



**EL RÉGIMEN PENAL DE MINORIDAD ARGENTINO A LA VISTA DE
LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

**TRABAJO FINAL DE GRADO
ANA GABRIELA RAMÍREZ GONZÁLEZ**

LEGAJO: VABG44892

ABOGACÍA

AÑO 2019

Resumen

A nivel nacional se aplica el Régimen Penal Juvenil, la ley 22.278 sancionada en el año 1980, cuya normativa administra las conductas penales de los niños, niñas y adolescentes infractores de la ley penal, bajo el sistema de protección tutelar. Es un precepto que se emplea sin distinción, sobre los menores que trasgreden la ley penal, de aquellos que están expuestos a riesgos sociales. Con la incorporación del artículo 75 inc. 22 a la Constitución Nacional, adquirieron rango constitucional diferentes tratados internacionales, entre ellas, la Convención de los Derechos del Niño, debiéndose compatibilizar el nuevo orden jurídico internacional establecido con el orden jurídico interno. Conforme a ello, se les otorga a los menores de edad, el reconocimiento de una amplia gama de derechos y garantías al igual que los adultos, bajo el régimen de protección integral. Sin embargo, la ley 22.278 aún vigente, otorga potestad infinita a los jueces, disponiendo de los menores, sean estos imputables o no, vulnerando así, los derechos otorgados por la Convención.

Es por ello, que es de suma importancia conocer las distintas opiniones vertidas al respecto, comparando el Régimen Penal Juvenil todavía imperante en Argentina, con la Convención de los Derechos del Niño.

PALABRAS CLAVES: Régimen Penal Juvenil; Convención Sobre los derechos del Niño; Protección Integral tutelar; Doctrina de Situación Irregular; derechos de niñas, niños y adolescente

Abstract

Nationwide applies the juvenile criminal regime, 22,278 law sanctioned in the year 1980, whose regulations administered behavior of boys, girls and adolescents offenders from the criminal law criminal, under guardianship protection system. It is a precept which is used without distinction, on minors who violate the criminal law, those who are at social risk. With the addition of the article 75 inc. 22 to the national Constitution, acquired constitutional rank various international treaties, including the Convention of the rights of the child, the new international legal order established with the internal legal order and should be compatible. Accordingly, is granted to minors, the recognition of a wide range of rights and guarantees as adults, under the regime of full protection. However, law still existing 22,278, infinite power gives judges, having children, they are these attributable or not, thus, violating rights granted by the Convention.

That is why, is of utmost importance to know the different opinions expressed in this regard, by comparing the Penal system still prevailing youth in Argentina, with the Convention on the rights of the child.

KEY words: Juvenile Penal System; Convention on the rights of the child; Comprehensive protection trustee; Doctrine of Irregular situation; rights of children and adolescents.

Índice del Trabajo Final de Graduación

| | |
|--|----|
| Contenido | |
| Introducción General | 5 |
| Marco Metodológico..... | 8 |
| Capítulo 1: Consideraciones Generales | 9 |
| Introducción | 9 |
| 1.1. Evolución de su concepción: niño. | 10 |
| 1.1.1 Noción de niños imputables y niños inimputables | 12 |
| Conclusión Parcial | 15 |
| Capítulo 2: Régimen Penal de Menores..... | 16 |
| Introducción. | 16 |
| 2.1. Evolución de la legislación penal de menores argentinos hasta el actual..... | 16 |
| 2.1.1 Análisis del Régimen Penal de Menores ley 22.278..... | 18 |
| 2.1.2 Doctrina de Situación Irregular..... | 27 |
| 2.1.3 Doctrinas sobre la baja de la edad de imputabilidad..... | 29 |
| 2.1.4. Derechos y garantías reconocidos por el régimen penal de minoridad ley 22.278..... | 33 |
| Conclusión Parcial | 36 |
| Capítulo 3: La promoción y protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes | 38 |
| Introducción. | 38 |
| 3.1 Efectos de la Protección Integral de los Derechos del Niño ley 26.061. | 38 |
| 3.1.1 Análisis de la ley 13.298, La Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Provincia de Buenos Aires | 43 |
| Conclusión Parcial | 46 |
| Capítulo 4: La Convención Sobre los Derechos del Niño | 48 |
| Introducción. | 48 |
| 4.1 Normativa Internacional en el marco de la protección integral de los derechos del niño.48 | |
| 4.1.1 Comparación del actual Régimen Penal de Menores con la Convención sobre los derechos del niño. | 57 |
| 4.1.2 Análisis Jurisprudencial: Casos en los que no se respetó la convención de los Derechos del Niño..... | 62 |
| Conclusión Parcial | 73 |
| Conclusión Final | 75 |
| Bibliografía | 89 |

Introducción General

En nuestra sociedad, en materia de derecho penal se puede visualizar con más frecuencia en los medios masivos de comunicación, el aumento de la delincuencia juvenil en la Argentina. En nuestro país existe el sistema penal de menores, regulada por la ley 22.278, sancionada en la época de la dictadura, que hasta el día de hoy, está vigente en nuestra nación.

En nuestro sistema penal de menores, el poder punitivo del estado en imponer penas y sanciones o algún tipo de medidas, en principio le es aplicado un método tutelar de protección, es decir, que en situaciones de abandono moral o material, falta a las necesidades básicas, violencias físicas, esta ley penal le otorga una amplia potestad al juez para disponer del menor de edad. Lo que lo faculta para ser de forma simultánea, el órgano acusador y también al mismo tiempo el encargado de juzgar, posicionando al menor como un objeto de derecho y no como sujeto de derechos, ignorando así, los principios, derechos y garantías constitucionales. Es tan extensa la discrecionalidad desarrollada por parte de los jueces en su ejercicio punitivo, que ante un hecho de menor índole, aplican medidas restrictivas de privación de la libertad, como alojarlos en determinados establecimientos específicos para tratarlos y en algunos casos llevar ese tratamiento hasta la mayoría de edad determinado por el juez.

Al ratificar la convención de los derechos de los niños, así como la incorporación de los diferentes tratados internacionales a nuestra carta magna a partir de la entrada del art.75 inc.22 a la Constitución Nacional, los estados partes debían dotarse de políticas generales de justicia penal que incluía la prevención de la delincuencia juvenil. Es decir, que el progreso internacional sobre el antiguo régimen tenía como fin, adecuar al derecho internacional con el derecho interno de cada estado, ya que al incorporarla a nuestra constitución adquirirían rango constitucional. Facultando a los menores como seres humanos y reconociéndoles todos los derechos fundamentales, dejando de lado toda disposición tutelar.

Amén de lo señalado precedentemente, cuando el sistema judicial se enfrenta a la ocasión de imponer una sanción penal aplicada al menor, debe asegurarse que la aplicación de la pena no entre en conflicto con el nuevo orden establecido. Para ello es necesario investigar

si el legislador ha adecuado o no sus normas internas, es decir, si la ley 22.278 se ha adecuado o no a la Convención de los derechos del Niño como norma internacional.

La hipótesis planteada para el presente trabajo de graduación, es poder evidenciar la falta de adecuación del actual Régimen Penal de Minoridad a los principios y garantías relevantes consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, aplicable a los niños privándolos del goce de aquellos en conflicto con la ley penal. Que en consideración de la ley 22.278, aún vigente, sigue manteniendo las mismas disposiciones en su articulado.

Una apreciación que no pasa desapercibida es la incomodidad que expresan los magistrados por la persistencia de las leyes ya vetustas, ya criticadas y concebidas uniformemente como inadecuadas a la Convención de los Derechos del Niño, aún persisten. (Silvia, 2011)¹.

Se debe construir un modelo de justicia penal juvenil, que permita el control del delito sobre la base de principios legales y éticos que superen al modelo punitivo. Formas de control social democrático que protejan y garanticen a los débiles. (Celeste, 2014)².

El tema elegido trae aparejado cierta preocupación, con el objetivo general de analizar si existe un cambio en el orden nacional, dirigido hacia un modelo que recepte la protección integral de los derechos de los niños, de acuerdo a los lineamientos de la Convención de los derechos del Niño. Por ello, se van a analizar diferentes legislaciones provinciales y nacionales con el fin de compararlas y así determinar sus semejanzas y diferencias, con la finalidad de precisar si nuestra legislación se adecua o no a los estándares internacionales. Se van a estudiar a diferentes doctrinas, juristas, expositores que realizan diferentes posturas acerca si nuestra legislación debe o no adecuarse a la Convención. Con la finalidad de lograr ampliar los derechos de los menores, en conflicto con la ley penal y garantizar el debido proceso a los menores infractores de la ley penal, cosa que no se puede apreciar en el actual régimen.

¹ Guemureman, Silvia, (2011) El Régimen penal de minoridad, ley 22.278/80 y las pretensiones de reforma legislativa. *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales Orales de Menores* (pág. 143.)

