente dicho, en cuanto a los derechos del niño, niña y adolescente se trata.

El encargado de determinar e imponer estas medidas es la autoridad judicial, uno de los ejes principales en cuestión, analizando su rol, sus funciones y la consecuencia de todos los actos sobre el menor de edad. Al finalizar la investigación trabajaremos con un importante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuya característica sobresaliente es la discrecionalidad que poseen los magistrados en la selección del tratamiento o pena que consideraron más adecuado en el proceso de juzgamiento del menor delincuente. Y así volviendo al problema de investigación poder afirmar si esta discrecionalidad es una ventaja o desventaja a la hora de analizar y entender si se respeta el contexto nacional e internacional, o simplemente es una muestra más de arbitrariedad de todo el sistema penal argentino.

Luego de habernos inmerso brevemente en los parámetros principales de la investigación, se podrá observar que para llegar a cumplir con el objetivo general nos planteamos diversos objetivos específicos: procederemos a determinar el alcance y en qué consiste la libre disposición que tiene la autoridad judicial sobre el menor; identificando y desarrollando el sistema de medidas tutelares que se imponen en la República Argentina. Abordaremos la Convención de los Derechos del Niño, su ratificación por parte de Argentina y la incorporación de la Convención al rango constitucional, la ley 26.061 de Protección Integral, el régimen penal en la provincia de Córdoba y su análisis respectivo. Y así por último poder comparar el Régimen Penal de la Minoridad con los regímenes penales juveniles en América Latina y realizaremos una reseña sobre el régimen penal juvenil en Europa, específicamente en España y la República Federal Alemana.

Por último, el desarrollo del TFG constará de cinco capítulos: el primero abordará el análisis del régimen penal de la minoridad, la figura de la autoridad judicial y su discrecionalidad; el segundo capítulo examinará todo lo concerniente a las medidas de seguridad en Argentina; el tercer capítulo analizará y desarrollará la normativa en cuanto a la protección del niño y del adolescente en nuestro país y en el contexto

internacional, como así también, la situación exclusiva en la provincia de Córdoba; el cuarto capítulo se centrará en la situación de los menores en Latinoamérica, a su vez se realizará una descripción de los sistemas penales juveniles en Europa, para luego concluir con la situación específica en España y la República Federal Alemana; y por último, el quinto capítulo es un apartado sobre jurisprudencia nacional sobre la temática abordada. En la última parte se elaborarán también las conclusiones finales a las que se arribe, las cuales abarcarán las consideraciones en cuanto a la procedencia de las medidas de seguridad y todo el régimen penal juvenil pero también se intentará aclarar, o al menos considerar, aquellas inquietudes e interrogantes que la cuestión genera.

CAPÍTULO I

Aplicación del Régimen Penal de la Minoridad

Para iniciar el desarrollo del presente trabajo final de grado el primer capítulo abordará de manera detallada el análisis del actual Régimen Penal de la Minoridad como punto de partida, junto con una breve reseña histórica del mismo.

El trabajo final se sitúa desde el año 1980, cuando fue sancionado el Régimen Penal de Minoridad, hasta la actualidad, pretendiendo analizar Argentina desde la óptica normativa de la ley 22.278.

A su vez, se desarrollará la figura de la autoridad judicial, como primer eje del régimen, y su discrecionalidad a la hora de estar frente al menor autor de un acto delictivo.

1.1 Reseña histórica

En lo que a los derechos del niño respecta, su reconocimiento no tiene tantos años en el derecho argentino. Tuvieron que pasar muchos años para que el niño sea considerado un sujeto pleno de derecho.

Ha sido un largo camino, el que se transitó para poder llegar a analizar el Régimen Penal de la Minoridad. Como primer antecedente en la materia, nos encontramos con la conocida “Ley Agote” o ley de Patronato de Menores.

Esta ley nace como un proyecto en el año 1909, formulado por el entonces diputado, el Dr. Luis Agote perteneciente al partido conservador. Al proyecto lo nombró Patronato de Menores Abandonados y Delincuentes, y sólo fue un proyecto hasta el año 1919, cuando se sancionó la ley 10.903, ley de Patronato de Menores.

Como sabemos, en el año 1921 se sanciona el Código Penal de la Nación, el cual especificaba la imputación de personas mayores a los 14 años de edad. Esta situación dura hasta el año 1954, cuando se sanciona la ley 14.394, ley de régimen de los menores y de la familia. Esta ley fue derogada en sus primeros 13 artículos en el año 1980, por la actual ley 22.278.

Retomando la ley de Patronato de Menores, comenzamos a observar lo que desarrollaremos más adelante: la absoluta potestad con la que contaban los jueces, la cual también era cedida al Consejo Nacional de Menores y al Ministerio Público de Menores.

Tal como señalan, Covelli, Rofrano, Monchablón Espinoza, Pinto (2009) el Dr. Luis Agote proponía *“recluirlos en la isla Martín García. Allí hay condiciones suficientes para el alojamiento de 10 mil menores vagabundos, quienes provistos de elementos de trabajo, y bajo una buena vigilancia moral, se convertirían en hombres buenos y sanos para el país”*. A su vez quienes justificaban la postura del diputado, sostenían que:

El Estado tiene el derecho de secuestrar a los menores cuya conducta sea manifiestamente antisocial, peligrosa, antes de que cometan delitos...No hay en ellos restricción de libertad civil: el menor no la tiene y sólo se trata de sustituir la patria potestad por la tutela del Estado. (p. 478)

La vigencia de la ley de Patronato de Menores se dio hasta el año 2005, cuando se sancionó la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

1.2 Análisis del régimen penal de la minoridad. Ley 22.278/22.803

La ley 22.278 fue sancionada en el año 1980, durante el gobierno inconstitucional de facto, autodenominado Proceso de Reorganización Nacional.

El Régimen Renal de la Minoridad (en adelante, “RPM”) se sitúa en el paradigma de la situación irregular y clasifica a los menores en menores inimputables y menores relativamente imputables. En ambos casos, el juez siempre tiene amplias facultades discrecionales al respecto.

En el primer artículo, podemos encontrarnos, por un lado, con la fijación del límite de edad. Será inimputable el menor de 16 años, es decir, a partir de esta edad el menor será punible, excepto cuando se trate de delitos de acción privada o aquellos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda los dos años de prisión con multa o inhabilitación. Aquí es necesario dejar claro que, a partir de los 18 años de edad, se los considerará penalmente responsables, situación fundamentada subjetivamente por la falta de madurez y desarrollo del menor.

Por otro lado, al final de este artículo, observamos la función de la autoridad judicial y se vuelve a hacer hincapié en el contexto en que se sancionó la norma. Vale recordar que, en aquel momento se permitía la absoluta privación de libertad de los menores. Como consecuencia de esto, el artículo establece que el juez, luego de estudiar detenidamente la situación del menor en cuestión; así como el abandono, la falta de asistencia, el peligro material o moral o los problemas de conducta podrá disponer definitivamente de él.

En el segundo artículo, repercute el primer artículo, ya que el segundo establece que será punible el menor de 16 a 18 años que incurriera en un delito no mencionado en el artículo uno. Aquí se logra ver, nuevamente, la libre disposición de la autoridad judicial cuando se compruebe, como ya mencionamos, la falta de asistencia, el abandono, el peligro material o moral o los problemas de conducta *sea cual fuere el resultado de la causa* (art. 2, ley 22.278) como se expone al final del artículo. El juez siempre podrá disponer sobre ello.

Pinto y Terragni (2012) señalan que la intervención del estado es una intervención coactiva, donde el juez dispondrá de la vida de un niño, sin importar si es víctima,

acusado, o que se resolvió en el proceso penal, argumentando “el abandono moral o material” del menor de edad. Los autores apuntan que el art. 2 no debería aplicarse, ya que resulta inapropiada la disposición por parte del juez de un menor absuelto en una causa penal, por la simple razón de que las medidas no se fundamentan en un hecho previo típico ni en un proceso sino que son simplemente discrecionales, opinión que compartimos.

El tercer artículo hace referencia a la disposición por parte del juez. En primer lugar - podrá con respecto al menor - ordenar las medidas que crea pertinentes a fin de asegurar su adecuada custodia y formación. En segundo lugar, tiene la potestad de restringir la patria potestad o tutela. Por último, posee el discernimiento a la hora de elegir la mejor guarda para el menor. Dicho así, el juez podrá dar por finalizada la disposición mediante resolución fundada o cuando el menor alcance la mayoría de edad.

El artículo tercero bis fue incorporado por la ley 23.742, la cual establece que, en el caso de internaciones, será la autoridad técnica administrativa la encargada de llevarlas a cabo. Siempre encontrándose el juez con la facultad de ordenarle a la autoridad administrativa dónde o elegirla él mismo.

El cuarto artículo, hace mención a la situación del menor del art. 2 y los requisitos para imponerles una pena (menor punible de 16 a 18 años de edad). Que ya haya sido declarado penal y civilmente responsable, que haya alcanzado la mayoría de edad, y que haya atravesado un tratamiento tutelar con una duración no menor a un año.

Finalmente, luego de observar los requisitos, al juez le quedará la tarea de analizar las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y el resultado del tratamiento tutelar; o comunicarse directamente con él para lograr “una mejor impresión”, tal como describe la propia norma. A partir de esto, el juez podrá sancionar al menor, y luego podrá optar por el grado de tentativa, o simplemente absolverlo.

En el quinto artículo se hace referencia a la figura de la reincidencia, la cual no podrá utilizarse cuando se juzga a un menor de 18 años. De igual manera, el artículo señala

que, en el caso de que se cometa un delito desde los 18 años de edad en adelante, sí se podrán tener como consideración los antecedentes del sujeto.

En el sexto artículo, se establece que el menor que sea sancionado con una pena privativa de la libertad deberá cumplirla en instituciones especializadas y que, en el caso de cumplir la mayoría de edad durante esta situación, será trasladado a institutos para adultos.

Nuevamente, el séptimo artículo, expresa la potestad del juez, pero en este caso con respecto a la privación de la patria potestad de parte de los tutores o guardadores, como así también la suspensión de la misma.

El octavo artículo prevé que, cuando el joven hubiera cometido el ilícito en su minoría de edad, y el juicio se iniciara o reanudara en fecha posterior a alcanzar los 18 años, el requisito del inciso 3 del art. 4 (alcanzar la mayoría de edad), y éste se complementará con un estudio sobre la conducta del menor.

Hace algunos años la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años de edad, por lo que lo dispuesto por el art. 8 se lograba entender perfectamente. Como entiende la doctrina de Beloff, Freedman y Terragni (2012) si el menor de 16 o 17 años cometía un hecho delictivo, la medida tutelar se podía prorrogar entre cuatro y cinco años (hasta que cumpliera los 21) pudiendo así cumplir los requisitos del RPM.

Ahora bien, con la modificación en la edad para adquirir la mayoría de edad (hoy, a los 18 años), esta situación entra en conflicto. Si el menor comete el delito a los 17 y seis meses de edad, es imposible cumplir con la medida tutelar. Por esta razón, la jurisprudencia aplica el art. 8, donde se realiza un informe sobre la conducta como complemento del tratamiento tutelar.

El noveno artículo hace referencia a que toda la normativa de la presente ley será aplicable al menor de 18 años aunque éste se encuentre en estado de emancipación.

En el décimo artículo, nos encontramos con el sujeto menor adulto, quién comete un delito entre los 18 y los 21 años de edad. De esta manera, se relaciona con el artículo seis, donde se establece la internación del menor en institutos para adultos.

El artículo once plantea la colaboración entre las diferentes jurisdicciones de la República. En todo lo relacionado a medidas tutelares, las diferentes solicitudes de los tribunales, y cualquier tipo de delegación que ocasionalmente se les requiera a fin de cumplir con la normativa y en beneficio del sujeto en cuestión.

El artículo doce simplemente establece la derogación de los artículos 1 al 13 de la ley 14.394 del régimen de menores y familia y del artículo tres de la ley 21.338, modificación al código penal en el año 1976, durante la dictadura militar.

1.3 La autoridad judicial

1.3.1 Concepto y funciones

Al hacer mención a la figura de la autoridad judicial, no hacemos otra cosa que referirnos al juez penal juvenil, conceptualizándolo a grandes rasgos como el magistrado que lleva a cabo el proceso del que es parte un sujeto menor de edad.

El RPM corresponde a un régimen del tipo tutelar, un sistema llevado a cabo por el mismo juez, quien lo emprenderá durante el tiempo que crea necesario. Éste cesará cuando el magistrado considere que el tratamiento con respecto al menor obtuvo efectos.

Así es que podemos encontrar, como primera y principal diferencia entre el juez penal juvenil y el juez que se encarga de los procesos de los que un adulto es parte, que el primero cumple un rol del tipo paternalista de acuerdo al contexto, la situación en concreto y las diferentes políticas sociales.

Cuando mencionamos que el juez penal juvenil ejerce un rol el tipo “paternalista”, nos basamos en que no este no solo actúa como juzgador del menor que cometió un hecho delictivo, sino que a su vez se comporta como padre, acompañante y psicólogo. Creemos que la cuestión principal en torno a la figura del juez penal juvenil recae en si en algún momento los sentimientos del magistrado se “enfrentan” a la situación concreta del menor y el hecho cometido. Compartiendo la opinión de Crognolletti (2014):

Se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del patronato el Estado sobre estos menores en situación de riesgo o peligro moral o material. De ahí que el juez no esté limitado por la ley y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño. Ante lo dicho se podría afirmar que la jurisdicción de menores debe poseer un carácter familiar y que el juez de menores debe ser un padre y un juez de vigilancia. (p.61)

Es importante destacar la vigencia de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual presupone un cambio de paradigma y deja de lado la doctrina de la “situación irregular” para adentrarnos a la nueva doctrina de la “protección integral”. En esta última, se contempla un amplio abanico en lo que respecta a derechos y garantías del menor, siempre apelando a que el menor es un sujeto pleno de derechos.

Tal como señala Carranza (2006), el juez de menores no es sólo un magistrado que se limita a disponer medidas cautelares provisionales y de resguardo con relación a un niño vulnerable, sino que es la primera figura de ley que intenta encaminar la vida de aquel niño desprotegido.

¿Cómo realiza esta labor el juez de menores? La lleva a cabo contemplando, analizando, cuidando e intentado corregir al menor de edad y todo lo que a él respecta, sin dejar de lado su rol de autoridad. A esto siempre lo realiza junto con la normativa nacional e internacional en la materia; por ejemplo, la mencionada ley 26.061, la cual no busca otra cosa que defender el interés superior del niño.

Está claro que, a la hora de evaluar la situación del menor en cuestión, el juez de menores tendrá siempre en consideración las características personales del mismo, junto con su entorno. Como ya hemos mencionado, lo hará a partir de funciones del tipo paternalista, con una tarea del grado correctivo y con ilimitadas facultades de disposición en cuanto al tratamiento a llevar a cabo. Por todo esto, es indispensable que el mismo posea una buena preparación en la materia y a nivel psicológico.

De acuerdo con Scaparro (citado en Palomba, 2006) el juez de menores debe ser no sólo comprensivo, benévolo y tutelar; sino también firme y categórico en el momento oportuno, puesto que la autoridad es un alimento educativo. En cierto sentido, el adolescente que llega al tribunal y que ha sufrido los efectos de graves carencias identificadoras con los padres necesita de ese alimento, por ello el juez debe luchar contra el derrotismo y el sentido de lo ineludible que tiene el menor, y debe satisfacer su necesidad de sentir que alguien se interesa por él.

1.3.2 La discrecionalidad

El Régimen Penal de la Minoridad le otorga al juez un enorme margen de discrecionalidad. Esto se puede observar en los art. 1 y 2 de la ley 22.278, donde se establece la disposición provisional o definitiva por parte del juez con respecto al menor.

La discrecionalidad del juez penal juvenil, da como resultado una situación de incertidumbre para el menor. Es así que en el caso de que no se comprobase que el mismo haya cometido un delito, el juez tiene la facultad de absolverlo y a su vez ordenarle una medida de internación.

Cuando analizamos el RPM, nos encontramos con un derecho de autor y no de acto. Esto implica que el juez siempre realizará una tarea del tipo subjetivo con respecto al menor. La normativa establece que, de darse las condiciones como el abandono, la falta de

asistencia o el peligro material o moral, el juez dispondrá del menor y será él quien defina la situación de riesgo y el tratamiento a llevar a cabo.

Tal como señalan Borges Frías y Arias Gayoso (2009) la discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, dando a entender, que la potestad discrecional, es tal, cuando la norma legal la determina así. Tal como resulta en la ley 22.278.

El rol del juez en el proceso del menor es distinto del que se lleva a cabo en los procesos en general. En cuanto todos los elementos que tiene en cuenta a la hora de determinar la medida indicada para el menor son mucho más amplios, siempre sosteniendo que la pena privativa de la libertad será utilizada como último recurso.

A mi entender, la tan cuestionada discrecionalidad - muchas veces confundida con la noción de arbitrariedad - se da en el proceso de los menores por el simple hecho de que, en la justicia penal juvenil, se sanciona de una forma tutelar, educativa y correctiva; y el juez no sigue los lineamientos establecidos en una ley de manera taxativa, tal como se hace en el resto de los procesos.

Me parece interesante destacar lo que indican Aguirrezabal Grünstein, Lagos Carrasco y Vargas Pinto (2009) con respecto a la situación del sistema penal juvenil en Chile luego de haber ratificado la Convención de los Derechos del Niño adentrándose al paradigma de la “protección integral”, donde se señala que los rasgos más característicos del nuevo sistema son el acercamiento de adultos a la justicia penal en lo que refiere a derechos y garantías individuales, y una mayor responsabilidad de los menores por sus actos delictivos. También se reconoce la responsabilidad penal a un mayor rango de sujetos. De la misma manera limita al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal, con amplias sanciones como respuestas fijas al delito, siempre basados en principios educativos y considerando las penas privativas de la libertad al mínimo posible.

Para finalizar este apartado, y haciendo mención a lo anteriormente dicho, estableceremos la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad. Siguiendo a Borges Frías y Arias Gayoso (2009) destacamos que la discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, mediante la cual se escoge la opción más conveniente. Por el contrario, la arbitrariedad se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder. Lo arbitrario está en contra del principio constitucional de seguridad jurídica.

1.4 Conclusiones parciales

Observando lo analizado hasta el momento, partiendo del análisis de ley 22.278, está a la vista que dicho cuerpo normativo debería hoy estar actualizado al momento en el que estamos, y como veremos más adelante, adecuarse al actual marco constitucional e internacional. Observamos que no es lógico que en la temática nos regule una ley tan antigua, creada en otra época, en otro y para otro contexto, donde no ocurrían o no se sabían los hechos que actualmente ocurren con respecto a los menores.

Por otro lado, esta ley fue sancionada en el año 1980, diez años antes de que nuestro país ratificara la Convención de los Derechos del Niño. En consecuencia, es de suma necesidad sancionar un sistema de responsabilidad penal juvenil acorde a los principios de dicha convención. A 27 años de la ratificación de la convención, el congreso no ha producido aún esa norma.

Al día de hoy, cuando hablamos del RPM, la temática se basa en dos ejes: el cuestionamiento en la edad de imputabilidad de los menores en Argentina, o el papel del juez penal juvenil y su amplio margen de discrecionalidad a la hora de disponer del menor.

En mi opinión, considero que la discrecionalidad en materia penal juvenil, es de suma importancia. A razón de que el menor es un sujeto en pleno desarrollo, es necesario que el magistrado, asuma ese rol tan relevante, analizando y considerando todo lo

concerniente al sujeto en cuestión, ya que es el encargado de protegerlo y luego corregirlo, pero para ellos creemos fervientemente que la solución al problema de la discrecionalidad sería que la justicia penal juvenil estuviese en manos de jueces penales especiales. Jueces preparados en el derecho penal juvenil para tratar a los menores.

Como señalábamos anteriormente, es importante cierto grado de discrecionalidad. Si bien es cierto que hoy el Régimen Penal de la Minoridad permite muchas veces lesionar derechos o garantías, principalmente desde la óptica internacional, está claro que tampoco obliga al juez a hacerlo.

En definitiva, todo es en razón de una misma causa: una modificación del sistema penal juvenil, pero en todo su conjunto, desde el escalón más alto al más bajo, todos trabajando y colaborando en los que es una justicia especial para menores y así adecuarnos a la realidad actual de nuestro país, dejando de lado los intereses políticos y externos, y centrándose más en el menor de edad, sus intereses y su situación.

Por último, creemos que es interesante compartir la opinión de Fellini (citado en Crognoletti, 2014):

La realidad ha demostrado la necesidad de modificar el régimen de menores, orientándolo hacia la concepción que reconoce en el menor de edad a un sujeto de derechos, merecedor de consideraciones especiales por encontrarse en un proceso de la vida que debe preservarse, en salvaguarda no solo de sus propios derechos, sino de los intereses de la sociedad que ellos deben integrar y protagonizar. (p. 22)

CAPÍTULO II

Las medidas tutelares en el sistema penal juvenil

El segundo capítulo tratará acerca de que se entiende por medidas de seguridad como segundo eje del régimen penal de los menores. Sus antecedentes, clases y presupuestos para su aplicación.

2.1 Antecedentes

Las medidas de seguridad como las entendemos, cuestionamos y analizamos hoy, no existían en la antigüedad. De todos modos en el derecho antiguo se contemplaban normas y disposiciones con un carácter preventivo. Desde la antigüedad encontrábamos clases de medidas de seguridad que se aplicaban a individuos que la sociedad consideraba peligrosos. Las medidas de prevención que con más frecuencia encontrábamos en el mundo jurídico antiguo era la expulsión de la persona considerada peligrosa del seno de la sociedad en que vivía. Tal reacción se encontraba entre los romanos, entre los árabes, entre los Indogermanos y, al parecer, entre algunas tribus de la América Precolombina (García Iturbe, 1967).

Es importante destacar que a veces la expulsión podía ser inútil o contraria, por ende, se le quitaba al sujeto la posibilidad de reincidir. Así, eliminaban la peligrosidad descartando su capacidad física de delinquir por medios que hoy se consideran bárbaros o inimaginables.

Parada Gamboa (2011) considera que, con la creación de la defensa social, se comienza a “clasificar” y luego separar a los diferentes delincuentes, ya sea por la aplicación de diferentes tipos de penas, como de medidas de seguridad, que podían incluir penas indeterminadas de curación y rehabilitación. De esta forma, da a conocer que en el año 1902 en Noruega se redacta el primer Código Penal con un sistema dualista de

aplicación de penas y medidas de seguridad, y de esta manera se da comienzo al nacimiento en toda Europa de este sistema: en 1908 en Reino Unido; en 1909 en Alemania y Austria; y en 1930 en Italia y Dinamarca.

En sí, las medidas de seguridad surgieron con la simple finalidad de poder solucionar las deficiencias del Derecho Penal clásico, y éstas iban desde un simple internamiento psiquiátrico hasta una medida del tipo correctivo. “...El más grande mecanismo de lucha contra el estado de peligro del delincuente...” (Parada Gamboa, 2011, p. 6).

Asimismo siguiendo a la autora anteriormente mencionada, compartimos que ese carácter complementario de las medidas de seguridad al que hacemos mención, surge gracias a la doctrina científica promovida por los congresos que analizaban la situación del delincuente y la aplicación de una pena o una medida de seguridad, desarrollados desde 1885. Es en el Congreso Internacional de Bruselas¹ en 1926, en el cual se llegó a la conclusión que todos los países debían implementar las medidas de seguridad en sus legislaciones.

Las medidas de seguridad son mecanismos de aplicación penal, que tienen como tarea el análisis conjunto del sujeto en cuestión, en su aspecto biológico, psicológico, social, etc.

Como es de público conocimiento, el estado debe proteger a la sociedad en razón de un contrato social, aplicando estas medidas como forma de prevención o reacción frente a la peligrosidad del sujeto. Es por ello que el origen de las medidas de seguridad estaba íntimamente relacionado con el problema de los enfermos mentales, sujetos que la pena no podría alcanzar.

¹ De acuerdo con Cuello (citado en Parada Gamboa, 2011) en el acuerdo votado en ese congreso se manifestaba que la pena como sanción única del delito no bastaba para las exigencias prácticas de la defensa social contra los delincuentes más peligrosos por sus anomalías mentales o por sus tendencias o hábitos de delincuencia.

Así es que, en la actualidad, en la mayoría de las legislaciones penales modernas, las medidas de seguridad se caracterizan por tener una duración indeterminada, ya que al ir de la mano de la peligrosidad deben durar mientras dicha peligrosidad exista.

2.2 Concepto y fundamento

Las medidas de seguridad son instrumentos de coerción provistos por el estado para aquella persona que muestra una reiterada conducta delictiva, considerada peligrosa.

En materia sociológica y antropológica, la comisión de un hecho delictivo está relacionada con diferentes estados, pudiendo ser individuales o sociales, como las perturbaciones psíquicas o estados de la vida social, así es que Soler (1956), en su obra entiende que las medidas de seguridad procuran evitar esos factores anteriormente mencionados.

Al igual que la pena comparten una restricción de derechos y son impuestas de conformidad con lo previsto en la ley por los órganos del ámbito penal. Bustos Ramirez (1997) señala que, del mismo modo que la pena, la aplicación de una medida de seguridad está sujeta a su necesidad, esto es, a la concurrencia de los elementos tipicidad, antijuridicidad y a la exigencia de responsabilidad a una persona.

Siguiendo la doctrina de Gutiérrez (2011), queda claro que cualquier tipo de medida que se imponga a un menor no punible podrá ser solamente por causas cautelares, como por ejemplo, asegurar la presencia del menor durante el procedimiento, que la investigación se realice correctamente, y luego pueda optar por la medida de protección más eficaz.

La diferencia entre penas y medidas de seguridad radica principalmente en su fundamento: las penas se fundamentan en la culpabilidad del sujeto, en cambio las medidas de seguridad, en la peligrosidad de éste y la comisión del delito previo, probado.

Por último, señalamos que todo lo que no es pena, es medida de seguridad siempre y cuando sirva para que el sujeto no vuelva a delinquir. La indeterminación del plazo por el cual se extenderán, precisamente es la diferencia entre ambas. (Terragni, 2014)

Sobre las medidas de seguridad, Soler (1956) distingue dos teorías basadas en su finalidad:

- Teoría de la unificación: afirma que entre penas y medidas de seguridad no existe ninguna diferencia cualitativa, y por ello se comprenden ambas medidas bajo el nombre común de sanciones.
- Teoría de la dualidad: entre penas y medidas de seguridad sí existe una diferencia cualitativa, pues las medidas de seguridad tienen un carácter estrictamente administrativo y no deben incorporarse a los códigos penales, manteniendo su naturaleza de disposiciones de prevención y de buen gobierno. Ésta es la posición sostenida por la mayoría.

2.3 Clases

2.3.1 Medidas curativas. Concepto

Este tipo de medidas pretenden alcanzar una finalidad del tipo terapéutica, intentando eliminar todos aquellos factores que hacen a la peligrosidad del sujeto por algún tipo de patología o de adicción, que sea removible o susceptible de ser contenida mediante tratamiento (Terragni, 2014). Se aplican a los alienados, a los alcohólicos, a los toxicómanos, etc., y tienen una duración indeterminada.

En nuestra normativa, podemos encontrar las medidas curativas en el art. 34 inc.1 del Código Penal, donde se hace referencia a que no será sancionado: *“el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por*

alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. Asimismo, el artículo hace referencia a que, en caso de enajenación, entendiéndose por éste la alteración morbosa de las facultades, el tribunal dispondrá la internación del sujeto, hasta cumplir con la finalidad y una vez que haya desaparecido el peligro, tanto para él como para los demás.

Dentro del sistema argentino, también podemos encontrarnos con otras medidas curativas. Tal es el caso de la Ley 23.737, ley de Estupefacientes², que declara por ejemplo en su art. 16 *“Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen”.* En este caso, podemos afirmar que la medida se aplicará a un sujeto imputable, siempre y cuando tenga dependencia de las drogas, y no podrá rehusarse al tratamiento ni finalizarlo por decisión propia.

2.3.2 Medidas educativas. Concepto

Las medidas educativas son aquellas presentes en el régimen penal de los menores. Estas tiene una finalidad del tipo tutelar que intentan promover, a través de la enseñanza, la ayuda para el sujeto en conflicto. Son de aplicación ante la comisión de un delito por parte del menor como así también cuando este fue víctima.

Las medidas educativas pueden comprender la internación en un establecimiento especial, hasta que se cumpla la finalidad y pueda devolverse al menor a su seno familiar. Para que se proceda a la internación, en primer lugar, se deberá constatar tanto la existencia del injusto con el acusado como sujeto activo, es decir interviniendo en el hecho; luego, probar que el acusado no puede responder por el hecho cometido; y por

² Ley N° 23.737. Sancionada: Setiembre 21 de 1989. Promulgada de Hecho: Octubre 10 de 1989.

último, la peligrosidad, tanto para él mismo como para terceros. En ese momento se declarará su inimputabilidad y se le aplicará la medida correspondiente (Deane, 2013).

Retomando como ejemplo la Ley 23.737, ley de Estupefacientes, en su art. 21 ésta establece “...si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine. Tal medida, debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley...”

2.3.3 Medidas eliminatorias. Concepto

Tienden a resguardar al autor del delito de la situación o el contexto donde llevo a cabo el hecho, protegiendo a su vez, a la sociedad mediante la exclusión de la misma, privándolo de su libertad ambulatoria por tiempo indeterminado. Se aplica a los delincuentes habituales y reincidentes.

En cuanto a estas medidas, podemos señalar que el Código Penal hace referencia a las medidas eliminatorias, como reclusión por tiempo indeterminado. En la norma es donde se suscita el conflicto, en primer lugar el art. 52 la señala como medida accesoria, y si nos remitimos al art. 53 supone que es una pena cuando hace mención a los condenados con reclusión accesoria por tiempo indeterminado que deberán cumplirla en establecimientos federales.

En cuanto a esta disyuntiva de si las medidas eliminatorias son penas o medidas propiamente dichas, Terragni (2014) señala que, para sostener qué es una medida de seguridad, sólo es necesario considerar que se extienden por tiempo indeterminado, a

diferencia de las penas (no así en el derecho comparado). Por otro lado el autor afirma que estas medidas son impuestas como sanción retributiva del último delito, ya que antes existe la condena. En cuanto a encuadrar estas medidas bajo la figura de pena, juegan a favor los antecedentes y el reemplazo del término “relegación” por el de “reclusión”, que se encuentra en el listado de penas del código, y por último que se imponen a un individuo imputable por ende, no se puede hacer mención a otra figura más que a la pena.

Fallo Gramajo

Dentro de las medidas eliminatorias hacemos mención a un importante fallo donde el Tribunal Oral condenó al imputado a la pena de dos años de prisión por considerarlo autor del delito de robo en grado de tentativa, declarándolo reincidente.

En este caso en donde podemos observar el conflicto en cuanto a las medidas eliminatorias, y su condición de penas o medidas propiamente dichas. En primer lugar el Tribunal Oral en lo criminal n° 9 condenó a Gramajo a la pena de dos años de prisión por el delito de robo en grado de tentativa, y declaró la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal, cuya aplicación había sido solicitada por el fiscal, ya que afirma que reclusión accesoria por tiempo indeterminado es una pena, y no una medida de seguridad y que a su vez no se tiene en cuenta la normativa constitucional. La Cámara Nacional de Casación Penal resolvió casar la sentencia y declarar la constitucionalidad de la figura por aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado en el caso “Sosa”, imponiéndole a Gramajo la reclusión accesoria por tiempo indeterminado.

En cuanto a la defensa de Gramajo, estos cuestionaron que la reclusión por tiempo indeterminado fuese considerada como una medida de seguridad, buscaban que sea encuadrada como una pena y se la declare como tal, ya que contradice los principios de legalidad:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar

contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. (Art. 18, Constitución de la Nación Argentina)

Como así también el principio de culpabilidad, no hay pena sin culpa, implica poder imputarle al autor la responsabilidad penal por un hecho cometido, su reprochabilidad, ya sea por acción u omisión, por dolo (intención) o por culpa (negligencia, impericia).

A su vez, Martín (2011) asegura que para la defensa de Gramajo la reclusión por tiempo indeterminado debía ser considerada una pena ya que comparten la naturaleza y porque importa una privación de libertad más severa y gravosa que cualquier otra sanción restrictiva de libertad. Por otro lado, vulnera el principio de culpabilidad por el hecho y se considera la peligrosidad por autor y no por acto tal como señala la Constitución Nacional.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia declara la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal para este caso. Los siete jueces de la Corte Suprema consideraron que la reclusión por tiempo indeterminado debía ser declarada inconstitucional. Por un lado, se entiende que la reclusión indeterminada está basada en un derecho penal de autor, donde aunque no corresponda, se priva de libertad al sujeto por mayor tiempo al debido, justificado por valoraciones subjetivas. Por otro lado, se viola el principio de culpabilidad; de reserva, que no permite que se juzgue a la persona por lo que es, sino por el hecho cometido; y el principio de proporcionalidad de la pena, donde la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto.