² Leonardi, María Celeste., (2014). Justicia Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires, Revista Anales de la Facultad de Ciencia Jurídicas Y sociales U.N.L.P., (Pág. 148).

Hubo sentencias que sancionaron al estado argentino por aplicar condenas de cadena perpetuas a menores de edad, aplicándoles penas como si fueran adultos, violando la Convención Internacional, por lo que creemos que nuestra legislación penal de menores presenta imperfecciones. Existe una necesidad de revisar al actual régimen de menores y adecuarla, para así lograr adaptar la legislación a la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Lo que se pretende es lograr una mejor protección de los derechos y garantías de los adolescentes y una adecuada adaptación del sistema penal de justicia juvenil a los principios constitucionales y de los tratados internacionales sobre los derechos humanos.

El presente trabajo estará compuesto por cinco capítulos, por lo que en cada capítulo estará integrado por sus respectivas introducciones, finalizando cada uno con las conclusiones provisorias acerca del tema dado. En el primer capítulo, estará comprendido por las disposiciones generales, integrado conjuntamente con la evolución del concepto de niño, una noción de los conceptos de los niños imputable e inimputable. En el segundo capítulo se realizara una breve reseña histórica de la ley, se abordara un análisis de la ley 22.278 Régimen Penal de menores, determinando quienes son los sujetos dentro del régimen penal juvenil, a quienes se les aplica la pena y a partir de qué edad los menores entran en conflicto con la ley penal, la baja de la edad de la imputabilidad para los niños, niñas y jóvenes que estén en conflicto con la ley penal, así como también se abordara la doctrina de situación irregular adoptada por el actual régimen y pasaremos a describir los derechos y garantías reconocidos por la legislación penal vigente. En el tercer capítulo se hará referencia a la Promoción y Protección integral de los derechos del niño, niñas y adolescentes, en cuanto a sus efectos contenidos en la ley 26.061 y en la ley 13.298, realizando un análisis de ambas legislaciones, en el modo de la aplicación y función del ordenamiento, sobre la intervención del estado, cuando un menor entra en conflicto con la ley penal y con el objetivo de lograr un resultado positivo en la protección de los niños.

El cuarto capítulo se hablara sobre cuáles son los principios derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, y cuáles son las similitudes y diferencias con el Régimen Penal de Minoridad, y llevándose a cabo un análisis jurisprudencial sobre aquellos fallos más relevantes, por lo que el estado estuvo en la cuerda floja. Y en el final, se arribara a la conclusión final del trabajo de investigación teniendo en consideración los capítulos abordados en el trabajo bajo análisis.

Marco Metodológico

La estrategia metodológica elegida para el estudio y/o análisis del TFG es el cualitativo, con el fin de poder recabar toda la información necesaria sobre el tema a tratar en el presente trabajo. Tomando las posturas de los diferentes autores, doctrinarios y legisladores sobre el punto a debatir, a fin de poder comprender el tema. Es fundamental reconocer que la estrategia metodológica cualitativa..."se asocia a la epistemología interpretativa (dimensión subjetiva), centrada en el sujeto individual y en el descubrimiento del significado, los motivos y las intenciones de su acción". (Mtro. José Samuel Martínez López, Asesoría de área de investigación).

Con la problemática una vez elegida, llevare a cabo este estudio mediante la utilización de un tipo de estudio; un método de investigación, utilización de técnicas de análisis y recolección de datos.

El tipo de estudio elegido es el descriptivo, describiendo cada una de las características de los tratados internacionales, estudiando y analizando los puntos sobresalientes que den cuenta de la problemática elegida. Estudiando cuales son los principios derechos y garantías de la Convención Internacional de los Derechos del Niño comparándolo con el del Régimen Penal de Menores.

Así como también cuales son las conveniencias de adecuar a la Convención a nuestro régimen respetando el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional. Se eligió este tipo de estudio ya que puedo describir cada uno de los puntos con precisión, es decir comprender a través del análisis que quiso decir el autor a la hora de exponer sus pensamientos. Así como también analizar a través de la palabra, los artículos relevantes e importantes de las leyes.

Capítulo 1: Consideraciones Generales

Introducción.

En la Argentina, la regulación del Régimen Penal Juvenil se caracteriza por la debilidad, cuyo tratamiento que se le ha dado, ha ido cambiando, pese a los avances normativos que se han registrado a los largo de los años a la par de los nuevos paradigmas que se iban suscitando.

En principio no hubo distinción alguna entre el Regímenes Penal de Menores con el régimen penal de adultos, por lo que tal afirmación los situaban en la misma posición jurídica respecto a la ley penal.

Históricamente la cuestión de infancia estuvo regulada por el paradigma tutelar, por el cual los niños, niñas y adolescentes eran considerados como personas desprotegidas y necesitadas de cuidado y objeto de protección quedando a disposición del juez de menores, quien era el que decidía sobre la persona del menor y aplicaba las medidas que creía más convenientes, ya sea restringiendo derechos y garantías fundamentales, aplicando penas y hasta podría determinar el encierro del menor en un establecimiento de menores.

Luego con la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a nuestro sistema interno, se plantea un nuevo cambio de paradigma, basado en considerar al menor como sujeto de derechos, en los cuales se le deben reconocer todos los derechos y garantías fundamentales introducidas por los diferentes tratados internacionales. Implico un giro fundamental planteando un tratamiento distinto en el modo de comprender la infancia y la adolescencia.

Los niños se diferencian de los adultos atento su capacidad evolutiva tanto en lo físico y psíquico, ya que estos todavía están en proceso de maduración a diferencia de los adultos.

Tal como lo refiere Mary Beneloff:

Un modelo teórico autista como el del derecho tutelar de menores impidió durante décadas contrastar sus dispositivos jurídicos con otros ámbitos normativos, en particular con el derecho constitucional...el derecho penal de menores se “autocuartelo” dentro de los muros tutelares, en tanto el Derecho (“de

mayores”) jamás se interesó siquiera mínimamente por lo que pasaba con los menores de edad detrás de esos muros-no solo conceptuales-, una vez que de ellos comenzaba a ocupar su derecho específico... (Ungaro, 2008)³³

El niño en el modelo tutelar era considerado objeto de una protección especial. Hoy en día, bajo el modelo de protección integral, también se intenta proteger al niño cuando en realidad lo que se debe proteger son sus derechos.

1.1. Evolución de su concepción: niño.

Antes de comenzar con el análisis y la investigación del presente trabajo es necesario entender el lugar que ocupa la infancia pasando a definir el concepto de niño como sujeto infractor de la ley penal y su evolución a través del tiempo siendo indispensable comprender mejor nuestro sujeto de investigación. El concepto de infancia fue variando a lo largo de la historia y en las diversas culturas y sociedades siendo estos cambios una mejora en sus condiciones de vida. De acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, se entiende por niño a aquella persona que aún no haya cumplido 18 años, excepto que ya haya alcanzado la mayoría de edad, de acuerdo a lo estipulado por la ley.

En principio la niñez antes de la modernidad, no fue valorada socialmente pues los niños eran considerados como adultos, es decir, "adulto pequeño", no había ninguna distinción entre ambos, sino que también no se les reconocían las necesidades diferentes a las de los adultos. Se posicionaban tanto a unos como a los otros en la misma posición jurídica respecto a la ley penal.

Esta afirmación puede considerarse como punto de partida en la defensa de los derechos del niño del cual no es exacta, ya que el niño venía siendo considerado por el ordenamiento jurídico no como sujeto sino como objeto de derechos. Recién en la época de la codificación con el método racionalista se logró sustituir el viejo esquema, pasando desde la infancia hasta la edad adulta a un sistema simple menor de edad y mayor de edad.

³ Ungaro, Betina D. (2008) *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Pcia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica.

La mayoría de edad se la puede definir como la capacidad de obrar de la persona que consta en alcanzar la mayoría de edad y la persona menor de edad es aquel individuo que no ha alcanzado la edad adulta. La escuela de Derecho Natural desautoriza esta pretensión de que el niño era considerado como un objeto sino que más bien son, personas naturales desde el momento en que nacen sean mayores o menores.

El sujeto menor de edad estaba sumergido bajo la dependencia de otros, por lo que, se les impedía poder participar en la toma de decisiones tanto en el ámbito de la vida familiar como en lo social. Surge una contradicción ya que, para determinados actos como la participación mediante su voto en cual fuere, la ideología que conformase la mayoría legislativa se los considera incapaz, pero a la vez es considerado por la ley penal culpable y capaz de asumir su imputabilidad.

A partir del siglo XX, aparece un nuevo concepto social de la infancia, los niños y especialmente las niñas-, se consideran una ciudadanía con unas necesidades específicas, por lo que deberá tener una serie de derechos también específicos. Se asume que durante la infancia los seres humanos somos mucho más vulnerables que en edad adulta, por lo que es preciso una mayor protección por parte de las instituciones competentes.