Analizando el caso, estamos hablando de penas y no de medidas de seguridad, principalmente porque el art. 52 del Código Penal habla de reclusión accesoria, y el art. 5 establece que las penas son la reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Todo esto se presenta dentro de un sistema confuso, donde por un lado entiendo la sanción como una pena cruel y desproporcionada, y por otro lado claramente no podríamos hablar de medida

de seguridad, ya que en ningún momento la sanción tiene un fin curativo, es más, tiene simplemente la finalidad de privar de libertad al Sr. Gramajo.

2.4 Presupuestos para la imposición de una medida de seguridad

Retomando el concepto de medida de seguridad, podemos establecer que el principal presupuesto a la hora de la imposición de la misma es la peligrosidad en el sujeto.

Como afirma Leal Medina (2000) *“La noción de peligrosidad es consecuencia de una evolución histórica que inicia su andadura en las antiguas civilizaciones donde se tomaban medidas para evitar o eliminar el peligro que ciertos individuos representaban a la tranquilidad y la cohabitación del grupo social”* (p. 275).

El concepto de peligrosidad en abstracto puede ser definido de acuerdo al campo donde se lo estudie. Es así que podemos hablar de peligrosidad, ubicándola en la problemática social, en las condiciones propias del sujeto en cuestión, en el medio donde se desarrolla.

Cuando mencionábamos las medidas curativas, hacíamos hincapié en que éstas actuaban cuando se ponía de manifiesto el peligro en el actuar del sujeto. Es así que podemos mencionarla como una peligrosidad criminal, teniendo la certeza de que, al haber actuado de determinada manera, es probable que al corto o largo plazo el sujeto vuelva a actuar contrario a la ley, y así genere un riesgo para él y para la sociedad en su conjunto.

Claro está que, en torno al concepto de peligrosidad, se mezclan varios factores a la hora de aplicarla como presupuesto. Estos factores son subjetivos, sociales, psicológicos, y un análisis de las condiciones pre y post delictuales del caso concreto.

En el sistema argentino, la noción de peligrosidad está, en primer lugar, vinculada al hecho cometido en concreto, tal como lo señala el art.40 del Código Penal. Allí, el grado de reprochabilidad se va a establecer de acuerdo a factores como la edad, la educación, las costumbres, la conducta precedente, los motivos que lo llevaron a delinquir y demás condiciones personales.

A su vez, el art. 44 del Código Penal establece que la pena se podrá disminuir a la mitad, al mínimo legal o eximirse de ella *según el grado de peligrosidad*, y deja en claro que la idea principal es poder conocer al sujeto y poder afirmar que un futuro no va a realizar lo que en su momento no consiguió.

En consecuencia sobre las medidas de seguridad, señala Deane (2013) que no dependen del grado de culpabilidad, sino más bien que están relacionadas con el principio de proporcionalidad, el cual permite elegir la medida más adecuada para así obtener una especie de reducción en la peligrosidad.

2.5 Conclusiones parciales

Finalizado el segundo capítulo, podemos manifestar que el actual sistema de medidas de seguridad no es un sistema incompleto, pero sí con significativas deficiencias.

Un sistema que no está adaptado para la actual situación de nuestro país, ¿Lo castigamos o corregimos? Pareciera que nos encontramos frente a la disyuntiva de que si castigamos al menor, no lo estamos corrigiendo, ni educando, ni ayudando; y en caso contrario, si lo corregimos, lo educamos y lo ayudamos, no lo estamos castigando por el hecho cometido.

Como podemos observar, la gran mayoría de las veces, el menor que delinque es el menor que se encuentra en un contexto de abandono, de falta de apoyo familiar o de los ámbitos en los que se desarrolla. Esto no quiere decir que se afirme que en ámbitos de

completo apoyo o acompañamiento familiar, los menores no cometan actos delictivos. Sin embargo, creo que la mencionada anteriormente es la principal razón por la que nuestro Código Penal, en los artículos analizados, siempre examina y observa el contexto donde se desarrolla el sujeto en conflicto.

Hoy, analizando las clases de medidas de seguridad, sobre todo las educativas las que encontramos en el régimen penal de los menores, y conociendo las diferentes ideas, proyectos y programas, me surge el interrogante de, si al final del camino son suficientes todos estos mecanismos de ayuda, o más bien se debería tratar de un trabajo mucho más profundo.

En mi opinión en cuanto a los menores, al ver los índices de delincuencia, podemos afirmar que, con el paso del tiempo, se han incrementado considerablemente los casos de hechos delictivos cometidos por sujetos menores de edad. Esto puede suceder por diferentes razones, o muchas veces por el simple hecho de que el menor perdió el temor o el miedo a actuar, ya que sabe que no se lo va a castigar como un adulto y sólo será sometido a diferentes tipos de tratamiento.

En conclusión, siempre haciendo mención a la situación del menor, al analizar hasta acá el contenido, puedo dar fe de que sigue siendo necesaria la gran diferenciación que hay entre penas y medidas de seguridad, ya que aplicar una u otra, por diferentes razones, implicaría una violación de derechos. Además, haciendo eso claramente no estaríamos respetando el contenido teórico de cada tipo de medida de seguridad. Todo esto podría realizarse en un trabajo conjunto entre el estudio psicológico y sociológico del sujeto en cuestión, junto a su ámbito familiar.

Por último, creo necesario que la nación trabaje en conjunto con todas las provincias, creando así normativa en conjunto para que no haya diferencias tan significativas en cuestión de discrecionalidad en los procesos a la hora de tratar a los menores.

CAPÍTULO III

Régimen Penal Argentino

El presente capítulo abordará, en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, como cuerpo normativo fundamental adoptado por nuestro país en materia internacional junto con la ley 23.849 de ratificación de la misma. A su vez trataremos la reforma constitucional del año 1994 y la importancia que tuvo en la temática.

Seguidamente examinaremos la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y su relevancia en el cambio de paradigma en la figura del menor de edad.

Por último, a nivel nacional, incorporaremos un análisis del régimen penal juvenil en la provincia de Córdoba, y su respectiva ley 9.944.

3.1 La Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23.849. Reforma constitucional de 1994

Antes de adentrarnos en los postulados básicos de la Convención de los Derechos del Niño, haremos una breve reseña acerca del nacimiento de esta convención.

En primer lugar, nos situamos bajo el contexto del año 1924, con la renombrada “Declaración de Ginebra”, creada por la Asamblea de Naciones, en pleno conflicto por la primera guerra mundial y las consecuencias desastrosas que trajo el conflicto en relación a los niños.

La Declaración de Ginebra contenía cinco puntos, donde se establecían los deberes que todos los hombres y mujeres de todas las naciones declaraban y aceptaban más allá de cualquier raza, nacionalidad o creencia. Siguiendo la obra de Carmona Luque (2011), podemos reproducir el contenido de dicha declaración:

Se debe dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritual; el niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser cuidado, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño delincuente debe ser recuperado y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos; el niño debe ser el primero en recibir ayuda en tiempo de peligro; el niño tiene que disponer de los medios que le capaciten para llegar a ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier tipo de explotación; y por último el niño debe ser educado en la conciencia de que sus talentos deben ser dedicados al servicio del prójimo (p. 37)

Con el paso de los años, lamentablemente, el mundo se vuelve a encontrar bajo otro momento de violencia, la Segunda Guerra Mundial. Así ocurre que, en el año 1959, se retoman los trabajos para afianzar los derechos del niño, cual da como resultado la Declaración de los Derechos del Niño, sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, siendo esta declaración una especie de recomendación a los estados.

Dentro de las reflexiones que realiza Fernández de los Campos (2006), nos encontramos con que ésta declaración no tenía fuerza de ley en sentido estricto, pero que su espíritu se vio reflejado en numerosas declaraciones y tratados posteriores, así como también en diversas constituciones nacionales.

Con el paso de los años y la urgente necesidad de seguir avanzando en la materia, ocurre que el 20 de noviembre del año 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta, finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño. Ésta es un tratado internacional, que les reconoció una serie de derechos económicos, sociales y culturales a niños, niñas y adolescentes; sin ningún tipo de discriminación.

Con respecto a lo que significó la convención, Fernández de los Campos (2006) entendió que fue *“Una verdadera división de aguas en la historia de la condición jurídica de la infancia provocando una reflexión crítica en cada uno de los mundos que conforman la cuestión de la niñez y adolescencia”* (p.3)

En el año 1990, Argentina adhirió a la Convención a través de la ley 23.849, y en el año 1994 se le dio rango constitucional al incorporarla en la reforma de la Constitución Nacional. La ley 23.849 no hizo otra cosa que ratificar por parte de nuestro país este tratado, salvo por algunas limitaciones.

Es importante aclarar que lo primero que establece la convención, en su art. 1 es que *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Así lo reflejamos en el art. 2 de la ley 23.849 *“...Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad...”*

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra cuatro principios rectores, consideradas guías supremas que dirigen todos los artículos de este cuerpo normativo. El principio de no discriminación que señala que la Convención será aplicada a todos los niños cualquiera sea su condición, tanto personal como familiar o cultural; el principio de adhesión siempre al interés superior del niño; el principio del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo que implican el derecho a los recursos, aptitudes, poder crecer y desarrollarse saludablemente; y por último, el principio de participación y a ser escuchado, el niño tiene el derecho a la libertad de expresión y a expresar su opinión en cuanto afecte su calidad y desarrollo de vida.

En cuanto a la temática abordada en la investigación, se realizará un análisis de los artículos más importantes de la Convención en relación al presente trabajo.

Comenzando con el artículo nueve, en el primer inciso se establece que los estados parte de la convención deben cuidar al niño de no ser separado de sus padres contra la voluntad de los menores. Con la excepción de que la separación provenga de una decisión

judicial conforme a la ley o los procedimientos que intenten proteger el interés superior del niño.

De igual manera, en el segundo inciso se observa que el estado deberá velar por el derecho que tiene el niño de mantener contacto y relaciones personales con sus padres, salvo que esto implique desproteger el interés superior del niño.

El artículo 16 hace mención a cualquier trato arbitrario o ilegal que pueda sufrir el niño, tanto en su vida privada como en su familia, en su honra o dignidad. La ley de cada estado debe proteger al niño de cualquier trato que lo perjudique.

El artículo 25 sostiene que el niño tiene derecho a que se le practiquen exámenes periódicos sobre el tratamiento que está llevando a cabo por orden de la autoridad competente, ya sea por necesidades de atención o protección, o tratamientos del tipo físico o mental.

El artículo 37 consta de cuatro incisos, donde se relaciona al niño con la privación de la libertad. En primer lugar, es necesario saber que ningún niño podrá ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Aclara que la pena de prisión perpetua para un menor de 18 años está prohibida si éste no tiene la posibilidad de encarcelamiento. Por otro lado, afirma que cualquier privación de la libertad ilegal o arbitraria está prohibida, y que el encarcelamiento deberá utilizarse como último recurso y durante el menor tiempo posible, con un pronto acceso a la justicia y a la asesoría correspondiente. Todo lo mencionado es labor primordial de los estados parte.

Por último, el artículo 40 establece que todo niño acusado de infringir las leyes penales o a quien se declare culpable de hacerlo, deberá ser tratado de manera respetuosa, teniendo en cuenta su edad e intentando actuar de una manera constructiva con respecto a su situación y su relación con la sociedad.

Como así también, los estados deben garantizar la presunción de inocencia mientras no se demuestre lo contrario. Por lo tanto, al niño no se lo podrá acusar ni declarar culpable de infringir las leyes penales que no están prohibidas por los diferentes ordenamientos. Además, deberá ser informado en todo lo concerniente al proceso con la asistencia debida.

En cuanto a las garantías del menor, como ya mencionamos el art. 40 hace mención de ellas, como así también lo hace el art. 14 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a

tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”

A su vez, citando la Observación General N° 10 de Naciones Unidas³ (2007), esta señala que es fundamental impartir educación y formación especializada y continua al personal profesional, ya sean agentes de policía, fiscales, representantes legales, jueces, agentes de libertad vigilada y asistentes sociales. Deben tener conocimientos tanto en el desarrollo físico, mental y psicológico del niño como el aspecto social.

³³ Observación General N° 10 de Naciones Unidas. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf

Retomando nuevamente las garantías del menor que reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño, señalamos:

- La justicia de menores no retroactiva (art. 40.2.a. CDN), implica que ningún niño puede ser acusado o condenado, a tenor de la legislación penal, por actos u omisiones que en el momento de su comisión no estuvieran prohibidos por las leyes nacionales o internacionales; como así tampoco, ningún niño será castigado con una pena más grave que la aplicable en el momento de haberse cometido la infracción de la ley penal.
- Presunción de Inocencia (art. 40.2.b. CDN), es una garantía fundamental para la protección del niño en conflicto con la ley penal. La carga de prueba que carga contra el niño pesa sobre los acusadores. El niño siempre tendrá el beneficio de la duda. Como señala la Observación General N° 10:

Debido a falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable, si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. (p.15)
- Derecho a ser escuchado (art. 12 CDN), el niño tiene la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, podrá ser directamente o por medio de un representante, siempre en concordancia con la legislación nacional. Se le debe dar al niño la oportunidad de expresarse y poder opinar acerca de las medidas que se le imponen.
- Participación efectiva en los procedimientos, el juicio es una etapa caracterizada por su imparcialidad, esto conlleva a que el niño acusado de haber infringido las leyes penales debe participar del proceso, para poder comprender las acusaciones y las consecuencias.
- Información sin demora y directa de los cargos, esta garantía implica que el niño debe ser informado en el menor lapso de tiempo posible de manera directa.

- Asistencia jurídica o asistencia apropiada, la Convención establece que el niño siempre debe contar con asistencia, no siempre jurídica pero si siempre apropiada.
- Decisión sin demora y con la participación de los padres, Observación General N° 10:

Hay consenso internacional en el sentido de que, para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado. A ese respecto, el Comité también se refiere al apartado d) del artículo 37 de la Convención, a tenor del cual todo niño privado de su libertad tendrá derecho a una pronta decisión sobre su acción para poder impugnar la legalidad de la privación de su libertad. (p. 17)

- Derecho de apelación, el niño tiene el derecho de apelar la decisión contra cualquier medida, sanción, castigo o pena que se le imponga.

Es importante destacar que la CDN le pide a los estados parte que establezcan la edad mínima a partir de la cual los sujetos serán considerados capaces de infringir las leyes penales. En el caso de seleccionar medidas diferentes de los procesos judiciales, siempre se respetarán sus derechos y garantías. Estas medidas pueden consistir en órdenes de orientación y supervisión, asesoramiento, libertad vigilada, colocación en hogares, programas de enseñanza o formación profesional, como también así la internación en diferentes institutos.

Ante todo, es importante destacar que la justicia penal de los jóvenes, según lo que establece la convención, debe garantizarle al menor de edad diferentes opciones alejadas de lo que es el proceso judicial y todo lo concerniente al mismo, con el objetivo de no dañar más la situación del menor más de lo que está.

En la República Argentina, como ya mencionamos, se ratifica la convención a partir de la ley 23.849, pero aun así la normativa en relación al RPM es contraria a los parámetros internacionales. Dicho así porque nuestro sistema penal juvenil permite que el adolescente, ya sea imputable o inimputable, padezca restricciones a su libertad. A pesar de que muchas veces estas restricciones sean impuestas por cuestiones del tipo subjetivas propias del menor, que asimismo no las establece la ley taxativamente.

Siguiendo una línea cronológica, en el año 1994 se produjo una nueva reforma de la Constitución argentina, remontándonos brevemente a la historia nos situamos en la presidencia del Dr. Alfonsín, donde se comenzó a tratar la reforma de la Constitución pero sin éxito. Ya en el año 1993 durante la presidencia del Dr. Menem, en un primer momento, no se logró reunir los dos tercios de votos necesarios para declarar la necesidad de reforma, por esta razón se firma el Decreto 2181/93 donde se convocaba a una consulta popular y no vinculante para que el pueblo opine sobre la cuestión. No hubo necesidad de llevar a cabo dicha consulta popular, ya que en ese momento el ex presidente Alfonsín y el presidente Menem suscribieron en noviembre de 1993 el conocido “Pacto de Olivos”, que luego corroboraron por el “Pacto de la Casa Rosada”, donde el partido Justicialista y el partido Radical acordaron la convocatoria de la enmienda de la Constitución (Sagüés, 2006)

La reforma constitucional de 1994 trajo consigo la incorporación de un segundo capítulo en la primera parte de la Constitución en cuanto a derechos, llamado Nuevos derechos y garantías. A su vez se incorporan los llamados “derechos de tercera generación” referidos a la ecología, al medio ambiente y a los consumidores y usuarios. (Art. 41 y 42, Constitución de la Nación Argentina)

En la segunda parte la Constitución se incorporan derechos relativos a los niños, madres, trabajadores, indígenas, educandos, autores. Como así también, se establece el hábeas corpus, al amparo y al hábeas data.

En cuanto a la temática de nuestra investigación, en un párrafo aparte trataremos la creación del art. 75 inc. 22 e inc. 23, donde en líneas generales se incorporan algunos instrumentos internacionales con rango constitucional.

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. (Art. 75 inc. 22, Constitución de la Nación Argentina)

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. (Art. 75 inc. 23, Constitución de la Nación Argentina)

Como mencionamos con anterioridad, la reforma de 1994 incorporó el art. 75 inc. 22 dándole rango constitucional a ciertos instrumentos internacionales. En relación a estos el artículo hace mención a que “*en la condiciones de su vigencia*” tienen jerarquía constitucional. Por otro lado, establece que estos instrumentos no derogan ningún artículo de la primera parte la Constitución, son complementarios de los derechos y garantías que esta establece.

En cuanto al inc. 23 del art. 75 de la Constitución se mencionan las acciones positivas a favor de las personas mencionadas (mujeres, ancianos y personas con discapacidad), que fueron traducidas legislativamente por las leyes 22.431, 24.314 y 24.657, seguidamente se declara así con rango constitucional la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (Sagüés, 2006)

Por último, creemos de suma importancia para la investigación analizar el caso en el que se produce una contradicción entre lo expuesto en un tratado - con jerarquía constitucional - con un precepto de la Constitución. Compartiendo la opinión de Sagüés (2006), se integran todas las normas dentro del llamado “bloque de constitucionalidad”, y la doctrina mayoritaria a su vez establece que ante una situación de conflicto como la mencionada, donde se contradice lo establecido en un tratado con una norma de la primera parte de la Constitución, prevalece esta última.

3.2 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Ley 26.061

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes fue sancionada en octubre del año 2005, y está constituida por todas las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño. Esta ley establece los derechos y garantías de todos los sujetos menores de edad, y adecua todos los parámetros a las leyes nacionales. Por otro lado, no sólo realiza una enumeración de los derechos y garantías del menor, sino que

también determina las instituciones y autoridades que tendrán la tarea de llevar a cabo la protección del menor.

La ley 26.061 vela por el interés superior del niño, y lo define en su art. 3 como *“...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley...”*

A partir de la sanción de la ley de Protección Integral, Argentina se inscribe dentro de la doctrina de la protección integral de la niñez y la adolescencia. Dentro de sus principales finalidades, se encuentra dejar a un costado la intervención coactiva por parte del estado, es decir, su actuación de oficio. Postulado que si receptaba la ley 10.903, de patronato. (Derogada por ley 26.061)

Establece el art. 32 de la ley 26.061 que *“El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional...”* y que a su vez, según el art. 2 de la misma, será aplicado a todas las personas hasta los 18 años de edad, derivado esto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Anteriormente, y de suma importancia, hicimos alusión a que esta nueva normativa traía consigo la creación de diversos organismos: la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia; el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia; el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; y las Organizaciones No Gubernamentales (aquellas que según el art. 65 de la ley 26.061, desarrollan programas o

servicios de promoción, tratamiento, protección y defensa de los derechos de los menores). A razón de esto es que, en el art. 42, observamos los distintos niveles que conforman la protección integral, a saber nacional, federal y provincial.

Ahora bien, en cuanto a la temática abordada en la investigación, es de suma importancia destacar el art. 19 de la presente ley, el cual establece el derecho a la libertad de las niñas, los niños y los adolescentes. En su tercer inciso, comprende la libertad de expresar su opinión en cualquier proceso judicial donde se puedan ver afectados sus derechos y confirma que todos los menores de 18 años tienen exclusivo derecho a su libertad personal con los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no resulte arbitrario o ilegal; y por último, hace referencia a que se debe entender por privación de la libertad personal, “... *la ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad...*” (art. 19, ley 26.061)

Para concluir, el art. 27 nos brinda las garantías que tendrá el menor en los procesos judiciales o administrativos los cuales, según la normativa, deben respetar lo impuesto por la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los tratados internacionales ratificados por nuestro país, expresados a continuación:

- a) Ser oído por la autoridad competente siempre que sea necesario y el menor lo solicite;
- b) Que su opinión sea siempre tomada en cuenta antes de llegar a una decisión;
- c) A tener, en caso que sea necesario, el asesoramiento de un letrado, especializado en la materia, aun cuando no posea los medios económicos para afrontarlo;
- d) Participar durante todo el proceso;

e) En el caso de que la decisión lo perjudique, recurrir a un superior.

3.3 Régimen penal juvenil en la provincia de Córdoba

El actual régimen de la provincia de Córdoba se encuentra formado, en primer lugar, por la ley 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; y en segundo lugar, por el Código Procesal Penal de la provincia, junto a toda la normativa nacional e internacional en la materia.

Remontándonos a los antecedentes de la ley 9.944, debemos ubicarnos en su antecesora, la ley provincial 9.053 de Protección Judicial del Niño y el Adolescente, sancionada en el año 2002, encontrándonos ya en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La ley 9.053 se basaba en la protección jurídica de los niños y adolescentes en el campo judicial. Así es que, nuevamente, nos hallábamos frente a la potestad que tenía el juez de decidir discrecionalmente sobre la situación del menor con respecto a su ambiente familiar.

En relación a la ley 9.053, González del Solar (2003) entendía que los derechos de los niños estaban siendo perjudicados o dejados de lado por sus mayores responsables y, como consecuencia de esto, se debía dar paso a una nueva ley que establezca un sistema de protección integral a través de políticas universales.

En mayo del año 2011, se sanciona la ley 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el marco de la provincia de Córdoba. Al igual que la ley 26.061, esta ley reconoce en el ámbito de la provincia el interés superior del niño; en su art. 2 dispone que quedarán comprendidos todos los sujetos hasta los 18 años de edad; el derecho a la libertad, en torno a sus propias creencias, ideas y culto en expresar su propia opinión en el medio en el que se

desarrollen y como hacía mención la ley nacional (ley 26.061), su opinión en cualquier proceso, ya sea judicial o administrativo; su libertad personal sin violaciones del tipo ilegal o arbitrarias.

Ahora bien, en cuanto a las diferencias con la ley 26.061, podemos mencionar los diferentes organismos que llevarán a cabo la protección integral en la provincia de Córdoba:

a) La Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia, la cual establece que será la autoridad de aplicación del “*sistema de promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*”. A su vez, según el art. 36, esta secretaria se encargará del diseño, la ejecución, la instrumentación, la coordinación y el control de las políticas concernientes a los niños y adolescentes.

b) La Comisión Interministerial de la Niñez, Adolescencia y Familia (art.38), integrada por ministros del poder ejecutivo provincial, quienes asimismo coordinan políticas públicas según lo expedido por la secretaria y colaboran con la misma en todo lo relacionado al sistema de protección, entre otras tareas.

c) Las organizaciones no gubernamentales (art. 58), donde se expone, en cuanto a similitudes, lo establecido a nivel nacional para las mismas.

Tal como señala González del Solar (2013) en el ámbito de la ley 9.944, siguen coexistiendo dos sistemas de intervención estatal: uno para niños abandonados, controlado por un ente administrativo; y otro para niños que transgreden las leyes penales, donde actúa la justicia propiamente dicha.

En la provincia de Córdoba también existen órganos especializados de justicia:

a) La Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar (art.63), la cual tendrá competencia cuando se trate de delitos realizados por menores punibles, impondrá penas y medidas del tipo educativo, social o correctivo.

b) Juez de Niñez, Juventud y Violencia Familiar (art. 64), quien resolverá en torno al control de legalidad de las medidas excepcionales dadas por el órgano administrativo competente, y llevará a cabo los casos de violencia familiar.

c) Juez Penal Juvenil (art.65), quien se encargará de determinar las medidas cautelares, de coerción y de protección durante el proceso judicial; y tendrá la tarea de juzgar los hechos cometidos por menores de dieciocho años.

d) Fiscal Penal Juvenil (art. 66), quien llevará a cabo la investigación preparatoria cuando a un menor se le atribuya un delito de acción pública; y quien ejercerá la acción penal pública en los juicios ante los jueces y la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar.

e) Asesor de Niñez y Juventud (art. 67), quien se encargará de representar a los menores amparados por la normativa, asesorándolos o patrocinándolos cuando no cuenten con un defensor.

En cuanto al procedimiento penal para los menores, la ley 9.944 establece que, en todos los casos, sin excepciones, el juez debe mantener contacto directo y personal con el menor (art. 86). De igual manera, en todos los procesos juveniles del país, el juez podrá ordenar provisoriamente diversas medidas durante la investigación. Cualquiera fuese la medida adoptada deberán ser informadas al juez mismo por el órgano de

ejecución, periódicamente en cuanto a su evolución o alternativas de tratamiento. (Art. 87)

Si se trata de una niña, un niño o un/a adolescente no punible, el juez investigará en concordancia con las normas constitucionales y legales y, como luego, tendrá a disposición el Código Procesal de la provincia (art. 92). Seguidamente, tendrá la potestad de eximir de medidas tutelares a los menores y optar por “*servicios alternativos de protección*” para evitar la actuación del aparato judicial (art. 93). Por último, en el caso de que el menor sufra la privación de su libertad, el juez ordenará el cese de esta medida (art. 94). Asimismo respecto a la detención del mismo, según el art. 99, no podrá prolongarse por más de 30 días, de lo contrario será entregado a la custodia de sus padres.

Para concluir, las medidas cautelares sobre la niña, el niño o el/la adolescente se podrán ordenar excepcionalmente, por auto debidamente fundado, cuando existan: elementos de convicción de que el menor de 18 años participó en el hecho del que se le acusa; cuando es sumamente necesario para garantizar una investigación positiva; cuando se trata de un delito sancionado con pena privativa de la libertad no inferior a tres años; y finalmente cuando la niña, niño o adolescente haya sido declarado como rebelde en un proceso anterior. Las medidas cautelares finalizarán cuando no se pueda demostrar la participación del menor en el proceso o cuando ya no se lo considere como una amenaza para el proceso. (Art. 100 y 101, ley 9.944)

3.4 Conclusiones parciales

Finalizando el tema abordado en el presente capítulo, queda claro que la reforma de la constitución que trajo la incorporación de la CDN al rango constitucional junto con sanción, 12 años después, de la ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes fueron el puntapié, en el marco constitucional, para comenzar un camino de avances, el

cual hasta el día de hoy no finaliza, ni cumple con sus objetivos fehacientemente, pero intenta acercarse a ellos.

Como se dijo en un principio, a partir de la sanción de ley 26.061 se buscaba comenzar a dejar atrás las prácticas retrógradas y la cuestionada intervención coactiva por parte del estado, y comenzar a ocuparse de, en mi opinión, lo más importante: la protección de niñas, niños y adolescentes en un mismo marco de igualdad.

¿Se respetan en Argentina los derechos y garantías establecidos por la CDN?, normativamente Argentina no se adapta a los estándares internacionales que propone la CDN ni el citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No se respetan los derechos ni garantías del menor que se enfrenta a un proceso judicial. Consideramos que el RPM viola y no se adecua al marco de la Convención: el sujeto menor de edad en Argentina puede ser privado de su libertad en el momento en que el juez lo considere, aun cuando haya sido absuelto.

Por todo lo mencionado hasta el momento, es claro que el camino no se agota con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño ni con la sanción de la ley 26.061, ya que aun hoy nuestra normativa no se adapta a todo lo establecido en la Convención.

El hecho de que, aún hoy, las penas y medidas para los sujetos menores de 18 años queden siempre supeditadas al análisis subjetivo que hace el juez en los diferentes tratamientos que ordena, es la consecuencia directa de que hoy, el RPM, es totalmente ineficaz.

Particularmente Córdoba cuenta con su propia normativa, la ley 9.944, con un pasado normativo y con un futuro de varios proyectos de reforma en la materia⁴. Aún así volviendo a algo ya analizado, la nación y las provincias deberán trabajar en conjunto. Ya que si bien el RPM es de carácter nacional y nuestro sistema, tal como lo describe nuestra

⁴ Tema a desarrollar en el Capítulo IV del presente trabajo.

Constitución, en el art. 1, es federal, entendiendo por tal, la potestad que poseen las provincias de llevar a cabo los procesos y todo lo concerniente al aparato judicial de la manera en que decidan sancionarlo. En mi opinión, es imprescindible que a nivel nacional se sancione una ley que abarque todos los supuestos respetando el marco constitucional e internacional, y a partir de ahí las provincias sancionen sus propias legislaciones, simplemente con el objetivo de que no haya tanta disparidad en la normativa de cada una de éstas.

Por último, después de todo lo analizado y explicado, puedo afirmar que, en relación con el marco constitucional e internacional, Argentina va a un paso lento. Creo que, a pesar del intento que hacen los diferentes gobiernos por aportar ideas, proyectos y diferentes programas, la cuestión pasa por comenzar a actualizarnos en el contexto en que vivimos, y dejar principalmente de lado los intereses personales del “gobierno de turno”.

La protección del niño y del adolescente hoy, a nivel mundial, es tema de suma importancia; y lamentablemente la República Argentina - a pesar de los intentos - ha dejado esa materia a la deriva en muchos aspectos. Así es que en el siguiente capítulo, abordaremos la situación en América Latina, para poder de esa manera analizar y mostrar en qué lugar se encuentra nuestro país en comparación con los demás países más relevantes de la región.

CAPÍTULO IV

Derecho de la Región. Derecho en Europa

En el presente capítulo abordaremos, en primer lugar, cómo se desarrollan los regímenes penales juveniles en Latinoamérica. Primero se hará una reseña histórica de cómo se fueron desarrollando los distintos modelos en la región, para luego desarrollar de manera específica la situación en Brasil, Chile y Venezuela.

Continuaremos exponiendo lo referente a los proyectos de reforma al sistema penal juvenil en Argentina en las dos últimas décadas, y finalizaremos haciendo una reseña sobre los regímenes penales del adolescente en el marco europeo. A partir de la importancia que revisten para nuestro país y ordenamiento, desarrollaremos la situación en España y en la República Federal Alemana.

4.1 Latinoamérica y la situación de los menores

Con la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), se marca un antes y un después en las diferentes legislaciones de Latinoamérica. Como hemos hecho mención, la situación de los niños en el derecho puede ser ubicada dentro de dos paradigmas: en un primer momento, el paradigma de la “situación irregular”; y luego, el paradigma de la “protección integral”, aquel que con notorias deficiencias hoy subsiste y es consecuencia inmediata de la CDN.

Haciendo mención al paradigma de la situación irregular, podemos definirlo como aquel modelo que se caracterizaba por no considerar a los niños como sujetos de derecho sino más bien, como incapaces u objetos a proteger. A diferencia del actual modelo, iba destinado solo a una parte del universo de los niños: los niños en riesgo o riesgosos como así también los que pertenecían a la parte más pobre de la sociedad (Cativelli, 2010).

El modelo de la situación irregular mostraba plenamente la discrecionalidad de los jueces de menores, su intervención coactiva fundamentándose en lo positivo de los tratamientos y la resocialización del menor. En definitiva, no se reconocían derechos fundamentales a los niños ni a los adolescentes.

En el año 1989, con la sanción de la CDN, se observa la crisis que había comenzado a sacudir al modelo de la situación irregular en el contexto mundial en la década de los ´80. Con el nacimiento de la CDN, aparece el modelo de la Protección Integral.

El famoso modelo de la “Protección Integral” es un modelo caracterizado principalmente por considerar al niño y al adolescente como sujeto pleno de derecho, reconociéndoles a los mismos una cartilla de derechos y garantías adaptadas a la CDN. En este modelo, ya no se habla de una parte del universo de niños, sino que hace incapie en la no discriminación de ningún tipo, considerando a todos los niños sujetos por igual.

La actividad de juez, en este modelo no se remite solo a la intervención coactiva, sino más bien a un trabajo en conjunto con la familia del menor, la sociedad y el estado para poder cumplir con la protección integral o integra del menor.