A finales del siglo XX, los niños y las niñas empiezan a contemplarse como un grupo social, con una serie de derechos reconocidos a nivel internacional, siendo sujeto de derechos y no objeto de los mismos. El hecho más relevante es, sin duda, la aprobación por las Naciones Unidas, en 1989, de la Convención sobre los Derechos de la infancia reconoce que son ciudadanos y ciudadanas de pleno derecho, y que entre sus derechos está la participación social. El niño para la Convención es un sujeto en desarrollo pero un sujeto de derechos y no solo de derechos pasivos sino de derechos activos como por ejemplo como la libertad de conciencia, pensamiento, religión, a preservar su identidad, su derecho intrínseco a la vida, a poder formarle en juicio, a poder expresar su opinión libremente en todos los ámbitos que afecten al niño, dejando atrás ese el viejo paradigma tutelar. Reconociéndoles derechos y garantías iguales que los adultos, generando sanciones para quienes las violen.

1.1.1 Noción de niños imputables y niños inimputables

La palabra imputabilidad así como la inimputabilidad devienen indispensables entender su concepto básico para ahondar en el tema de la Responsabilidad Penal del Menor. Definiremos a la imputabilidad como la capacidad de una persona para ser culpable por una conducta que ha realizado y está penada en el Código Penal, condicionada por la madurez y salud mentales y es considerada por algunos teóricos como un presupuesto de la culpabilidad, nos dice que para que un sujeto sea considerado capaz de cometer un delito es necesario que sea imputable. Hablamos de madurez mental cuando la persona ha alcanzado desarrollar su intelecto para sí comprender la criminalidad de acto y dirigir sus propias acciones.

Actualmente en nuestro país, es punible el menor de 16 años a 18 años de edad que incurriere en delito que no fueran los enunciados en el artículo 1º de la ley 22.278.

Según la doctrina, tradicionalmente, se ha hecho referencia a dos conceptos de imputabilidad: Para los autores clásicos o neoclásicos -desde CARRARA hasta WELZEL-, la imputabilidad es la capacidad vital o existencial del individuo de comprender y actuar conforme al valor. De esta manera se divide a los individuos en imputables (capaces de autodeterminación, de ser libres) e inimputables (aquellos que no poseen dicha capacidad: locos, niños, etc.). Con ello, el concepto de inimputabilidad lleva aparejada la idea o estigma o etiqueta de minusvalía, de desigualdad existencial de los hombres libres y el de los que no lo son. A los hombres superiores les corresponde la protección de los inferiores y éstos deben aceptarla sin ninguna otra posibilidad. Por el otro lado, Con el positivismo naturalista italiano (Escuela Positiva: LOMBROSO, GARÓFALO, FERRI, etc.), desaparece la distinción entre sujetos imputables e inimputables puesto que el fundamento de la responsabilidad penal ya no radica en la libre voluntad sino en la responsabilidad social. Ahora, lo que interesa poner en claro es más bien la capacidad de los individuos para atentar contra el orden social (de ser peligrosos) y no su capacidad o incapacidad de autodeterminación (...) En este sentido, el llamado “inimputable” presentará rasgos de elevada peligrosidad, hasta el punto de ser considerado el criminal por excelencia, muy cercano al “delincuente nato” (o loco moral) de que hablara LOMBROSO. (Rinaldoni, 2012)⁴.

⁴ Rodaldoni María Celeste, (2012), *Imputabilidad Penal*, Revista IN IURE.

Aunque entre ambas visiones predomina la clásica, aunque con distintos matices al estar estrechamente vinculado con el de culpabilidad.

Dicho de otra manera para ser responsable por un delito a una persona se tendrá que configurar la imputabilidad que constituye, el presupuesto básico de la culpabilidad, último elemento de análisis en el marco de la dogmática de la infracción punible, permitiendo formular el respectivo juicio de reproche a un sujeto por la realización de una conducta que encuadra en alguno de los supuestos contemplados en el elenco de prohibiciones que establece el Código Penal (tipicidad) y que no constituye un ejercicio de derechos derivado del marco de general libertad que reconoce nuestro texto constitucional y la legislación común (antijuridicidad) (Zurzolo Suarez, 2014)⁵.

Por otro lado, existen situaciones bio-psicológico, denominados causas de inimputabilidad, entendida como la cancelación de reprochabilidad jurídica siendo factible de ser desarrollada por dos teorías: según Cillero Bruñol (2001), señala que para que a una persona menor de edad pueda justificarse su responsabilidad por un hecho de invoca la falta de discernimiento para comprender sus actos o bien las doctrinas políticos criminales que se agrupan por un lado los menores de edad, de los que se les asigna un método de protección de aquellos que se les aplican un modelo de responsabilidad. (Rinaldoni, 2012)

La inimputabilidad en nuestro país, está determinada en la ley 22.278 (Régimen penal de la minoridad) publicada el 28 de agosto de 1980 y modificada por ley 22.803 (B.O. 09/05/83), en su art. 1° reza: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

A su vez en el artículo 34 inciso 1° del código penal reza: no son punibles el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

⁵ Zurzolo Suarez Sebastián, (2014), *DOSSIER: Régimen Penal de la Minoridad*, 90-96.

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

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

Haciendo referencia al padecimiento de una enfermedad mental que, en el momento de comisión del hecho, hubiera impedido al agente comprender la antijuridicidad del acto o dirigir o adecuar sus acciones conforme esa comprensión, estamos frente a elementos jurídicos que requieren una valoración científica a los fines de su interpretación.

Conclusión Parcial

En el presente capítulo se analizaron los conceptos básicos de nuestra investigación, de manera tal comprender el tema elegido sobre el Régimen Penal de Minoridad a la luz de la Convención Sobre los derechos del Niño.

En la primera parte se realizó un análisis del concepto de niño así como también su evolución en diferentes épocas, pasando a considerar en un principio al niño como objeto de derechos a sujeto de derechos, que de los cuales no se los tenía en cuenta, vulnerando sus derechos elementales de su vida hasta la entrada en vigencia de los diferentes tratados de Derechos Humanos a nuestra Carta Magna, adquiriendo las normas rango constitucional

En la segunda parte se llevó a cabo el análisis de los conceptos de imputabilidad como la inimputabilidad siendo su definición indispensable a los fines de poder atribuir responsabilidad al autor de un hecho, analizando el juez las diferentes circunstancias que hacen que se pueda eliminar la reprochabilidad al autor del delito tipificado o bien atribuir culpabilidad dentro los cánones de la ley al infractor penal.

Capítulo 2: Régimen Penal de Menores

Introducción.

En el presente capítulo se realizara una breve reseña histórica de la ley 22.278 Régimen Penal de Minoridad, a fin de poner en relieve como fue el proceso de evolución del actual régimen.

Así como también se va a analizar y estudiar la aplicación de la actual ley penal, juvenil a fin de determinar si comete alguna infracción establecido en los estándares internacionales. Se llevara a cabo un estudio de los derechos y garantías reconocidos en el Régimen Penal de Minoridad en su poder punitivo por parte del estado. Se va a realizar un análisis sobre una de las cuestiones debatidas en la doctrina sobre la disminución de la edad de imputabilidad de menor infractor de la ley penal.

Y se intentara llegar a un concepto acorde sobre la situación irregular de los menores de edad en conflicto con la ley, cuyo mecanismo es utilizado por el estado.

Y se van a pasar a detallar cuales son los derechos y garantías reconocidos por al actual régimen de minoridad, con la finalidad de poner en relieve si tales derechos, le son reconocidos al menor consagrado en la norma internacional.

2.1. Evolución de la legislación penal de menores argentinos hasta el actual.

La primera norma que adopto nuestro país en cuanto al juzgamiento de personas menores de edad, fue la ley 10.903 o ley de Patronato. Es importante tener en cuenta la evolución de la ley penal, por la que antes de llamarse Régimen Penal de Menores existía la ley Patronato de Menores 10.903 del año 1919, también llamada como Ley Agote, compuesta bajo el paradigma tutelar. Por lo que es oportuno empezar con su evolución, con la finalidad de comprender el tema de investigación.

La ley 10.903 de Patronato de Menores se originó en el proyecto de Luis Agote, que, fue declarada en la Cámara de Diputados, discutido y aprobado en la sesión del 28 de agosto 1919. En dicha concepción, se desconocían los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que al entrar en conflicto con la ley penal, quedaban sometidos a la disposición tutelar por parte del juez.

A estos efectos, la disposición por parte del juez implicaba una amplia gama de medidas que éste estaba facultado a ordenar, abarcando todos los aspectos de la vida del menor, que iban desde la privación de la patria potestad a los padres pasando el menor a estar bajo tutela del estado, hasta la internación en establecimiento con fines de “tratamiento” como ser escuelas-talleres, colonias agrícolas, asilos y reformatorios, es decir la privación de la libertad en diferentes grados. (Aguada & Martínez, 2014)⁶.