En cuanto a las garantías que tendrá el menor, destacamos que los jueces deben optar de forma excepcional por la privación de la libertad ante la comisión de un delito por parte de un niño o un adolescente, y siempre intentar que ésta sea por el menor tiempo posible.

En cuanto a la temática, es importante destacar lo que establecen la CDN, en su art. 40.3 inc b, y la directriz 5 de las Directrices de Riad. Ambas normativas dejan claro que la potestad coactiva del juez se aplicará sólo en casos gravísimos. Así, el artículo 40.3 inc b, recepta que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular...Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

La directriz 5 de las Directrices de Riad⁵ dispone

Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás.

En América Latina siguiendo el modelo de la CDN, las sanciones alcanzan medidas de protección, de orientación, de apoyo socio- familiar, de supervisión y reglas de conducta.

⁵ Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, el 14 de Diciembre de 1990.

Es necesario mencionar que la adopción de la convención de los países latinoamericanos se dio en un contexto donde la mayoría de estos países empezaban a dejar atrás gobiernos militares y comenzaban a consolidar sus gobiernos democráticos. De este modo es que las legislaciones de la región adaptadas a la CDN pueden dividirse según Vina (2007) en tres grupo⁶:

- a) Los países que observan al proceso con una finalidad instrumental en cuanto al hecho, la responsabilidad y la sanción a aplicar.
- b) Los que asignan al proceso los mismos presupuestos que el grupo anterior, pero consideran que tiene una finalidad educativa.
- c) Los países que afirman que el proceso en sí, tiene una única finalidad, educadora.

Es evidente que, al analizar algunos regímenes latinoamericanos, podemos encontrarnos con tres situaciones: en primer lugar, hay países en los cuales la CDN no causó efectos y sus legislaciones no han sufrido modificaciones en la materia; en segundo lugar, países que han tomado lo expresado por la convención y han hecho modificaciones básicas en sus leyes; y por último, países que han adoptado la CDN y modifican o están en proceso de equiparar sus legislaciones con la normativa internacional.

⁶ Artículo de la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica07.pdf

4.1.1 Breve reseña sobre los principales países de la región

Brasil: La República Federativa de Brasil, puede ser considerada la nación de América Latina, en dar el primer paso en la reforma legislativa de sus normas. En el año 1990, se sanciona allí el Estatuto del Niño y del Adolescente, mediante la ley 8.069. La cual al día de hoy tiene como objetivo principal establecer la protección integral del niño y del adolescente, para las niñas, los niños, los adolescentes y las mujeres embarazadas, y así adaptarse a los parámetros internacionales.

El estatuto promovía, dentro de los principales principios de la convención, el derecho a la vida, su supervivencia y desarrollo; el derecho a la no discriminación; el interés superior del niño; y el respeto a las opiniones y los sentimientos de los niños pequeños.

Es importante destacar que, en Brasil, según el art. 2 del Estatuto, se considera niño a la persona hasta los 12 años de edad incompletos, y adolescente será aquel sujeto entre los 12 y los 18 años de edad.

Por otro lado, el Estatuto crea un sistema de políticas sociales básicas para los niños, luego un sistema de defensa y protección de los derechos violados, y por último un sistema de control social. Así es que se crean los llamados consejos tutelares, los cuales tendrán la tarea de velar por el cumplimiento de los derechos y garantías del niño, del adolescente y de la mujer embarazada.

En relación a las medidas de protección que prevé la normativa brasilera, analizaremos los art. 98, 99, 100 y 101, donde se dispone que las medidas serán impuestas por la acción u omisión del estado o la sociedad; por omisión, falta o abuso de los padres; y por la conducta del niño o del adolescente. Estas medidas se podrán imponer separada o conjuntamente, y podrán ser modificadas en cualquier momento, como así también deben ser otorgadas de acuerdo a las “necesidades pedagógicas”. Como ejemplo de estas medidas, podemos mencionar: orientación, apoyo y seguimientos temporales; solicitudes de tratamientos médicos, psicológicos o psiquiátricos en regímenes de internación o

tratamientos ambulatorios y la colocación de los menores en familias sustitutas, respectivamente.

Chile, La República de Chile en la actualidad cuenta con la ley 16.618, conocida como la ley de Menores del año 1967 y la ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente. La ley 20.084 fue sancionada en el año 2005 y entro en vigencia en el año 2007, modificatoria del código penal chileno y de la ley de menores. En la ley 20.084 se establece la responsabilidad de los adolescentes cuando actúan contra la ley penal. La doctrina nacional junto con el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas criticaron la situación del país trasandino por las diferencias sustanciales entre la normativa vigente sobre menores y las obligaciones adquiridas por Chile al ratificar la Convención de los Derechos del Niño (Cillero Bruñol, 2006).

Analizando la normativa chilena es importante destacar que a pesar de que Chile ratifico la CDN en el año 1990, al día de hoy no cuenta con una ley de Protección Integral de Niños ni del Adolescentes. Aun así es necesario destacar que aunque no cuente con la normativa expresada con anterioridad, la República de Chile, ha sancionado diferentes normativas en relación a la ratificación de la convención: la ley 20.084 (modificada por la ley 20.191) establece la responsabilidad penal de los adolescente; la ley 20.379 crea el sistema interseccional de protección social; y el programa “Chile Crece Contigo”, considerado como parte de la protección integral.

Vale aclarar que, a diferencia de la República Argentina, la ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Chile, establece que serán imputables las personas entre los 14 y los 18 años de edad. Es importante mencionar que de acuerdo a Cillero Bruñol (2006) antes de la ley 20.084 los niños y los adolescentes que cometían un hecho delictivo eran sometidos a la discrecionalidad del magistrado con un modelo condicional de imputabilidad basado en factores subjetivos.

En cuanto a la temática de la investigación, la ley chilena de menores establece que, ante la transgresión de la ley penal, se podrá sancionar a los sujetos menores de edad con amonestaciones y de esta manera regresarle la custodia a sus padres o guardadores. También se los podrá someter a un régimen de libertad vigilada e internarlo en un establecimiento especial lo cual siempre se prolongará por el tiempo que el juez considere correcto, teniendo potestades de revocarlo o modificarlo (ley 16.618, art. 29)

El art. 6 de la ley 20.084 establece que, a diferencia de las sanciones del código penal y las leyes complementarias, a los menores se les podrá aplicar estas sanciones: internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semi-cerrado con programa de reinserción social, libertad asistida especial, libertad asistida, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa y amonestación.

En cuanto a la duración de las sanciones mencionadas, nos remitimos a lo establecido por los art. 21 y 23, donde se determinan taxativamente los plazos de acuerdo a cada sanción.

La ley de la República de Chile intenta terminar con la doctrina “paternalista”, y comienza a hablar de una responsabilidad diferenciada en relación a la justicia penal de los adultos. De esta forma, da por finalizadas la imposición de medidas del tipo ilegales o arbitrales.

Venezuela: En el año 2000, la República Bolivariana de Venezuela sanciona la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, donde se considera que es niño todo sujeto con menos de 12 años de edad, y adolescente aquel que se encuentra entre los 12 y los 18 años de edad.

El régimen penal juvenil venezolano declara como sujeto punible al niño a partir de los 12 años. Al mismo se le pueden imponer sanciones privativas de libertad que

tengan una duración de dos años hasta los 14 años, y penas de hasta cinco años a los sujetos desde los 14 hasta los 18 años.

La ley orgánica establece que el estado será el encargado de velar por los derechos y garantías de los niños y adolescentes en cuanto se trate de la aplicación de medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier índole (art. 4). De igual manera, en el art. 8, recepta el principio del interés superior del niño.

En cuanto a la libertad personal del menor, aclara en su art. 37 que tienen este derecho sin más límites que los establecidos por la ley, lo cual de ningún modo puede resultar de una práctica ilegal o arbitraria. La privación de libertad de un menor será siempre utilizada como medida de último recurso y por el menor tiempo posible.

En su ley orgánica, Venezuela establece un sistema de protección del niño y del adolescente, lo cual - como se puede observar en la normativa - cuenta con políticas y programas de protección y atención, medidas de protección, órganos administrativos y judiciales de protección, entidades y servicios de atención, sanciones, procedimientos, acciones judiciales de protección y recursos económicos.

Las medidas de protección se van a aplicar al niño o adolescente, entre otras razones, por su conducta, ya sea para preservarlo o para restituirlo a la sociedad. Por esta razón, es que dentro de las medidas que el juez puede imponer, se encuentran la orden de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico ambulatorio o en régimen de internación y la inclusión en programas, ya sea separadamente o en conjunto con su familia.

4.2 Principales proyectos de reforma

Desde la ratificación de la Argentina a la CDN, y muchos años después (con la sanción de la ley 26.061 de Protección Integral), el Régimen Penal de la Minoridad ha tenido varios intentos de modificación, porque el estado así lo entiende y porque a su vez la sociedad así lo necesita.

Compartiendo la opinión de González del Solar (2009), hoy la ley 22.278 no cumple ni vela por las garantías fundamentales de los sujetos menores de edad ni establece un proceso legal en el que se respete el derecho de defensa del menor imputado. En esta ley tampoco se definen los límites a la labor del magistrado, ni cuáles son las medidas de educación correctivas aplicables, por lo que el menor está en una situación de incertidumbre con respecto a la decisión del juez.

En concordancia nuevamente con González del Solar sobre la reforma del RPM, está claro que, en la actualidad, se analizan dos ejes en la cuestión por un lado, modificaciones básicas a la ley 22.278; y por otro, la creación de un sistema de responsabilidad penal juvenil, el cual que dejaría el actual régimen en el pasado. Este nuevo sistema de responsabilidad juvenil debe, en nuestra opinión, adecuarse al contexto y establecer una nueva edad a partir de la cual el menor responderá frente al delito cometido. Además, debe limitar la actividad del juez, como así también determinar absolutamente todas las medidas educativas. De esta manera, no quedarían cuestiones relacionadas libradas al azar, o más bien a la decisión de los magistrados.

En el año 2015, el Observatorio de Adolescentes y Jóvenes del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA) reveló en una investigación, que compartimos a continuación, la discusión tanto en la cámara de senadores como la de diputados sobre diferentes propuestas referidas a la reforma del Régimen Penal de la Minoridad. Así es que, entre los varios proyectos que se fueron presentando, la gran mayoría compartía la necesidad de bajar la edad de imputabilidad y de adecuar la

legislación penal juvenil a la CDN y demás tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Año	Cantidad de proyectos con objetivo principal de endurecer el proceso y las penas.	Cantidad de proyectos con objetivo de adecuación a CDN y demás tratados.	Total
2002	15	12	27
2004	8	15	23
2007	5	11	16
2009	3	12	15
2012		5	5

Fuente: Elaboración Observatorio de Adolescentes y Jóvenes en base a relevamientos periódicos en HCD y HCS provistos por información parlamentaria.

Cuando un menor de edad comete un hecho delictivo es cuando siempre surgen diferentes expresiones, por ejemplo: bajar la edad de imputabilidad de manera urgente, que los gobiernos no se ocupan de la cuestión, que estamos cansados de que los menores que delinquen “entren por una puerta y salgan por otra”. Sin embargo, cuando el hecho ya ocurrió, pasa el tiempo y, hasta que no volvemos a conocer un hecho con similares características, no volvemos a pensar en modificaciones ni en cuestiones relacionadas a ello.

En el contexto de la provincia de Córdoba, en el ámbito del Programa Justicia 2000 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el actual juez de menores, Sr. Jose H. González del Solar, presentó un anteproyecto de ley para regular la responsabilidad penal juvenil en la República⁷. Se trata de un nuevo sistema que respete los preceptos de la CDN, donde el menor sea sometido a medidas que estén establecidas específicamente en la ley, por delitos que sean considerados jurídicamente reprochables. Esto se da en el marco como señala el magistrado, de un proceso legal donde el imputado pueda defenderse, presentar prueba, impugnar cargos y poder recurrir a instancias superiores.

⁷ (ver anexo 1.1) <http://derechominoridad.blogspot.com.ar/search?q=anteproyecto>

Analizando el anteproyecto podemos señalar en relación a la temática abordada, que entre los postulados principales, se establecen los parámetros de responsabilidad en la marca de los 13 años del sujeto, a partir de esto comienza a examinarse la responsabilidad penal. Si el sujeto es menor de 13 años, serán los padres, tutores o guardadores los que decidan las medidas que signifiquen el cuidado y educación del mismo.

Si el menor ya ha cumplido los 13 años de edad, los padres, tutores o guardadores tendrán la misma tarea planteada anteriormente siempre que se contemplen criterios de oportunidad, de reparación del daño o, como novedad hasta ahora observada sólo en algunas provincias de nuestro país, la mediación o conciliación, como cualquier otro método de solución de conflictos.

Todo lo anteriormente planteado se presenta en un proceso donde se podrán imponer medidas de caución para poder garantizar el éxito de dicho proceso. Esto no sucede en el caso de la privación de la libertad, la cual sólo será propiciada para aquellos menores que han cumplido los 15 años, y siempre se utilizará como medida de último recurso.

El anteproyecto tiene como base la idea de educación en el menor, para así poder llevar un desarrollo dentro de los preceptos de dignidad, respeto y consideración. El menor de 15 años será “sancionado” con medidas del tipo educativas, y los mayores de esta edad serán pasibles de una sanción penal. Estas medidas serán dispuestas por el juez. Vale aclarar que, a partir de los 15 años de edad, si el sujeto comete un hecho delictivo se le podrá imponer una medida educativa por única vez, y en caso de declararse la responsabilidad, resolver sobre la pena.

Será el juez quien determine las medidas, ya sea del tipo instructivas o reparatorias, siempre teniendo como tarea analizar el contexto personal, familiar y ambiental. Si el sujeto que cuenta con 15 años o más (hasta los 18 años de edad) cumplió el tratamiento, se lo absuelve; en caso contrario, el juez lo llevará a juicio para resolver y poder determinar la pena.

4.3 La situación en Europa

En el año 1957, se creó el Comité europeo para los problemas de la delincuencia. Que trajo consigo la publicación de informes, documentos, investigaciones y recomendaciones. Compartiendo lo que afirma Vásquez González (2006), podemos mencionar:

- a) La eficacia de los programas para la prevención de la delincuencia juvenil (1963)
- b) Los métodos de tratamiento de corta duración para delincuentes juveniles (1966)
- c) Las nuevas tendencias que se observan en el tratamiento de los delincuentes juveniles (1974)
- d) Las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil (1987)

En el ámbito del Comité de Ministros del Consejo de Europa, era necesario que gracias a las diferentes transformaciones que sufre la sociedad todo el tiempo, la juventud comience a ser parte de este proceso. Así es que el Comité de Ministros preveía mejorar las condiciones de vida de los jóvenes y analizar los sistemas escolares, comprobando si brindan o no la ayuda educativa correspondientes. Además, y considerando uno de los puntos más importantes a nuestro parecer, preveía evitar el tiempo libre malgastado por los jóvenes, fomentando la oportunidad laboral en ellos.

Dentro de las recomendaciones que hizo en Europa el mencionado Comité de Ministros para tratar el ámbito penal juvenil, Vázquez González (2006) menciona la Resolución 78⁸, la cual implicaba entre otras:

- a) Proteger siempre los derechos fundamentales de los jóvenes, en los procesos judiciales o administrativos.
- b) Establecer el carácter educativo y social en las medidas impuestas a los menores.
- c) Considerar como última opción la privación de la libertad.
- d) Velar por el buen desarrollo de los tratamientos impuestos a los jóvenes.
- e) El trabajo coordinado de los órganos e instituciones a cargo de la asistencia del menor.

Asimismo, analizamos la Recomendación 87, del 17 de septiembre de 1987, sobre “Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil”. Allí, el Comité de Ministros establece tener en cuenta la situación concreta y personal del menor y reconocerle los mismos derechos y garantías que a los adultos. Por último, recomienda a los gobiernos de los estados parte revisar y estudiar sus legislaciones, como así también las prácticas de prevención y los procedimientos para evitar la privación de la libertad. La Recomendación citada destaca, como puntos principales:

⁸ Resolución 78 (62), de 29 de septiembre de 1978, sobre “delincuencia juvenil y transformación social, en atención a las transformaciones y cambios de la sociedad contemporánea” (Vázquez González, 2006, p.96)

a) Comenzar a desarrollar procesos de desjudicialización para que los menores no sean sometidos al sistema judicial ni a sus consecuencias.

b) A partir del punto anterior, intentar lograr procesos más rápidos y evitar que los menores sean tratados como en el contexto de los adultos.

c) Tratar al menor en su ambiente personal; si cumple las expectativas del tratamiento, poder finalizarlo antes del plazo establecido; y, en el caso de que no se pueda evitar una pena privativa de la libertad, aplicar escalas de pena reducida por su condición de menor.