Dicha ley incorporo un régimen basado en la doctrina de la situación irregular, que sería mantenido sucesivamente por el código penal de 1921 (arts. 36 al 39, ley 14.394/54 y la ley 22.278/80, y sus modificaciones). El código penal Argentino destino los arts. 36 a 39 a la regulación Penal de la minoridad, estableciendo en torno a ella también, un régimen tutelar que suplantaba la aplicación de penas y que comprendía a los niños de entre catorce y dieciocho años, el cual podía extenderse hasta su mayoría de edad, disponiendo que los menores de catorce años no eran punibles para el Estado Argentino. Seguidamente manteniendo el mismo sistema tutelar, con fecha 14 de diciembre de 1954, se sanciono la ley 14.934 y más tarde la ley 22.278.

Esta última ley sancionada en 1980 de Régimen Penal de Menores, durante la última dictadura militar, es el dispositivo legal que actualmente regula el procedimiento que se desarrolla cuando un niño menor de 18 años es acusado de haber cometido algún delito. (Aguada & Martínez, 2014)⁷.

Esta ley reza una serie de normas que amplía la indefinición de reglas y además implico el fortalecimiento del poder jurisdiccional, que se caracteriza en la llamada “disposición”.

⁶ Aguada, E. Y, Martínez, M. B. (2014), Análisis de la legislación vigente y lineamientos acorde a los instrumentos internacionales. *Responsabilidad Penal Juvenil*. Recuperado de www.derecho.unc.edu.ar.

⁷ Aguada, E. Y, Martínez, M. B. (2014), Análisis de la legislación vigente y lineamientos acorde a los instrumentos internacionales. *Responsabilidad Penal Juvenil*. Recuperado de <http://www.derecho.unc.edu.ar>.

Luego las disposiciones de la Convención fueron adoptadas en 1989 por la Asamblea de las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York (EE.UU), y nuestro país aprobó y ratificó la misma mediante la ley nro. 23.849- sancionada el 27 de septiembre y promulgada el 16 de octubre de 1990-. Con posterioridad- en el año 1994-, dispuso directamente incorporar la misma al texto de la Constitución Nacional, conjuntamente con otros tratados internacionales de derechos humanos, los que conforme reza el art. 75 en su inciso 22, "... en las condiciones de su vigencia, tiene 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...". (Michellini)⁸

Finalmente, luego de un largo proceso, en el año 2005 se sancionó la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Es el principio en que se funda todo el sistema de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, es decir el interés superior del niño, entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías.

En definitiva con la ley 26.061 y la ley 22.278 están compuesto por sistemas opuestos pero que sin embargo coexisten en la actualidad. Nos encontramos frente a un sistema opuesto a los nuevos lineamientos paradigmáticos establecidos en los estándares internacionales. Por un lado, tenemos el citado régimen penal de los menores considerados como objeto de protección y por la otra parte, tenemos las normas internacionales con jerarquía constitucional, que recepta un cambio radical en la concepción del niño como sujetos de derechos.

2.1.1 Análisis del Régimen Penal de Menores ley 22.278.

La importancia que la sociedad le asigna a la delincuencia juvenil, requiere de un análisis sobre el sistema penal actual de la República Argentina. Se estudiara a la norma tal

⁸ Menichelli, Milena Marisa (1983) Algunas consideraciones en torno al actual régimen penal de menores, <http://www.defensapublicabb.com.ar/publicaciones/menicheli.pdf>.

como existe actualmente con la finalidad de poner en evidencia si existen discrepancias con los tratados internacionales.

Para empezar, el Régimen Penal de Minoridad ley 22.278, fue sancionada en la época de la dictadura, en el año 1980. En el momento que se toma conocimiento de que un menor de edad cometió un delito, el régimen penal de minoridad entra en acción, establece una diferenciación sobre los menores de edad punibles y los no punibles. La palabra punible significa aplicar una sanción penal a una persona que ha incurrido en una conducta tipificada previamente por el derecho penal como delictiva y merecedora de una sanción.

En su primer y segundo artículo hace una diferenciación entre los menores punibles y los no punibles, por lo que se determina que no son imputables los menores de 16 años y tampoco lo es, el que haya cumplido los 18 años, respecto de delitos de acción privada de la libertad que no exceda los dos años. Es decir que el estado no puede atribuir responsabilidad al menor pero si puede disponer de ellos bajo el régimen tutelar, agravando su libertad por tiempo indeterminado, internando al menor en un establecimiento ante aquellas situaciones de abandono, peligro moral o material. (Ungaro, 2008)⁹.

Y son punibles los menores entre 16 y 18 que no fueren enumerados anteriormente, de los cuales resultan punible. Las personas comprendidas entre los 18 años y los 21 años son absolutamente imputables y cumplen su condena dentro de los establecimientos de adultos.

En el artículo 1 se establece ese límite, donde el sistema penal no puede recaer en personas menores de edad, cualquiera sea el hecho que se le impute aun ante su inexistencia. Pero esto, no quiere decir que esas conductas carezcan de las consecuencias de sus actos, sino que pueden los jueces disponer de ellos. Es decir, se evidencia con claridad que el adolescente puede ser no ser punible pero susceptible de imputación, porque imputar es atribuir a uno la responsabilidad de un acto antijurídico, por lo que el juez están habilitadas a aplicar medidas que van desde la privación de la libertad hasta el encierro. No hay un método exclusivo, es decir una legislación que establezca los presupuestos necesarios para que el juez decida sobre

⁹ Ungaro, D. Betina, (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica

la puesta en libertad del menor de edad, sino que valora el hecho cometido y la prueba recolectada por aquellas personas que intervinieron en la causa.

Si el adolescente fuese sometido judicialmente a un tratamiento tutelar por un año, va a estar supeditado a un periodo de observación, basada en diferentes medidas restrictivas como pauta de un seguimiento y control por aquellos operadores judiciales, con la finalidad de poner en relieve las actividades que hace el adolescente en su tiempo libre y en la forma de desenvolverse en la comunidad. Esto último, es en los casos que el adolescente no haya pasado por ninguna situación de encierro, a lo largo del todo el periodo en que haya estado sometido a observación.

Por lo que a nuestro entender, se evidencia una total discrecionalidad en las facultades del juez. Cuando un adulto comete un hecho antijurídico, se sabe por cuánto tiempo va a estar preso adentro de un establecimiento, pero cuando un menor realiza una conducta delictiva, estando a disposición del juez, el tiempo es indeterminado. La norma tampoco hace una diferenciación sobre aquellos menores que se encuentran desamparados por el estado y por aquellos que menores que trasgreden este estatuto. Por cualquiera que sea la situación, sea hurto u homicidio no hay una diferenciación en cuanto al procedimiento y aplicación de la ley penal.

En uno de los fallos “MAA”. Fallos 332:512. 17/3/2009”, trata este punto central donde un joven de diecisiete años fue imputado por el delito de homicidio culposo, en concurso real con lesiones culposas. El hecho había sido cometido mientras conducía un automóvil. Por tal razón, durante la instrucción, se le impuso que se abstuviera de conducir vehículos y se lo sometió a un tratamiento tutelar. El joven contó con la contención de su familia, demostró progreso intelectual y fue abordado de manera terapéutica. Sobre la base de esas consideraciones, el Tribunal Oral lo absolvió en los términos del artículo 4 de la Ley N° 22.278. Contra esa decisión, la querrela interpuso un recurso de casación. La Cámara Federal de Casación Penal casó la sentencia y condenó al joven a una pena de seis meses de prisión de ejecución condicional y ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier tipo de vehículos. Para decidir de esa manera, entendió el resultado positivo del tratamiento tutelar no había subsanado la “grave conducta” que se le reprochaba, la que además había demostrado su “peligrosidad”. Contra esa resolución, la defensa interpuso un recurso extraordinario federal

que, denegado, motivó la interposición de un recurso de queja. (Boletín Jurisprudencia, 2018)¹⁰.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, declaró procedente el recurso y dejó sin efecto la sentencia impugnada (ministros Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Lorenzetti y Zaffaroni). El *a quo* sólo tuvo en cuenta para justificar la aplicación de la pena las modalidades del hecho pero soslayó que los jueces de la causa habían evaluado como elementos dirimientes para no sancionarlo los antecedentes favorables del menor, el resultado positivo del tratamiento tutelar y la impresión directa por ellos recogida durante el debate...” (Considerando 6°). 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’ como parece entenderlo el a quo. Antes bien, 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 (art. 40, inc. 1°)’...” (Considerando 7°) (Boletín Jurisprudencia, 2018)¹¹.

El *a quo* no ajustó su decisión a la regla establecida por esta Corte [...] sobre la necesidad de tomar conocimiento de visu del sentenciado antes de determinar la pena. [E]l artículo 4° de la ley 22.278 [...] establece que la necesidad misma de aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de la ‘impresión directa recogida por el juez’. Se imponía entonces la audiencia para escuchar al imputado, sobre todo, cuando los jueces de la causa habían valorado especialmente como circunstancia favorable su impresión personal de quien ya era una persona adulta...” (Considerando 9°). La sentencia en recurso no se ha respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, la decisión de la Cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué se consideró eximida de la obligación de fundar la “necesidad de pena” en los antecedentes del menor, en el resultado del tratamiento tutelar y en la impresión directa de

¹⁰ Boletín Jurisprudencia (2014)

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/miscelaneas46815.pdf>

¹¹ Boletín Jurisprudencia (2014)

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/miscelaneas46815.pdf>

aquél, tal como lo exige el artículo 4° de la ley 22.278, según el fin claramente resocializador que se reconoce a la pena impuesta por hechos cometidos por jóvenes menores de edad...” (Considerando 11°) (Boletín Jurisprudencia, 2018).

Hay situaciones evidentes, por un lado están las opiniones que dicen que la absolución es un derecho y aquellos que hablan sobre el perdón judicial. A nuestro entender el perdón judicial procede, cuando el niño haya alcanzado los objetivos tales como la reintegración y la rehabilitación de manera tal, que se haya demostrado que el empleo de tales medidas, como la privación de la libertad u otro tipo de sanción, es improcedente.

Y en cambio tenemos los que hablan de una absolución, siendo utilizado en los casos de dudas o por falta de pruebas en la conminación de un hecho punible a un menor. Considerando a nuestro entender que la absolución es un derecho, por la razón de que si el chico hace todo bien, es decir que luego de realizar un cuidadoso estudio, acatando las ordenes de orientación, supervisión por parte de los operadores judiciales, obedeciendo a la realización de los diferentes programas de enseñanza, y al final lo condenan, es arbitraria ya que se torna innecesaria la aplicación de una pena. Todo ello hablando de una necesidad relativa a la gravedad del hecho cometido y si esa pena aplicable es necesaria al caso concreto.

Según (Silvia, 2011), considera injusto que el menor de edad luego de haber permanecido bajo tratamiento tutelar, luego de hacer todo bien, le aplican una pena, esa pena lo considera como arbitraria, manifestando que la absolución es un derecho.

En una de las causas que le toco intervenir se habían cumplido con los requisitos previstos en el Artículo 4 de la Ley N° 22278. La joven coimputada del homicidio de sus dos padres, junto a dos adultos –que fueron condenados a prisión perpetua–, había estado cuatro años con una medida cumpliendo tratamiento tutelar, primero en un establecimiento cerrado y después en uno abierto. Al momento del juicio estaba instalada en su barrio, trabajando en una biblioteca popular, había rearmado su vida familiar, estaba en pareja con otra joven con una criatura, había terminado el secundario, con un plan universitario y no había vuelto a cometer delito. Pregunto ¿cuál es la necesidad de aplicar una pena en ese caso? ¿Qué contenido tendría la misma? ¿Hay necesidad de encierro de la joven? (Giacioia, 2015).

Según Rodríguez (2015), es un modelo cuestionado ya que es apreciado no como un sistema independiente de justicia juvenil, sino de la aplicación del Código Penal a personas menores de 18 años, en ciertas condiciones.

La intromisión por parte del Estado, se puede visualizar la disposición discrecional por parte del juez de menores, que depende de las circunstancias personales y no del hecho cometido. Es necesario que para se active la intervención estatal, este penalmente tipificada por una ley anterior al hecho del proceso. Sin siquiera considerar si el hecho realmente ocurrió o si el joven participó en el hecho investigado. Si se hallaba material o moralmente abandonado o en peligro, aun en el caso de dictar un sobreseimiento o absolución, estos tenían las facultades de disponer del menor.

En el artículo 3, se establecen los alcances de la disposición tutelar en virtud del artículo 1 de la ley. Así: La disposición determinara: la obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquel mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad, el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio, la restricción del ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o tutor, el discernimiento de la guarda, cuando correspondiera.

En este artículo en el inciso a, se puede apreciar un enfoque de protección del niño aplicando todas aquellas medidas que resulten más convenientes para los niños, niñas y adolescentes, a partir de todos aquellos informes brindados por los diferentes profesionales de tipo socioeducativo.

Véase el ejemplo, extractado de sentencias judiciales: La disposición provisional del adolescentes durante la tramitación de la causa que ordena el artículo 3° de la ley citada- se refiere a la ley 22.278- cuyo desarrollo fundamenta la elección entre las tres alternativas que brinda el artículo 4° , debe procurar “la adecuada formación de aquel mediante su protección integral. Mientras su vigencia perdure, a esa breve descripción del designio del sistema especial debe necesariamente interpretársela acorde al derecho que afirma, con superior jerarquía, la convención de los Derechos del Niño, obligando a los estados a tratar al niño a quien se lo acuse o declare culpable de haber infringido leyes penales “ de manera acorde al fomento de

su sentido de dignidad y el valor, que fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva de la sociedad. (Silvia, 2011)¹²

Este voto luego es citado en múltiples sentencias, y es trascendente, ya que funda una correcta hermenéutica de la interpretación del artículo 3°: El artículo 3° de la ley debe tener por objeto fomentar el sentido de la dignidad y el valor del menor, fortalecer o procurar que decida actuar con respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros con el fin de promover – de acuerdo a su edad- su reintegración a la sociedad, asumiendo una función constructiva en su comunidad. De tal manera, aunando el contenido de esta norma constitucional con aquella del derecho interno, adquiere pleno sentido el sistema penal de menores y brinda un marco previsible sobre las decisiones que corresponde adoptar en cada caso concreto. Dicho de otro modo, para aquellos fines se ha instaurado, en nuestro orden positivo, el derecho penal de menores y a ese objeto deben estar enderezadas las medidas de coerción que se dispongan, según lo autorizado por el artículo 3° de la ley (Silvia, 2011)¹³.

En el caso del artículo 4 reza que: Que previamente hubiera sido declarada su responsabilidad penal y civil si correspondiera, conforme a las normas procesales; Que hubiera cumplido 18 años; Que hubiera sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos; si por las características del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión personal del juez fuera necesario aplicar una sanción así lo resolverá, pudiendo reducirla a la pena prevista para la tentativa. Si la aplicación de la sanción fuese innecesaria lo absolverá, para el caso podrá prescindir del requisito de los 18 años cumplidos.

Una vez que se reúnen los tres requisitos sobre la imputación de la pena, el artículo 4 de la ley 22247, el juez va a evaluar los informes del equipo interdisciplinario acompañados en autos, así como también todo tipo de investigación que el juez requirió para poder probar si

¹² Guemureman, Silvia, (2011) El Régimen penal de minoridad, ley 22.278/80 y las pretensiones de reforma legislativa. *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales Orales de Menores* (pág. 143.)

¹³ Silvia, Guemureman, (2011), El Régimen penal de minoridad, ley 22.278/80 y las pretensiones de reforma legislativa. *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales Orales de Menores*

existió o no delito va a resolver conforme a las pruebas ofrecidas, testimonios, testigo, etc. Así como también ordenar la internación del menor de 16 años en un establecimiento especializado con el fin de resocializarlo al menor en la sociedad, cuya aplicación de la pena no esta impuesta a castigar al menor, sino a que reflexione y comprenda lo lesivo de su comportamiento

Ese tratamiento tutelar adquiere importancia a través de la discrecionalidad habilitada del juez, obteniendo disposición de los menores y de depender de los resultados del tratamiento va a decidir sobre la aplicación de la pena o absolverlo. Algunos doctrinarios hablan de una segunda sentencia que luego de haber pasado el menor bajo un tratamiento tutelar dispuesto judicialmente, luego el tribunal pasara a dictar sentencia definitiva centrándose, no en el hecho en sí, sino en los documentos y/o registros aportados al expediente desde que el menor estuvo a disposición tutelar.

Por otra parte en el artículo 5 de la citada ley, dispone que la reincidencia no se aplica al menor imputado de cometer un delito antes de cumplir los 18 años de edad. El Art. 6° del Régimen Penal Menores indica que las medidas de privación de libertad se harán efectivas en institutos especializados hasta que cumplan las mayorías de edad para una vez cumplidos sean trasladados en los establecimiento de adultos.

Hay situaciones donde pierden la responsabilidad parental los padres sobre los menores de edad, quedando privados de ella o suspenderla (art.7 Ley 22.278).

En el ámbito Internacional no se estipula la edad a partir del cual, se puede imputar a un menor. O sea, que van a ser los estados que van a decidir a partir de qué edad se presumirá que los menores de edad deben responder penalmente de los hechos que hayan cometido. A partir de la ratificación de Convención de los Derechos del Niño, nuestro estado asumió una serie de obligaciones, cuyo incumpliendo acarrea una serie de responsabilidades internacionales.

La intervención estatal cobraba impulso siempre que se configurara un contexto de riesgo sin importar, si cuya reacción fuese independientemente de que el menor haya sido autor de un delito contrario a la ley penal o fuese víctima del delito.