Finalmente, siguiendo la investigación realizada por el Centro de Documentación y Estudios de Madrid (SIIS) en el año 1990, destacamos que las legislaciones europeas se han vuelto más conservadoras. Se trabaja con fines educativos y sociales para el menor y se intenta de a poco eliminar las diferencias entre los procesos de menores y el derecho penal de adultos. La situación concreta del menor, como ya lo hemos tratado, sigue siendo un punto fundamental, pero se le suma la visión europea de la responsabilidad por el daño causado, el atenerse a las consecuencias del mismo y la necesidad de pena.

Es importante destacar que hoy la mayoría de los países europeos opta por un modelo intermedio entre el modelo asistencial y el modelo de justicia juvenil. El primer modelo tiene una visión subjetiva del menor, bajo la cual deberá tratárselo y no castigarlo; en el segundo existe donde existe la presunción de responsabilidad y de castigo hacia el menor por el hecho cometido. Se trata de un sistema intermedio que tiene como protagonista la actuación discrecional del juez, donde no existe el principio de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la gravedad del delito.

4.3.1 España

El 13 de enero del año 2000 se sanciona la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal, una ley caracterizada por ser muy garantista. En el año 2006, España modifica la ley orgánica, y allí se establece que serán imputables los sujetos desde los 14 hasta los 18 años, cuando se alcanza la mayoría de edad. Antes de los 14 años no hay noción de responsabilidad según esta ley.

Éste es un régimen socio-educativo con valoraciones del tipo psicológicas del menor, siempre a favor del interés superior del niño, y con un fin resocializador del joven. De acuerdo con Bernuz Beneitez (citado en Nieto Morales, 2016), es otro tipo de justicia que intenta estigmatizar lo menos posible al menor, intentando reparar el daño sufrido por la víctima. Se sanciona con medidas educativas, y el menor muestra su responsabilidad ante el hecho.

Los menores de entre 14 y 16 años de edad podrán ser privados de su libertad sólo por dos años y hasta cinco años en el caso de tener entre 16 y 18 años de edad.

En el caso de delitos leves, el juez podrá valorar al sujeto en cuestión e imponerle medidas como amonestaciones; permanencia los fines de semana o libertad vigilada; tareas que beneficien a la comunidad o internaciones (para delitos graves) en regímenes cerrados, semiabiertos, abiertos o terapéuticos. (Nieto Morales, 2016)

4.3.2 República Federal Alemana

La República Federal Alemana ratifica la CDN en el año 1992, y se rige por la Ley Orgánica Reguladora de Responsabilidad Penal de Menores, la cual establece, junto con el Código Penal Alemán: que no tendrá responsabilidad quien, al momento de la realización del hecho, no haya cumplido los 14 años de edad, sino que a este menor se le impondrán medidas de protección o educación. Desde los 14 hasta los 18 años, se tendrá en cuenta la

presunción de responsabilidad, lo cual será analizado, caso por caso, por el Tribunal de Menores. Por último, el joven de 18 a 21 años de edad será plenamente responsable.

La organización judicial alemana está conformada por: los Tribunales de Menores; el Juez Penal de menores que actuará ante infracciones leves; el Tribunal de Escabinos de Menores para delitos graves; la Sala de lo Penal para delitos más graves, los de capital y los recursos de apelación contra las decisiones de otros tribunales; y los fiscales de menores con experiencia educativa para ayudarlos. (Vásquez González, 2006)

El régimen alemán se encuentra formado por tres clases de sanciones a la hora de tratar al menor:

a) Educativas para delitos leves; sanciones de asesoramiento y educación. En este caso, el juez las impone con amplia libertad, simplemente limitado por la no alteración en la vida del joven en cuestión y la relación entre la imposición de la medida con el hecho. No podrán durar más de dos años.

b) Medidas correctivas en la ley de Tribunales de Menores, las cuales indican *“que no procediendo la pena juvenil, debe hacerse comprender al joven, encarecidamente, que ha de responder por el injusto cometido”* (Vásquez González, 2006, p. 124). Las amonestaciones, el arresto o la delegación de tareas son las medidas correctivas.

c) La pena juvenil: se priva de la libertad al menor en un establecimiento penitenciario juvenil, en el caso de delitos graves o reincidencia con un mínimo de seis meses y un máximo de cinco años, lo cual puede prolongarse hasta 10 años. En el establecimiento penitenciario podrán estar hasta los 24 años de edad; pero si la pena se prolongara, deberán ser trasladados a un establecimiento de adultos.

Para concluir, compartimos la opinión del autor español Vázquez González, Carlos (2006):

La influencia de la dogmática penal alemana, aunque en menor medida que en el Derecho penal ordinario o de adultos, también se ha dejado sentir en el Derecho penal juvenil europeo y español. Aunque con mayor presencia en los antecedentes legislativos, el modelo de justicia juvenil alemán, inspiró finalmente el vigente sistema de justicia penal juvenil español, aunque nuestro legislador no se atrevió a implantar el modelo alemán en su globalidad, sobre todo respecto de la intitulación de las sanciones aplicables a los menores, donde el legislador alemán ha sido más coherente y pragmático regulando auténticas penas privativas de libertad para determinados delincuentes juveniles (...) (p.105-106)

4.4 Conclusiones parciales

Para finalizar el presente capítulo, podemos concluir que, actualmente, en América Latina, ninguna legislación de las analizadas anteriormente se adapta completamente a la Convención de los Derechos del Niño ni a otros instrumentos internacionales.

A pesar de haber avanzado en el paradigma de la protección integral con la sanción de leyes de esta índole en algunos países y en otros no, aún hoy se ve a las diferentes legislaciones aferrarse al paradigma anterior, haciendo hincapié en el modelo tutelar. Así es que la protección integral en los países latinoamericanos es una especie de copia mejorada del sistema inquisitivo del modelo de la situación irregular

Sin embargo, la situación en el continente europeo es un tanto distinta. A pesar de no tener regímenes perfectos, y con algunas deficiencias en cuanto a la discrecionalidad del juez, la mayoría de las legislaciones cumplen y se van adaptando a los parámetros internacionales, con el verdadero objetivo de una protección integral del niño y del adolescente como sujetos de derecho. Teniendo como base el interés superior del niño y el intento de comenzar a equiparar la justicia de los menores con la justicia de los adultos.

Así es que, en América Latina, sobretodo en nuestro país, es necesaria la urgente modificación de las leyes vigentes en cuanto a normas y disposiciones para tratar al menor delincuente. En cuanto a la CDN, resulta urgente que se comiencen a defender las garantías del menor, intentado que la libre disposición del magistrado sea limitada; y que se vele por el mejoramiento de instituciones correccionales existentes, o por la creación de nuevas instituciones a favor de la protección integral de nuestros niños y adolescentes. Tal como mencionamos en el presente capítulo, estas modificaciones resultan necesarias porque el estado así lo entiende, y porque la sociedad así lo necesita.

CAPÍTULO V

Aplicación Jurisprudencial

En este capítulo se realizará la selección de un importante caso de jurisprudencia, que a nuestro parecer, reúne la mayoría de los aspectos presentados durante la investigación. Analizaremos los criterios, subjetividades y fundamentaciones del juzgador al momento de decidir.

5.1 Consideraciones básicas

El problema que se suscita por el hecho delictivo cometido por menores de edad hoy en nuestra sociedad es complejo, de gravedad y con un tinte de delicadeza especial, ya sea por las causas que lo llevaron a obrar de determinada manera por las consecuencias que se producen en él personalmente, en su seno familiar y en la sociedad.

Cuando ocurre el hecho delictivo, es tarea del juez y de todo el aparato judicial resolver. Sin embargo, esto no debe llevarse a cabo de manera ordinaria sino, como expresa la normativa, realizando un conocimiento personal, directo y actualizado del menor y su ambiente. El fin no es castigar, sino imponer las medidas necesarias que tratarán al menor e intentarán mejorar su calidad de vida presente y futura.

5.2 Jurisprudencia. Caso

Autos: “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado. Causa N° 1174.”

El 28 de febrero del año 1998, Daniel Maldonado, de 16 años de edad, robó un comercio mediante el uso de un arma de fuego. Cuando huía junto con sus cómplices, uno

de los comerciantes, Víctor Aramayo, los persiguió. Fue allí cuando Maldonado le disparó a esta persona en el tórax, lo cual le provocó la muerte. Desde que cometió el crimen, Daniel Maldonado estuvo internado en el instituto de menores “Luis Agote”. En una de las salidas permitidas, volvió a cometer un hecho delictivo: tuvo un intento de robo, disparó contra la policía y tomo como rehén a una mujer embarazada.⁹

El Tribunal Oral de Menores N° 2 de la ciudad de Buenos Aires consideró autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado, a Daniel Enrique Maldonado. Fue condenado a 14 años de prisión fundamentado en el art. 166 inc. 2 del Código Penal, el cual expresa: “*Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años: si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda...*”; también en el art. 80 inc. 7 del mismo, el cual establece:

Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, al que matare: Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito (...)

Y por último, el art. 4 de la ley 22.278. (Citado en el capítulo I)

La pena que le hubiese correspondido a Maldonado es la de prisión perpetua pero, siguiendo lo establecido en la normativa 22.278, debió aplicársele una reducción de la pena prevista para la figura de la tentativa.

El fiscal general interpuso un recurso de casación por entender que la atenuación de la pena era una interpretación incorrecta del art. 4 de la ley 22.278. Acto seguido, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia y condenó a Maldonado a la pena de prisión perpetua entendiendo que el tribunal de juicio habría individualizado la pena y que el tratamiento tutelar había fracasado.

⁹ Diario La Nación (2005). “Maldonado, el caso que puede sentar jurisprudencia. Información general”. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/762808-maldonado-el-caso-que-puede-sentar-jurisprudencia> (7 de Diciembre de 2005).

Analizando el dictamen del fiscal general, encontramos por un lado, que se debe tener en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño, adquirió rango constitucional a partir de la reforma constitucional del año 1994. Y por otro lado, hace mención al termino tortura: *"no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas"*. Por esta razón establece que pese a las diferencias la pena impuesta a Maldonado no puede interpretarse, como alega la defensa, violatoria de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradante, ya que la misma pena es el resultado de un proceso *seguido en legal forma*.

Lo expuesto anteriormente, también permite mostrar que la pena impuesta tampoco resulta violatoria de CDN, ya que en el art. 37 se establece que los Estados parte de la misma, velaran porque los niños no sean sometidos a torturas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Destacando nuevamente el art. 37 de la CDN, en su segundo párrafo establece que no se podrá imponer una pena perpetua sin la posibilidad de excarcelación. En nuestro país esta posibilidad de excarcelación en el caso de Maldonado está directamente relacionada con la libertad condicional luego de transcurridos los 20 años de condena.

Frente a esta situación, la defensa oficial de Maldonado interpuso un recurso extraordinario. La defensa del menor cuestionó la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua aplicada, ya que resultaba violatoria de: la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto a la CDN, la pena impuesta a Maldonado no se corresponde con el art. 3 y 37 inc. b de la misma, por un lado, se encuentra en contradicción con el *"interés superior del niño"* y por otro lado, con la noción de que la pena privativa de libertad se utilizara *"tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda"*, respectivamente. Asimismo, la defensa planteó arbitrariedad en el fallo en torno

a la posibilidad de excarcelación y por haber aplicado la pena sin cumplir con el conocimiento personal del imputado que establece la ley 22.278. Tal como se señala en este fallo,

Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada. Y si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarlo innecesaria.

A su vez, la defensa entiende que este tipo de delitos debe ser castigado con la pena máxima y que, en ella, no hay posibilidad de agravantes o atenuantes. El caso de los menores es diferente, ya que el juez tiene el deber de realizar otro tipo de estudio para entender si al menor se le aplicará una pena, y si ésta podrá ser reducida. Para esto último, debe analizar los art. 40 y 41 del Código Penal.

Luego de analizadas las dos posturas, es importante destacar a modo de síntesis lo que establece el fiscal general en su dictamen: en primer lugar, la pena de prisión perpetua no es considerada como una tortura o un trato cruel; en segundo lugar, la sanción no es violatoria de la CDN; en tercer lugar, el art. 13 del Código Penal establece la “libertad asistida” que cumple con los requisitos de la “posibilidad de excarcelamiento” que plantea la CDN; en cuarto lugar, la ley 22.278 se adecua a los parámetros de la convención; y por último, la atenuación que establece el art. 4 de la ley 22.278 es una facultad de los jueces de la causa.

En cuanto a los argumentos a favor de la pena de prisión perpetua impuesta a Maldonado que hace nula la posibilidad de aplicar una escala reducida es el fracaso del tratamiento tutelar. Se afirma que: *“no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquella y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos (...)”*, y a su vez que, *“Maldonado, cuando delinque, exhibe un manifiesto desprecio por la vida propia y la ajena con tal de lograr su objetivo ilícito y, al propio tiempo, resguardar su libertad e impunidad”*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja que planteó la defensa de Maldonado. En el fallo, se estableció que no respetaron las exigencias legales ni constitucionales, ya que la decisión de la Cámara no estaba justificada correctamente, no se logró entender por qué la pena de 14 años no era suficiente.

La Corte señaló que los argumentos para llegar a esa decisión, la prisión perpetua, no atendieron a los fines de resocialización. Ya que tampoco se efectuó la valoración de la culpabilidad como medida de pena, se violó el debido proceso, el principio de inocencia y la prohibición de la doble valoración al considerarse en perjuicio del menor la existencia de un proceso penal en trámite. Al mismo tiempo, la Corte planteó:

Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.

De esta manera, se dejó sin efecto la sentencia apelada, por consiguiente se dirigieron los autos al tribunal de origen a fin de que se dictara nueva sentencia.

Vale decir que, de acuerdo con el voto del Dr. Fayt, miembro en ese momento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es necesario revocar la decisión apelada, ya que:

La gravedad de los hechos que configuran el objeto de este proceso no puede constituir el fundamento para desvirtuar los principios que necesariamente deben ser considerados a la hora de imponer legítimamente una pena a quien haya cometido un delito antes de los

dieciocho años de edad, ni para atenuar las exigencias en materia de motivación de decisiones judiciales.

Luego de expuesto el caso de Daniel Maldonado, en primer lugar, compartiendo la opinión doctrinaria de Procajlo (2006), entendemos que se concretan las medidas de acción positiva, receptadas por la Constitución Nacional, las cuales impedían que el poder punitivo del estado recaiga en forma irracional sobre el menor.

A su vez, es importante destacar que el “caso Maldonado”, actuó como bisagra dentro de la jurisprudencia argentina, es un precedente de garantía adicional, donde se puede eximir de pena, ya que el fin no es retributivo, sino resocializador. En el supuesto que al menor le correspondiese pena, siempre deberá ser diferente a la que le correspondería a un adulto en idénticas circunstancias. El menor es un sujeto con las mismas garantías que un adulto pero con derechos adicionales. (Villa, 2017)

Tal como señala Villa (2017) al menor le corresponde un proceso penal donde:

Cuenta con un abogado defensor oficial o particular, interviene el fiscal en rol acusatorio, las resoluciones deben ser fundamentadas, existe control de las medidas cautelares, se puede acoger a la suspensión del juicio a prueba y hasta el juicio abreviado, en varias provincias se prevén modalidades de diversión como la remisión del caso (cierre de las actuaciones) por infracciones menores, así como la mediación penal (entre otras, la provincia de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Neuquén y Río Negro). También a nivel provincial aparecen alternativas a la sanción penal, se interponen recursos y se asegura la revisión de la decisión por un órgano superior, entre otras.

En un intento de desglosar el caso, la Corte Suprema de Justicia se expidió y dejó en claro que:

Existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el deber del juez de ponderar la "necesidad de la pena"... Que la "necesidad de la pena" a que hace referencia el régimen de la ley 22.278, en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a "peligrosidad"... , la razón por la que el legislador

concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a "la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"

Dejándonos claro, que para imponer una pena a un sujeto menor de edad, la misma debe ser necesaria y no puede estar justificada por la gravedad del hecho o su peligrosidad, como así tampoco por el fracaso del tratamiento tutelar.