Con la entrada en vigencia de los diferentes tratados internacionales a nuestro estado, entre ellas la Convención Sobre los Derechos del Niño, se exigió a los estados firmantes que se adecuen a ella. Es así que nuestro estado sancionó la ley 26.061 Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a nivel Nacional, así como la ley 13.634, que tiene como propósito la prevención, asistencia y protección de los menores de edad, por medio de diferentes programas para la resocialización.

Es un régimen que está sujeto a críticas ya que otorga potestad infinita al juez para dictar las resoluciones y así como lo hemos mencionado también, respecto a la determinación de la pena, su graduación y tipificación, de los cuales se encuentran dentro del Código Penal, del que es igualmente aplicado a los adultos infractores. Dicho de otra manera, el artículo 21 de la ley de Patronato de Menores definía al:

...abandono material o moral” como la incitación por los padres, tutores, guardadores de la ejecución por el menor de los actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones, o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido los 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”. (Michellini)¹⁴

Habilitan también al juez a disponer de diferentes clases de medidas que van desde la privación de la libertad, la separación de su familia, la pérdida de la patria potestad y hasta un tratamiento psicológico compulsivo.

Una de las principales peculiaridades del Régimen es que la aplicación de la pena queda supeditada fundamentalmente a indicadores subjetivos como los que arroja el período del llamado tratamiento tutelar, pudiendo encontrar adolescentes que, declarados penalmente responsables por un mismo hecho, son condenados con los montos de penas previstos para los adultos o absueltos de la misma forma que si no hubieran cometido el hecho, siendo ello un claro ejemplo del grado de discrecionalidad que le otorga el actual régimen a los magistrados. (Adolescentes en el sistema penal, 2008)¹⁵

¹⁴ Michellini María Celeste, Algunas consideraciones en torno al actual Régimen Penal de Menores

¹⁵ Adolescentes en el sistema penal, (2008) UNICEF - Oficina de Argentina, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (1º, ed.) Argentina

A partir de la incorporación de la Convención sobre los derechos del Niño a nuestra constitución, se evidencia diferentes discrecionalidades en base a la aplicación de la ley 22.278. Es decir, hubo sentencias que el estado argentino dictó en contra de personas menores de edad, obteniendo como resultado una sanción internacional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la vulneración de los derechos y garantías reconocidas en la Convención con jerarquía constitucional. Por lo que se exigió que los estados firmantes adecuen su legislación nacional vigente a los estándares internacionales, por lo que tal solicitud no fue establecida en el Régimen Penal Juvenil, por lo que más adelante se detallaran.

En dicho análisis se podría decir que el régimen en su intervención punitiva no realiza una diferenciación entre los menores que son infractores de la ley penal de los adolescentes comprendidos dentro del régimen de los que en verdad son desamparados por el estado. Es decir que no está determinado un procedimiento diferenciado que logre un método y modo de aplicación para cada caso en particular. O sea, el adolescente que comete una conducta antijurídica, la ley le permite al juez disponer de ellos sin realizar una diferenciación entre lo que hizo y de lo que es. Así como también no establecen detalladamente cuales son las medidas tendientes a aplicar, ni tampoco el tiempo determinado para implementarlo.

2.1.2 Doctrina de Situación Irregular

La regulación de la situación de la infancia en Latinoamérica durante todo el siglo XX hasta la dictación de la Convención, pertenece a lo que los autores han llamado “doctrina de la situación irregular. Es de suma importancia arribar a un concepto, cuyo mecanismo es utilizado por el Estado para atender los problemas de los menores en situación irregular.

Una definición clara que nos ayuda a entender esta doctrina como: “aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moralmente o padece de un déficit físico o mental. (JAVIER, 2008)¹⁶

¹⁶ Calderón Javier Beltrán,(2008), De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral

La característica esencial es considerar a los menores como objeto de protección y no como sujetos de derechos con el objetivo de protegerlos, de carácter enunciativo que conforma la situación irregular no son sujetos de plenos derechos, sino objeto de tutela por parte del Estado. El Juez de Menores asume una función paternalista, interviniendo no sólo respecto de aquellos niños, niñas y adolescentes que infringieron la ley penal, sino también en relación a los que se encuentran sometidos a situaciones de desprotección, desamparo o abandono.

Según Alessandro Baratta dice que:

Se trata de una doctrina en la que la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y de los adolescentes y la transgresión a las normas penales se sobreponían creando una confusa situación protectivo-punitiva, en realidad muy discriminante para el menor al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. (Insulza, 2013)¹⁷.

Este concepto abarca situaciones cuando los menores que se encuentren en situación de abandono; que hayan incurrido en un hecho antisocial; los menores abandonados materialmente; los menores abandonados moralmente; los menores deficientes mentales, en todos los casos se autoriza la intervención estatal.

En la doctrina de situación irregular, el sujeto menor de edad es un ser diferente a los mayores de edad, al ser un sujeto en pleno desarrollo.

El “modelo tutelar” con enfoque de la “Doctrina de la Situación Irregular” puede resumirse como un sistema centrado en la alta discrecionalidad del juez de menores, en el que se visualiza al adolescente como sujeto de protección más que como un sujeto pleno de derechos con inexistencia de las garantías del debido proceso, ni recursos, discriminatorio y selectivo que generalmente judicializaba problemas sociales (Insulza, 2013)¹⁸.

¹⁷ Insulza, José Miguel, (2013), Instituto Americano Del Niño Niña y Adolescentes.

¹⁸ Insulza, José Miguel, (2013), Instituto Del Niño, la niña y adolescentes.

2.1.3 Doctrinas sobre la baja de la edad de imputabilidad

Se advierte a diario que en la sociedad se ha instalado un debate público, influenciada por los medios de comunicación, sobre el aumento de los delitos cometidos por los menores de 16 años infractores de ley penal. La ley 22.278 que actualmente y es la que crea el Régimen Penal de Minoridad de alcance nacional es aplicable a los menores de edad que al momento de la comisión de un hecho delictivo que se le imputa aun cuando no hayan cumplido con la mayoría de edad.

Frente a este cuadro de situación y a riesgo de simplificar la cuestión es importante distinguir entre dos tipos de adhesiones a esta idea. Hay un grupo de especiales que sostienen que es necesario bajar la edad de imputabilidad a los fines de reducir los índices de delitos cometidos por sujetos menores. Por otro lado hay quienes justifican que hay otros factores que inciden de alguna manera en la comisión de los delitos.

La opinión de los expertos predomina es que no hay ninguna vinculación entre la edad de imputabilidad y de los delitos que se cometen, considerando que es una falsa creencia que al bajar la edad de imputabilidad puedan a llegar a solucionar los conflictos de la delincuencia juvenil. Hay una falta de respeto hacia los derechos de los adolescentes por lo que el estado debería promover sus derechos y su inserción social en vez de actuar como un estado represivo.

En nuestro sistema hubo varios antecedentes legislativos, en los que se pueden encontrar variaciones de la edad requerida para ser responsable penalmente por una conducta contraria a derecho. Podemos señalar por ejemplo, el código de 1868, que en su artículo 22, eximía de responsabilidad a los menores de edad (1°).

El Código de 1886, realizado sobre las bases del Proyecto Tejedor -al cual el Congreso introdujo importantes modificaciones-, fue sancionado como primer Código Penal de la Nación mediante ley 1920 el 15 de noviembre de 1886, comenzando a regir el 1° de marzo de 1887. Dicho cuerpo legal preveía en el art. 81 inc 1° la exención de pena para quien “ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria y siempre que el acto haya sido resuelto, consumado en una perturbación

cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante el cual éste no haya tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad. (Rinaldoni, 2012)¹⁹.

Según Ungaro (2008), manifiesta que son otros los factores que inciden en la problemática, que no es necesariamente que al bajar la edad de imputabilidad van a poder solucionar las problemáticas suscitadas por la inseguridad. Argumenta entre otros la desigualdad social, la falta de políticas públicas que garanticen la protección del menor de edad, la falta de adecuación del ordenamiento interno a los estándares internacionales así como también garantizar un poder judicial imparcial a los fines de resguardar el interés superior del niño.

El niño como sujeto de derechos es considerado como responsable de sus actos y elecciones, por lo que no es alguien a quien se lo tenga que tutelar, un sujeto con todas las garantías, que en consecuencia deberá orientarse hacia la reintegración del niño hacia su bienestar.

Las reglas de Beijing expresan que:

En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutivos (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tienen un carácter grave y cuando la familia, la escuela u otras instituciones de control social oficiosos han reaccionado ya en forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo. (Ungaro, 2008)²⁰

Según Durkheim (2008), sostienen que la evolución de la sociedad de hoy tiende a ser más solidaria cada vez más, se suplanta al derecho represivo por un derecho restitutivo.

Con el reconocimiento de la capacidad progresiva del niño para ejercer sus derechos, el orden jurídico los deberá contemplar como sujetos activos, participativos y creativos con capacidad para modificar su propio destino. Así las Directrices del Raid establecen: “Los jóvenes deben desempeñar una función activa y de asociación en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización y control” (Ungaro, 2008, pág. 40)²¹

¹⁹ Rinaldoni, María Celeste, (2012), *Imputabilidad Penal*, Revista IN IURE.

²⁰ Ungaro D. Betina, (2008) *Procedimiento de responsabilidad penal juvenil*, (1ra, ed.)

²¹ Ungaro D. Betina, (2008) *Procedimiento de responsabilidad penal juvenil*, (1ra, ed.)

Pitch analiza el tema de madurez, afirmando que es factible detectar un encuentro entre derecho penal y ciencias sociales ya que en el caso de los jóvenes no está tan claro cuáles son los expertos para dictaminar su “capacidad de entender y querer” como en el caso de los adultos, en que el saber psiquiátrico dirime la cuestión. Esta zona gris produce distintos lineamientos entre los magistrados, algunos que son partidarios de pedir la separación de competencias y redefinen así su propio rol como jueces, renunciando a cualquier pretensión correccional y reeducadora, afianzándose en el juzgamiento del hecho y no en la responsabilidad de su autor: así delegan en los dictámenes del cuerpo médico forense la cuestión de la imputabilidad en tanto la capacidad de discernimiento. Por otro lado, están los jueces que se hacen cargo de la ambivalencia institucional y amplían sus competencias y responsabilidades, asumiendo como tarea propia la evaluación de la inmadurez. Para estos jueces, sus tareas son diferentes de las de la justicia ordenaría y pretenden erigirse como guardianes del bienestar de los niños y adolescentes. (Silvia, 2011) ²²

Para este último tipo de jueces el sobreseimiento por inmadurez, -así como el perdón judicial- son el producto de una investigación compleja, particular, caso por caso, rechazando que la solución sea apta para administrarla como regla. Así redefinen la inmadurez como atributo de situaciones socioculturales de pobreza y privación. Al no conocer la culpabilidad, se deja a los niños y adolescentes a merced de un modelo de protección que combina (Silvia, 2011)²³.

Hay quienes dicen que la edad que fijan los estados no deben ser en edades demasiadas tempranas, argumentándose que la Convención de los Derechos del Niño reza que los estados partes deben fijar edades en que los niños son imputables, siendo estos irreversibles, debajo de lo cual no estará habilitado el castigo, presumiéndose que los niños no tendrán capacidad de infringir la leyes penales (Art. 40.3 CDN).

Según Roxin (2017, pág. 3), dice que hay menores de cierta edad que saben que es lo hacen, es decir que pueden entender y comprender lo que es bueno de lo que malo, y que hay veces que ellos motivados por esas prohibiciones dadas por el derecho realizan conductas

²³ Silvia, Guemureman, (2011), El Régimen penal de minoridad, ley 22.278/80 y las pretensiones de reforma legislativa. *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales Orales de Menores.*

delictivas, y que sin embargo no se los pune porque está contraindicado a que sean sometidos a un proceso judicial.

Hay otros que hablan que ampliar el poder punitivo del estado sobre la persona del menor de edad, puede llegar a acarrear una serie de consecuencias dañosas, adversas que según la Convención Americana de los Derechos Humanos en su art. 5.6 puede tener como resultado una infracción por parte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

En el congreso existen, por lo menos seis proyectos legislativos en los que se discute sobre la imputabilidad, con iniciativas de bajarla a los 14 años, y en otros que tienden en definir un régimen legal exclusivo para menores. En la primera posición se encolumnan quienes sostienen que así se achica los índices de delitos. Del otro lado, los que denuncian faltas de garantías para los menores (Ungaro, 2008)²⁴

Entonces en bajar la edad de imputabilidad- lo que por lógica permitirá ampliar el poder punitivo del estado-, en definitiva se traducirá en mayor prisionización- con el agravante de que en este caso se trata de niños-, lo que no solo servirá para bajar el índice de inseguridad, sino por el contrario puede tener un efecto totalmente contrario al deseado (Rojas Busellato, 2017)²⁵.

Según Busellatto (2017) bajar la edad no podrá tener como resultado optativo para disminuir la criminalidad, sino lo que se alcanzaría un poder punitivo abusivo.

Que según Binder, en encerrar a un sujeto en un jaula- no solo no resocializa sino que produce en la gran mayoría de los casos un efecto contrario (Rojas Busellato, 2017)²⁶.

Se intentó bajar la edad de imputabilidad penal de los 16 años a los 14 años a los fines de que estos se vean sometidos a un proceso penal, y que tal disminución traería consecuencia de manera tal que no resolvería tal cuestión, siendo la Convención de los Derechos del niño la

²⁴ Ungaro D. Betina, (2008) Procedimiento de responsabilidad penal juvenil, (1ra, ed.)

²⁵ Rojas Busellato, Diomedes Guillermo (2017), *Inseguridad y Baja de la Edad de Imputabilidad como una posible solución*.

²⁶ Rojas Busellato, Diomedes Guillermo (2017), *Inseguridad y Baja de la Edad de Imputabilidad como una posible solución*.

que impone respetar los derechos y las garantías fundamentales de los niños, su condición jurídica y su interés superior.

2.1.4. Derechos y garantías reconocidos por el régimen penal de minoridad ley 22.278.

Luego de realizar un análisis de la ley 22.278 Régimen Penal de Menores, es importante realizar un estudio sobre cuáles son los derechos y garantías reconocidos o no a los menores infractores de la ley penal.

El régimen penal de menores aplicados a los mismos, ante la comisión de un hecho delictivo se encuentra sometidos bajo la intervención estatal y ante una conducta ilícita cometidos por sujetos mayores de edad estos son sometidos a la ley penal de mayores.

Así basado en la “doctrina de la situación irregular”, mediante el cual el proceso que se iniciaba frente a una infracción penal, presuntamente cometida por un niño, se caracterizaba por ser de corte inquisitivo, es decir que el juez tenía el carácter de ser el órgano de acusación y de resolución al mismo tiempo, teniéndose al menor de 18 años como sujeto pasivo de intervención jurídica, es decir como “objeto” y no como “sujeto” de derechos desconociéndosele consecuentemente a su respecto las garantías procesales emergentes de cualquier régimen procesal de adultos propio de un sistema de derecho republicano, aseverando que – conforme esta concepción- los justiciables no las necesitaban , toda vez que el procedimiento iniciado tenía un fin benéfico de protección y resguardo.- (Michellini)²⁷.

Existe discrepancias con el procedimiento llevado a cabo por parte de la ley, no consideran al menor como sujetos de derechos sino como objetos de derechos, desconociéndoles los derechos como persona humana, el cual necesitaba de la tutela por parte del Estado por ser una persona incapaz.

Hacemos ahora énfasis en las garantías que se vulneran dentro de la Ley Penal Juvenil, pues la norma no solo hace hincapié sobre el menor infractor de la ley penal sino que también

²⁷Menichelli, Milena Marisa (1983) *Algunas consideraciones en torno al actual régimen penal de menores*, <http://www.defensapublicabb.com.ar/publicaciones/menicheli.pdf>

dispone de los menores en aquellos supuestos de abandono o peligro moral o material. Trasgredir el principio de inocencia, el principio de culpabilidad, se vulnera el principio de lesividad puesto que se aplica sin que se haya lesionado ningún bien jurídico protegido, las garantías del debido proceso. Sobre todo el principio de igualdad por la que no se les reconoce a los menores infractores de la ley penal, los derechos y garantías como cualquier persona.

Conviene aclarar con respecto al principio de especialización que, si bien el Régimen Penal de la Minoridad es de carácter nacional, la organización federal de nuestro país otorga a los estados provinciales la función de regular el proceso penal y la organización judicial. Las autoridades provinciales son las encargadas de establecer la especialización de los órganos administrativos; la forma de organización judicial que garantice materialmente la especialización del fuero; la especialización de los sujetos procesales –jueces, defensores y fiscales–; la composición interdisciplinaria de los órganos jurisdiccionales; las salidas alternativas al proceso penal y durante el desarrollo del mismo; así como la aplicación excepcional de medidas cautelares y la regulación de duración razonable del proceso penal. (Adolescentes en el sistema penal, 2008)²⁸

Otras tantas garantías vulneradas son las garantías procesales omitidas por las disposiciones normativas contenidas en la ley 22.278, tales como: la garantía del debido proceso, ya que el juez puede aplicar medidas tutelares independientemente del resultado del proceso; la garantía del estado jurídico de inocencia, en el cual el magistrado puede imponer medidas aunque el menor sea absuelto o sobreseído; la garantía del derecho de defensa en juicio y el derecho a ser oído ya que el niño no participa ni interviene en el proceso. (Aguada & Martínez, 2014)²⁹.