Compartiendo la opinión de Dipascual (2013) creemos que de no revocarse la sentencia a Daniel Maldonado, se hubiese violando el principio de culpabilidad anclado en el art. 18 de la Constitución Nacional ya que el menor hasta no cumplir los 18 años de edad no posee una madurez emocional o afectiva plena. Su culpabilidad se encuentra disminuida. Los niños poseen los mismos derechos que le corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, eso entendemos por prevención, como fin primero de la justicia penal juvenil.

En cuanto a la culpabilidad, la Corte Suprema determinó que es posible imponer una pena perpetua, siempre y cuando exista culpabilidad plena, cuestión que por falta de madurez y de cierta capacidad, ya no encuadrarían en el supuesto.

¿Pero que opinaron el ministro Dr. Fayt y la Dra. Argibay al momento de sus votos? Por un lado, Fayt entendió que la pena de prisión perpetua cuando se aplica a los menores de 18 años no es contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre y cuando exista la posibilidad inmediata de excarcelación y que debe ser obligatoria la escala reducida del art. 4 de la ley 22.278. Por otro lado Argibay, opinó que la prisión perpetua en menores no es inconstitucional y que el que acusa debe justificar él por qué de la escala reducida.

Lo expuesto anteriormente por los dos miembros de la Corte, dio como resultado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitiera en el año 2010 el Informe 172/10 en la causa “César Alberto Mendoza y otros” que había sido condenado a la pena de prisión perpetua por un hecho cometido cuando era menor de edad justificando la decisión por la gravedad del hecho, la peligrosidad y la posibilidad de excarcelación. El informe dio como resultado que si bien la pena de prisión perpetua no se encuentra prohibida en términos definitivos en el derecho internacional, Argentina es responsable por mantener en vigencia un sistema de justicia que permite que los menores sean tratados igual que los adultos, que permite que puedan ser condenados a penas perpetuas sin que se encuentre asegurada una revisión periódica que permita su excarcelación. Que la libertad condicional puede recién requerirse a los 20 años de condena - la cual se encuentra regulada en el CP. y se utiliza indistintamente para los adultos - que ello no alcanza para satisfacerse el requisito de excarcelación que establece el art. 37 inc. a de la CDN. (Dipascual, 2013)

Finalizando con la doctrina citada, la libertad condicional regulada en el art. 13 del Código Penal no cumple con la revisión periódica que permita evaluar la evolución y posterior posibilidad de acceder a la libertad, por esta razón y por lo expuesto en el Informe 172/10 la pena de prisión perpetua, no puede ser aplicada a los menores de edad en Argentina, ya que estaría contradiciendo los principios de mínima intervención y proporcionalidad, despejando así, toda duda que haya podido dejar el fallo Maldonado.

Conclusión

La adolescencia se caracteriza por ser un momento vital en el que suceden gran número de cambios que afectan a todos los aspectos fundamentales de una persona. Las transformaciones tienen tanta importancia que algunos autores hablan de este periodo como de un segundo nacimiento. De hecho, a lo largo de estos años, se modifica nuestra estructura corporal, nuestros pensamientos, nuestra identidad y las relaciones que mantenemos con la familia y la sociedad (...) Este período de transición entre la infancia y la edad adulta transcurre entre los 11-12 años y los 18-20 años aproximadamente (...) (Moreno, 2015, p.13)

Habiendo finalizado el presente trabajo final de grado, luego de una ferviente investigación donde desarrollamos, revisamos y examinamos el Régimen Penal de la Minoridad en nuestro país siguiendo nuestros propios lineamientos traducidos en diferentes y diversos objetivos que fueron planteados al comienzo de la investigación. Es importante destacar que fue posible cumplir con todos ellos.

Dentro de los objetivos específicos del presente trabajo, me planteé analizar el Régimen Penal de la Minoridad como base de todo el sistema penal juvenil argentino. Después de haber hecho tal análisis, hoy puedo aseverar que, a 37 años de la sanción de la ley 22.278 con su respectiva modificación en la ley 22.803, ésta ha quedado paralizada en la época y en el contexto en los cuales fue sancionada.

Este cuerpo normativo faculta al juez a disponer de los niños a los efectos de realizar estudios de su personalidad, condiciones familiares y condiciones ambientales, afectando su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, sin que exista previsión legal que permita su revisión en instancia de objeción. La famosa discrecionalidad, tan apuntada y criticada, que existe - ampliamente - en la justicia de menores, por el solo hecho de tener tal condición, hoy muchas veces vulnerada.

"El Régimen Penal de la Minoridad Nacional vigente en Argentina no es acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño porque es de neto corte tutelar y violatoria de

los derechos humanos"...Es que a nivel internacional existen una serie de instrumentos, reglas y derechos que deben ser tomados en cuenta cada vez que un niño, niña o adolescente entra en contacto con el sistema de justicia penal juvenil y el principio central, advierten desde Unicef, es el de la dignidad¹⁰. (Unicef, 2016)

Tal como señalábamos en el Capítulo III, es claro que Argentina no respeta los derechos y garantías impuestos al menor por los estándares internacionales, a medida que vamos analizando y entendiendo cada derecho y cada garantía del menor y lo comparamos con lo que se expone en el RPM, llegamos a esa conclusión: consideramos que la mejora para el RPM no es bajar la edad de imputabilidad como la mayoría de los proyectos plantea, sino mas bien adecuar en primer lugar la legislación a los estándares internacionales, delimitar la actuación del juez, respetar las garantías del menor y a la vez exponerlas en la normativa, en el caso que se decida imponer una medida al menor que no implique su entrada a un procedimiento judicial, la normativa debe establecer cuales serán esas medidas y los modos de aplicación, en síntesis, es importante crear una normativa que no deje lagunas ni dudas a "rellenar" con la discrecionalidad del magistrado.

Resulta imprescindible la reforma legal que construya el sistema que nuestra Constitución reclama. En mi opinión, la existencia de diversos proyectos de ley marca una clara voluntad que tienen los políticos de dar cuenta de la existencia del conflicto, y la búsqueda de una clara solución global. Todo esto se menciona así para poder afirmar que la República Argentina, así como también los países latinoamericanos a los que aludimos durante la investigación, no han adecuado sus legislaciones aún hoy al marco internacional en la materia, es decir, a la Convención de los Derechos del Niño, como así tampoco a otros instrumentos de corte internacional.

¹⁰ Diario Los Andes (2016) "Para Unicef, el Régimen Penal de Minoridad en Argentina viola los derechos del niño" Recuperado de: <http://www.losandes.com.ar/article/para-unicef-el-regimen-penal-de-minoridad-en-argentina-viola-los-derechos-del-nino>

Para la investigación realizada es de suma importancia nunca perder de vista, lo que implicó la reforma constitucional del año 1994 en cuanto a la temática, ni más ni menos que declarar que la Convención sobre los Derechos del Niño – junto a otros Tratados internacionales – comenzaban a partir de ese momento a tener rango constitucional. Pero, ¿Qué implica que un Tratado tenga rango constitucional? Simplemente el hecho de que ese tratado se encuentra en el mismo “escalón” que nuestra Constitución, tienen el mismo valor. Ninguno puede ser contradicho por el otro.

La Constitución Nacional Argentina y el listado de Tratado Internacionales incorporados en la reforma, están por encima de las normas inferiores, las leyes y los decretos, y estos deben obedecer y respetar, sin contradicciones lo establecido en dicha Constitución y Tratados.

Cabe mencionar que en Argentina, a pesar de una situación un tanto deficiente en cuanto a la situación de los menores que cometen un hecho delictivo, si es necesario aclarar que se ha hecho el intento de ir progresando en la materia. Esto se transcribe primero, en el art 75 inc. 22 incorporado en la Constitución Argentina y luego la sanción de la ley 26.061, de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes que dejando atrás viejos paradigmas y siendo como ya reflexionamos en la exploración, el punto de partida en el marco constitucional, comienza la construcción de un largo camino de avances hacia un sistema penal juvenil más acertado y conveniente posible.

La clara diferencia aparece cuando nos detenemos a comparar los regímenes en América Latina con algunos regímenes en Europa. Allí, a pesar de no tener legislaciones completamente perfectas ni exentas de errores, han avanzado mucho más y se han ido adaptando más al marco internacional, respetando el niño como sujeto de derecho, dejando así a un costado ese tan amplio margen de discrecionalidad y actuando acorde a las leyes.

Al analizar la situación en América Latina, nos preguntamos si la solución al conflicto es bajar la edad de imputabilidad o sancionar una ley de responsabilidad penal juvenil dejando atrás el RPM. Los estándares modernos exigen algo más que cambiar leyes

para castigar a los niños con garantías procesales: exigen implementar políticas criminales basadas en la responsabilidad de los adultos y orientadas a la prevención de delitos. Por esta razón es que la reducción de la edad penal en todos los países de la región, mediante leyes muy avanzadas, no implicó reconocerles más garantías a los menores de 18 años, como si tampoco provocó una reducción de los delitos realizados por jóvenes menores de edad. Todo lo anteriormente mencionado sigue sucediendo porque solo se modificó la ley para reducir la edad penal a cambio de garantías de debido proceso, pero no se desarrollaron políticas preventivas junto a un sistema adecuado de aplicación formado por programas para que se cumplieren estas leyes, cuestión que a partir de la investigación realizada compartimos con Villa (2017).

En el fallo analizado, podemos observar varios aspectos dentro de la temática donde el juez, según la normativa, tiene la tarea de poseer un conocimiento personal, directo y actualizado del sujeto en cuestión. A mi parecer, esta cuestión es ajena a su marco de libertad a la hora de disponer del menor. A colación de esto, cabe volver a indicar que los problemas que se suscitan en el fallo resultan del simple hecho de que la ley nacional no se corresponde con los estándares internacionales. La misma se da entre el marco constitucional, el marco internacional y la desgraciada creencia, permitida por la ley, de que el juez decida en cada caso como él lo crea pertinente, simplemente por el hecho de que no hay normativa aún hoy que lo coaccione a actuar a través de ésta, que le dé un marco de acción, que deba respetar y aplicar. Por este motivo, y así en la mayoría de los casos similares - en elementos y circunstancias -, puede decidir resolver de la misma manera y no como se hace en la actualidad.

En resumen, en el caso Maldonado, en un primer momento, se condena al sujeto - menor de edad - a 14 años de prisión, y luego se lo sanciona con una pena de prisión perpetua, porque después de valorada la primera sanción se concordó que ésta no era suficiente como castigo. Ésta última decisión tuvo que ser impugnada por la defensa del menor ya que resultaba violatoria de la CDN, como así también de varios aspectos de nuestra normativa constitucional. Claro está que el caso Maldonado sentó un precedente dentro de la jurisprudencia argentina pero las mismas contradicciones nacen y renacen

cada vez que se presenta un caso donde el menor de edad es protagonista, lo cual no sólo causa desventajas para la situación del sujeto, que se encuentra en una total situación de incertidumbre frente al juzgador, como así también desventajas para todo el aparato judicial.

Hoy la realidad en nuestro país es clara y visible: entendemos y aceptamos la normativa internacional en cuanto se trata de menores y sancionamos una ley de Protección Integral para protegerlos; pero aun así nuestro Régimen Penal de la Minoridad no se adapta a los instrumentos anteriormente mencionado, es necesario un cambio legislativo que adapte a los estándares internacionales a la ley sustancial; una escala penal determinada acorde a la CDN, pero principalmente que se respete el interés superior del niño, como principio vector de la justicia penal juvenil, que se le reconozcan sus derechos y garantías tanto a la hora de enfrentar un proceso penal debidamente fundado, como en el corriente de su vida en pleno proceso de formación. De lo contrario es casi imposible que exista armonía entre los instrumentos que tratan la justicia penal juvenil.

Al comenzar, manifestamos que la base del sistema penal juvenil argentino era el Régimen Penal de la Minoridad. Al examinarlo, sostenemos que los pilares son la discrecionalidad del juez - ya valorada - y el popular régimen tutelar, es decir, las medidas de seguridad. Notoriamente hemos afirmado que contamos con una normativa deficiente y desactualizada, y también lo es el sistema de medidas tutelares impuestas por la ley 22.278.

¿Castigamos o corregimos?, ése el interrogante que nos surgió durante toda la investigación. La siempre presente famosa y radical disyuntiva es que si castigamos al menor, no lo estamos corrigiendo ni ayudando, simplemente lo sancionamos, lo escarmentamos y lo alejamos de la reconocida resocialización. Sin embargo, sí no lo castigamos, sí lo estamos educando, ayudando y comprendiendo; pero visiblemente desconocemos y nos desentendemos de que finalmente la razón que lo llevó a esta situación es que es el autor de un hecho delictivo.

Es así que la ley 22.278 vela por una guarda del menor que se encuentra ante una situación de riesgo. La situación de riesgo del menor, siempre relacionada al contexto en el que vive y se desarrolla, se enlaza con sus progenitores, quienes no serán responsables penales por el hecho cometido por su hijo, pero sí por violar sus deberes de cuidado y guarda propios del deber de responsabilidad parental. Todo esto coloca al menor en riesgo físico, psicológico o moral.

Hoy los estándares internacionales ratificados por nuestro país en la materia, exponen que los ejes que guían la política criminal son la prevención como garantía de derechos económicos, culturales y sociales del menor, y la especialidad como respuesta a la imputación penal cuando la prevención falla. En la justicia juvenil lo prioritario no es la responsabilidad penal del joven sino la generación de condiciones que eviten que la persona menor de edad ingrese al sistema. (Villa, 2017)

Después de todo lo expuesto, estamos en condiciones de poder afirmar la hipótesis, planteada al comienzo de la investigación: Argentina y su normativa en la ley 22.278/22.803 no se adecuan aún hoy al actual marco constitucional e internacional, en cuanto a los derechos del niño.

Como reflexión final, podemos asentir que, al inicio del presente trabajo final de grado, no esperaba descubrir que la situación de los menores en nuestro país fuese tan engorrosa y tan compleja. Su complejidad no se relaciona simplemente con sancionar o castigar el hecho cometido, sino también con velar por ese ser humano y por su cuidado porque, a pesar de las circunstancias que lo llevaron a obrar de determinada manera, no deja de ser un ser con derechos, con un pasado y sobre todo con un futuro por delante. No se debe olvidar el simple hecho de que estos sujetos menores de edad son las personas que el día de mañana serán mayores y formarán, de un modo más o menos significativo, parte de la sociedad Argentina.

“Unicef recomienda la aprobación de una Ley de Justicia Penal Juvenil que no disminuya la edad de imputabilidad, que contemple estándares internacionales de protección de derechos humanos y garantice que cada adolescente sea sometido a un proceso penal con

debidamente garantías y medidas no privativas de la libertad, dejando como sanción excepcional y de última instancia la restricción de la libertad personal" (Unicef, 2016).

Bibliografía

Doctrina

a) Libros

- Beloff, M., Freedman, D., & Terragni, M. (2012). *La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la ley 22.278: Apuntes para un balance*. [En línea]. Disponible en: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/api/toactoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&stnew=true&ndd=3&context=21> Cita Online: AP/DOC/2778/2012
- Borges Frías, J. L., & Arias Gayoso, G. (2009). *Discrecionalidad y Legalidad*. Santiago De Cuba: El Cid Editor. [En línea]. Disponible en: <http://site.ebrary.com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=10337884>
- Bustos Ramirez, J. J., & Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal. Volumen I*. Madrid: Editorial Trotta
- Carmona Luque, M. del R. (2011). *La convención sobre los derechos del niño: instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Dykinson. [En línea]. Disponible en: <http://site.ebrary.com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=10559871>
- Carranza, J. L. (2006). *Temas del derecho prevencional de menores III*. Córdoba: Alveroni Ediciones. [En línea]. Disponible en: <http://site.ebrary.com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=10862566>
- Cativelli, V. (2010). *Protección integral de la infancia en Córdoba a 21 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Tesis no publicada. Universidad empresarial siglo veintiuno
- Cillero Bruñol, M. (2006). *Justicia y Derechos del Niño N°8*. UNICEF. Santiago de Chile. [En línea]. Disponible en: <http://www.unicef.cl>

- Covelli, J. L., Rofrano, G. J., Monchablón Espinoza, A., & Pinto, R. (2009). *Imputabilidad y Capacidad de Culpabilidad. Perspectivas médicas y jurídico-penales*. (1ª ed.). Ciudadela: Dosyuna Ediciones Argentinas
- Crognoletti, C. A. (2014). *El rol de los padres en la justicia penal juvenil*. Tesis no publicada. Universidad Abierta Interamericana
- Deane, M. M. (2013). *Sobre las medidas de seguridad*. [En línea]. Disponible en: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/api/toectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&stnew=true&nnd=3&context=21#> Cita Online: AR/DOC/1569/2013
- Dipascual, R. (2013). *Nulidad de la pena de prisión perpetua impuesta a un menor*. [En línea]. Disponible en: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000015e9567fe00e14fa508&docguid=iE50E810977B61395729508526A428A3E&hitguid=iE50E810977B61395729508526A428A3E&tocguid=&spos=3&epos=3&td=18&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=23&crumb-action=append&> Cita Online: AR/DOC/6129/2012
- Fernández de los Campos, A. E. (1999). *La convención de los derechos del niño*. Colombia: Reflexión Política. [En línea]. Disponible: <http://site.ebrary.com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=10146429>
- García Iturbe, A. (1967). *Las medidas de seguridad. Ensayo de una teoría general basada en el derecho comparado*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- González Del Solar, J. (2008). *Derecho de la Minoridad. Protección Jurídica de la Niñez (2da ed.)*. Córdoba: Mediterráneo
- Gutiérrez, P. A. (2011). *El niño no punible en el proceso penal juvenil*. [En línea]. Disponible en: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/api/toectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&stnew=true&nnd=3&context=21#> Cita Online: AR/DOC/5881/2011

- Leal Medina, J. (1999). *La problemática existente para la aplicación y ejecución de las medidas de seguridad*. España: Universidad Complutense de Madrid. [En línea]. Disponible en:
<http://site.ebrary.com/bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=10077983>
- Moreno, A. (2015). *La Adolescencia*. Barcelona: UOC. [En línea]. Disponible en:
http://reader.digitalbooks.pro/book/preview/42118/id_cover?1500439425248
- Nieto Morales, C. (2016). *La intervención comparada con menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países*. Madrid: Dykinson. [En línea]. Disponible en:
<http://site.ebrary.com/bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=11361845>
- Palomba, F. (2004). *El sistema del nuevo proceso penal del menor*. (1ª ed.). Buenos Aires: Eudeba. [En línea]. Disponible en:
<http://site.ebrary.com/bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=10450238>
- Pinto, G., & Terragni, M. (2012). *El proceso penal y los límites a la tutela judicial: A propósito de nuevas prácticas*, [En línea]. Disponible en:
<https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/api/tocectoryHome?tocguid=i0ADFAB8AC7C9F7D081C728004F6FD3EF&ao=o.i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&stnew=true&ndd=3&context=21> Cita Online: AP/DOC/1046/2012
- Sagüés, N. P. (2006). *Constituciones Iberoamericanas. Argentina*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. [En línea]. Disponible en:
<http://site.ebrary.com/bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=10418241>
- Soler, S. (1956). *Derecho Penal Argentino*. (3ª ed.). Buenos Aires: Tipografía
- Terragni, M. A. (2014). *Manual de derecho penal. Parte General y Parte Especial*. (1ª ed.). Buenos Aires: La Ley
- Vásquez González, C. (2005). *Derecho penal juvenil europeo*. Madrid: Dykinson. [En línea]. Disponible en:

<http://site.ebrary.com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=10117260>

- Villa, M. L. (2017). *Justicia Juvenil Penal en Argentina. Una necesaria discusión*. [En línea]. Disponible en: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000015e9567fe00e14fa508&docguid=i9932E31F147B050FFAFE23D42F2F5B38&hitguid=i9932E31F147B050FFAFE23D42F2F5B38&tocguid=&spos=1&epos=1&td=18&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=23&crumb-action=append&> Cita Online: AR/DOC/2137/2017

b) *Revistas*

- Aguirrezabal Grünstein, M., Lagos Carrasco, G., & Vargas Pinto, T. (2009). *Responsabilidad penal juvenil hacia una justicia individualizada*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XXII – N°2. P. 137-159. [En línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl.bibliotecadigital.idm.oclc.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200008&lng=en&tlng=en
- Martín, A. N. (2011). *Otra incursión del “peligrosismo” en el Estado de Derecho*. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Vol. XVIII - N° 3: 455-477. [En Línea] Disponible en: <http://eds.b.ebscohost.com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/eds/detail/detail?vid=4&sid=0d637b97-2ee4-4d57-882a-14a3cb2856e3%40sessionmgr4006&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc210ZT11ZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=121536614&db=fua>
- Parada Gamboa, L. M. (2011). *Un Estudio a las Medidas de Seguridad: ¿Resultado de la Escuela Criminológica Positiva?* Revista de Criminología e Ciencias Penitenciarias. N° 01. [En línea]. Disponible en: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/07%20-%20Artigo%20D.I.%20-%20UN%20ESTUDIO%20A%20LAS%20MEDIDAS%20DE%20SEGURIDAD

[%20RESULTADO%20DE%20LA%20ESCUELA%20CRIMINOLOGICA%20POSITIVA.pdf](#)

- Vina, G. E. (2007) *Los sistemas procesales penales juveniles en América Latina. ¿Un nuevo régimen?* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Buenos Aires. [En línea]. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica07.pdf

Legislación

a) Internacional

- Convención sobre los Derechos del Niño
- Estatuto del Niño y Adolescente de la República Federativa de Brasil. Ley 8.069
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Directrices de Riad
- Ley de Menores chilena. Ley 16.618
- Ley de Responsabilidad Penal Adolescente de la República de Chile. Ley 20.084
- Ley Orgánica del Niño y el Adolescente de la República Bolivariana de Venezuela

b) Nacional

- Código Penal de la Nación Argentina
- Código Procesal Penal de la Nación Argentina
- Constitución de la Nación Argentina
- Convención sobre los Derechos del niño. Ley 23.849
- Ley de Estupefacientes. Ley 23.737
- Ley de Patronato de Menores. Ley 10.903
- Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Ley 26.061

- Ley de Régimen Penal de la Minoridad. Ley 22.278/22.803
- Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba. Ley 9.944

Jurisprudencia

a) Nacional

- Fallo Gramajo, M. E. s/ robo en grado de tentativa - (Resuelto el 5/09/06)
- Fallo Maldonado, Daniel Enrique y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”. Causa N° 1174 - 07/12/2005 – Fallos: 328:4343

Otros

- Diario La Nación, (2005). *Maldonado, el caso que puede sentar jurisprudencia. Información general*. [En línea]. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/762808-maldonado-el-caso-que-puede-sentar-jurisprudencia>
- Diario Los Andes, (2016). *Para Unicef, el Régimen Penal de Minoridad en Argentina viola los Derechos del niño*. [En línea]. Disponible en: <http://www.losandes.com.ar/article/para-unicef-el-regimen-penal-de-minoridad-en-argentina-viola-los-derechos-del-nino>
- Gonzalez Del Solar, J. H. (2009). *¿Hacia una ley de responsabilidad penal juvenil?* Blog: Derecho de la Minoridad. [En línea]. Disponible en: <http://derechominoridad.blogspot.com.ar/2009/05/hacia-una-ley-de-responsabilidad-penal.html>
- Gonzalez Del Solar, J. H. (2013). *Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. Córdoba. [En línea]. Disponible en: <http://derechominoridad.blogspot.com.ar/2013/12/nuestro-nuevo-libro.html>

- Gonzalez Del Solar, J. H. (2016). Un anteproyecto de la ley judicial juvenil para nuestro país. Blog: Derecho de la Minoridad. [En línea]. Disponible en: <http://derechominoridad.blogspot.com.ar/2016/07/un-anteproyecto-de-ley-judicial-juvenil.html>
- Guemuteman, S. (2015). *Legislación vigente y proyectos de reforma de la ley penal juvenil*. Observatorio de adolescentes y jóvenes del departamento de ciencias sociales, UBA. [En línea]. Disponible en: http://observatoriojovenesiigg.sociales.uba.ar/files/2016/06/Observatorio_2015_Legislacion-vigente-y-proyectos-de-reforma-de-la-ley-penal-juvenil.pdf
- Martinez, M. (2010). Blog Portal Jurídico 10. [En línea]. Disponible en: <http://portaljuridico10.blogspot.com.ar/2010/>
- Observación General N° 10 de Naciones Unidas. (2007). *Los derechos del niño en la justicia de menores*. Comité de los Derechos del Niño. [En línea]. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf
- SIIS – Centro de documentación y estudios. (1990). *Sistemas de justicia penal juvenil en Europa*. Madrid: Eusko – Jauriaritza – Gobierno Vasco. [En línea]. Disponible en: http://www.sis.net/documentos/informes/Sistemas_justicia_juvenil_Europa.pdf

Anexo

1.1 *Anteproyecto de responsabilidad penal juvenil*¹¹:

I.- Responsabilidad progresiva

Artículo 1: La presente ley se aplica únicamente a hechos que las leyes tipifican como delitos y se atribuyen a menores de dieciocho años.

La edad que determina el régimen aplicable es la que el niño tenía al momento del hecho que se le atribuye. En caso de duda, cabe estar a la que es más favorable a sus derechos.

Los niños, en edad infantil o adolescente, son educandos que deben recibir el trato que propicie su responsabilidad progresiva en la vida de relación, y particularmente en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes como personas y como ciudadanos.

Artículo 2: Cuando los hechos se atribuyen a niños menores de trece años, compete a sus responsables parentales, tutores o guardadores respectivos la determinación de las medidas que mejor protejan sus derechos al cuidado y a la educación, o en su defecto a quien corresponda de conformidad a las normas de protección integral a los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Esta remisión no exime de la responsabilidad civil emergente de la ilicitud; tampoco de la investigación de los hechos, ni del juzgamiento de otras personas a quienes se atribuya participación.

Artículo 3: Cuando los hechos se atribuyen a menores de edad que ya han cumplido los trece años, compete a los responsables parentales, tutores o guardadores la determinación de las medidas que provean al cuidado y educación cuando se atiende a un criterio de oportunidad, o a la conciliación o reparación integral del perjuicio, o a la

¹¹<http://derechominoridad.blogspot.com.ar/2016/07/un-anteproyecto-de-ley-judicial-juvenil.html#links>

mediación u otros medios alternativos de superación del conflicto que autorizan las leyes procesales correspondientes.

No siendo así, la actuación judicial debe cumplirse en un tiempo no mayor a seis meses y respetar las garantías constitucionales de debido proceso y defensa en juicio en todas sus etapas. La resolución final puede ser impugnada y sometida a decisión en instancia mayor.

Artículo 4: Durante la actuación judicial, los incoados pueden quedar sujetos a medidas de caución para asegurar el proceso judicial, de conformidad a lo previsto por las leyes procesales correspondientes, pero las que impliquen privación de libertad pueden aplicarse sólo a los que ya hayan cumplido los quince años, y como último recurso. La privación cautelar de libertad sólo puede exceder los treinta días cuando haya pronunciamiento fiscal o jurisdiccional sobre el mérito de la prueba, aunque no se encuentre firme.

Si se advierte la necesidad de proteger derechos amenazados o conculcados, la autoridad judicial debe requerir la intervención de la autoridad local competente en la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a la que cabe determinar las medidas conducentes a su preservación o restablecimiento.

Artículo 5: La responsabilidad por los delitos es menor a la adulta. Si corresponde imponer pena, debe atenuarse siguiendo las reglas previstas para la tentativa en el Código Penal.

Artículo 6: La presente ley se ajusta por entero a las reglas y normas convencionales y constitucionales vigentes en la República, las que rigen subsidiariamente en la materia y contienen los criterios de interpretación en caso de oscuridad, silencio o insuficiencia en su articulado.

II.- Educación social

Artículo 7: Los hechos cometidos por menores de quince años hacen a éstos únicamente pasibles de medidas de educación social, en tanto los cometidos con quince años cumplidos pueden concluir en sanción penal.

Artículo 8: El juicio puede suspenderse de conformidad a lo previsto en el Código Penal. El plazo no ha de ser inferior a seis meses ni superior a diez años.

Artículo 9: Realizado el juicio y declarada la responsabilidad penal del adolescente, con arreglo a la legislación procesal respectiva, el juzgador dispone medidas de educación social.

Las medidas fenecen al arribar el adolescente a la mayoría de edad, pero pueden prorrogarse hasta los veintiún años cuando la entidad de los hechos, sus modalidades u otras circunstancias lo hacen conveniente, siempre que aquél preste conformidad al respecto.

Si se trata de delitos reprimidos con pena mayor a diez años de prisión o reclusión, aún por aplicación de las normas que regulan el concurso de delitos, el juzgador puede, a requerimiento del acusador, imponer pena sin más cuando de la conducta precedente del adolescente se infiere que una medida de educación social resulta manifiestamente insuficiente.

III.- Medidas educativas

Artículo 10: Las medidas de educación social son proactivas, y tienden a estimular en el adolescente una reflexión crítica que les permita descubrir su dignidad y sus derechos, iniciarse en el respeto a la dignidad y los derechos de los demás, completar la instrucción obligatoria y adquirir habilidades que le posibiliten su acceso a la vida laboral.

Cuando el adolescente ha cometido el hecho delictuoso teniendo ya quince años cumplidos, se disponen por única vez. Si se declara su responsabilidad del adolescente por un delito posterior, corresponde se resuelva sin más sobre la pena.

Artículo 11: El juzgador debe fijar las instrucciones y reparaciones que el adolescente tiene que cumplir como indispensables para satisfacer los fines de la educación social:

a) Instrucciones: se entienden por tales las condiciones y objetivos a que quedan sujetas las medidas y que se dirigen a remover circunstancias adversas a la promoción y protección de sus derechos fundamentales;

b) Reparaciones: Trabajos en favor de la comunidad que procuran despertar conciencia de los deberes que genera la vida de relación, así como del daño que el delito ocasiona y que se debe reparar.

Artículo 12: Las instrucciones y reparaciones pueden cumplirse en forma ambulatoria, o con modalidades restrictivas o intensivas, según el adolescente sea pasible de seguimiento en su medio familiar, deba acudir en días y horarios determinados a un centro de atención, o permanecer en espacios educativos durante un periodo de tiempo libre, o breve o prolongado.

Las medidas deben guardar correspondencia con el delito cometido y las circunstancias personales, familiares y ambientales que lo han propiciado, particularmente las que retardan la educación del adolescente y obstaculizan su inserción social. Un gabinete multiprofesional estima la modalidad y duración de la medida de educación social, cuya ejecución se confía a operadores especializados.

El mismo gabinete puede, por propia iniciativa o a requerimiento del juzgador, innovar en cuanto a las modalidades y tiempos a fin de posibilitar la satisfacción de las instrucciones y reparaciones que se han dispuesto.

Artículo 13: El adolescente, sus representantes o su defensor pueden solicitar la reconsideración de las modalidades y tiempos asignados a las medidas de educación social, y es el mismo juzgador el llamado a resolver al respecto.

Artículo 14: Agotado el tiempo y alcanzados los fines de educación social mediante el cumplimiento de las instrucciones y reparaciones oportunamente dispuestos, el

juez da por concluida su intervención. Si se trata de un adolescente mayor de quince años, lo absuelve de pena.

IV.- Pena juvenil

Artículo 15: Si el adolescente mayor de quince años no cumple las instrucciones y reparaciones en el tiempo y con las modalidades que se le han asignado, o se verifica el supuesto previsto en el artículo 9, último párrafo, de la presente ley, el juez debe llamar a juicio para resolver sobre la pena

La pena juvenil responde a la reprochabilidad emergente del delito, y a la imposibilidad de superar el conflicto mediante la educación social. No puede ser perpetua, ni superar en el tiempo los doce años de prisión, ni los quince años de prisión en caso de concurso de delitos.

Artículo 16: La pena puede quedar en suspenso cuando no supera los cuatro años de prisión.

Artículo 17: En su resolución, el juzgador debe hacer explícitas las distintas razones que sustentan el monto de la pena que se impone, así como las que dan razón a la ejecución en suspenso.

V.- Normas complementarias

Artículo 18: En todo lo concerniente a los delitos y las penas se aplican subsidiariamente las disposiciones del Código Penal y las leyes complementarias.

La ejecución penal se rige por las disposiciones penitenciarias en vigencia y las demás que se dicten al respecto.

Artículo 19: Si la actuación judicial se inicia o prosigue cuando el adolescente ya ha arribado a la mayoría de edad, no se hace pasible de medidas de educación social. Si tenía ya quince años al tiempo del hecho que se le atribuye, queda sujeto a la regulación penal que en esta ley se determina.

Artículo 20: El Estado nacional concurre con las distintas jurisdicciones de la República en la especialización de los profesionales o los técnicos para la educación social, y en la implementación de los establecimientos y servicios que la hagan posible en sus diferentes modalidades.