Este régimen ha sido centro de debate por diferentes doctrinas, ya con el estado democrático que se vive en la actualidad, se ve con preocupación que la misma no haya sido enmendada para poder armonizarla con la Convención de los Derechos del Niño. Demuestra que no se le reconoce los diferentes derechos y garantías al menor consagrado en la norma internacional. Por lo que a nuestro pensar, consideramos que es importante que nuestra ley

²⁸ UNICEF Adolescentes en el sistema penal, (2008) - Oficina de Argentina, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (1º, ed.) Argentina

²⁹ Aguada, E. Y, Martínez, M. B. (2014), Análisis de la legislación vigente y lineamientos acorde a los instrumentos internacionales. *Responsabilidad Penal Juvenil*. Recuperado de <http://www.derecho.unc.edu.ar>.

penal juvenil sea coherente con los instrumentos internacionales de derechos humanos de la infancia. Se puede evidenciar que son más los derechos que no se les reconoce que lo que deberían ser reconocidos a partir de la entrada de la Convención de los Derechos del niño.

Conclusión Parcial

Se abordó la evolución histórica legislativa de nuestro país hasta la actual Régimen Penal de Menores, que a partir de la ratificación de la Convención Sobre los derechos del Niño habilita, no respeto de las garantías contempladas en la Convención y en los tratados internacionales. A nuestro país, se incorporaron diferentes tratados internacionales en el art. 75 inc 22, de nuestra Carta Magna. No solo atribuyo a los tratados de derechos humanos jerarquía superior a las leyes sino que les confirió también jerarquía constitucional manifestando que no derogar la primera parte de la Constitución.

Atribuyendo y considerando al niño sujeto de derechos y no objeto de derechos del cual el Régimen penal de Minoridad los considera, de lo que no se respeta el debido proceso, con el fin de protegerlos y beneficiarlos, aceptando que gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos. Existe discrepancias con el procedimiento llevado a cabo por parte de la ley, no consideran al menor como sujetos de derechos sino como objetos de derechos desconociéndoles los derechos como persona humana, el cual necesitaba de la tutela por parte del Estado por ser una persona incapaz.

A partir de ello, se pone en evidencia las objeciones al análisis de la ley 22.278, que todavía sigue vigente cuya contraposición con la Convención es evidente. Aun otorga potestad al juez para poder disponer del menor de edad, es decir que se advierte la falta de diferenciación entre los menores infractores de los que en verdad están faltos de una ayuda socioeconómica, dicho de otro modo, de aquellos menores que se encuentran en situaciones de abandono moral, faltos de asistencia , peligro moral o material. En la circunstancia descripta, sean imputables o no el juez dispone de ellos, aun ante la falta del delito, puede suceder que se los prive de la libertad aplicando medidas restrictivas, colocándolo al menor en establecimientos para que realice algún tipo de tratamiento tutelar.

Así como también se analizó los sujetos comprendidos en la ley penal de los cuales la norma hace una diferenciación de los punibles de los no punibles, cumplidos todos los requisitos para la imposición de la pena, el juez va a poder dictar absolucíon o aplicarle una sanción si fuese necesario. Tampoco se detallan cuáles serían las medidas a aplicar, para que circunstancias y cuáles serían los limites.

Criticamos la libertad del juez en disponer del menor de edad habiendo o no delito. No se respetan los derechos fundamentales y las garantías que son elementales tanto a los adultos como a los menores de edad. Tiene que haber un procedimiento que sea acorde al paradigma de protección integral para que no se les vulneren y trasgredan sus derechos. Es elemental que se les otorgue un sistema especializado, respetando el debido proceso legal y los principios constitucionales del niño.

Y por último, nos encontramos por aquellos que están en contra de la baja de la imputabilidad con la necesidad reforzar aquellas políticas públicas para que puedan gozar de los derechos que les son reconocidos con equidad y que los mismo no sean utilizados para restringirlos de los derechos fundamentales, especialmente la vida, la libertad, y el respeto a su dignidad.

Capítulo 3: La promoción y protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Introducción.

El interés superior del niño es uno de los temas también complementarios de la investigación por la que conlleva el reconocimiento más satisfactorio y puro de los derechos reconocidos de los niños, niñas y adolescentes. Definiéndola y comparándola con el actual régimen y con la Convención de los Derechos del Niño.

Por ello se van a analizar cada uno de las leyes que consagran los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a fin de poner en relieve cuales son las circunstancias en que la ley 22.278 no respeta el ordenamiento internacional.

3.1 Efectos de la Protección Integral de los Derechos del Niño ley 26.061.

En nuestro país fueron muchas las discusiones sobre proyectos de ley sobre la infancia, que a mediados de los años 80, no se había desarrollado una política de planificación tutelar. El patronato de la infancia creado en el año 1892, determinando una amplia intervención estatal y compuesta por políticas públicas, considerando a los menores infantes objeto de tutela de lo cual intervenían en diferentes situaciones de riesgo o abandonados.

Que con el desarrollo histórico de las diferentes ideologías que se fueron suscitando a lo largo de los años, este paradigma tuvo que ser desistido en el momento que la Republica Argentina se adhiere a la Convención sobre los Derechos del Niño.

La sanción votada el 1º de junio por Senadores (por unanimidad con los dos tercios de la Cámara) representa cabalmente al paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño. La ley votada por los Senadores fue sancionada por Diputados el 28 de setiembre del 2005 y promulgada por el Poder Ejecutivo (BO 30.767) como Ley 26.061, creando el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Terminan así, al menos en el

aspecto legislativo, 85 años de tutelaje y judicialización de nuestros niños, niñas y adolescentes, dejando un saldo de 25.000 niños institucionalizados en todo el territorio nacional. (Antecedentes históricos de la ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, 2006)³⁰

La protección Integral de los derechos del Niño ley 26.061, aprobada por la ley 23.849 e incorporada a nuestra Constitución Nacionales, siendo fundamental su sanción porque produce el cambio de paradigma tutelar por el de la protección integral dispuesto por la ley Agote.

En principio pasaremos a definir a la protección integral como el conjunto de políticas que consideran a la niña, niño y el adolescente como un sujeto activo de derechos, en un sentido abarcativo de los mismos y a lo largo de todo su crecimiento. Define las responsabilidades de la Familia, la Sociedad y el Estado con relación a los derechos universales y especiales por su condición de personas en desarrollo.

Con esta nueva ley sancionada se establecen una serie de garantías, que si bien no regula en cuanto a conflictos de menores con la ley penal de alguna manera inciden con la investigación.

Es una ley que se sanciono en el año 2005, consagrando un sistema de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, entendiendo el interés superior como la máxima satisfacción integral de los derechos y garantías reconocidos. Reconoce y se les garantiza a los niños, niñas y adolescentes el disfrute pleno de los diferentes derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales. Reitera los principios básicos establecidos en la Convención Sobre los Derechos del niño.

El interés superior del niño es uno de los temas también complementarios de la investigación por la que conlleva el reconocimiento más satisfactorio y puro de los derechos reconocidos de los niños, niñas y adolescentes. Definiéndola y comparándola con el actual régimen y con la Convención de los Derechos del Niño.

³⁰ Antecedentes históricos de la ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (2006).

Empezamos definiendo al interés superior como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña. (Contrera, 2015)³¹.

Como lo mencionamos precedentemente, el Régimen Penal de Minoridad consideraba al menor como objeto de protección y no como sujeto de derechos, desconociéndoles sus derechos fundamentales. No existe respeto hacia los derechos, declaraciones y garantías de los menores, así como las garantías mínimas del debido proceso, pero que con el cambio de modelo que significó la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, a nuestra carta magna, torno un giro fundamental a reconocerlos como tal, así como las incorporaciones de diferentes tratados internacionales les adquirieron jerarquía constitucional. Se dictaron leyes de promoción y protección en la República Argentina con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, se abandona el esquema antiguo tutelar dispuesto por la ley de Patronato de Menores 10.903, por el de protección del menor. La ley 26.061 de Protección Integral de los derechos del niño en el ámbito nacional, así como también la ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los derechos del niño a nivel provincial, recalcan los principios básicos establecidos en la Convención de los Derechos del niño.

Con la incorporación de las leyes internacionales a nuestro sistema penal, se logra la resguardar y proteger al menor, a través de la protección de los derechos del niño, que pasa a ser objeto de protección a sujeto pleno de derechos, garantizándoles los mismo derechos y garantías que posee un adulto.

En la Convención se establecen las principales medidas tendientes a asegurar la protección y el cuidado sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (Artículo 3 de la convención)³².

³¹ Contreras, López. (2015) Interés Superior del Niño. Recuperado de www.scielo.org.co/pdf/rlds/v13n1/v13n1a02.pdf

³² Convención de los derechos del niño. (2006) Recuperado de https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf.

En otras palabras, el juez va a tener en consideración que el niño como sujeto de derechos, que basada en la participación, el delito va a tener en cuenta la edad del menor, es decir poder evaluar sus capacidades siempre respetando el interés superior del niño. Así también, respetando las garantías constitucionales del menor, debe garantizar las garantías del debido proceso, enfocados en el desarrollo integral del menor y que se adopten todas las medidas tendientes a que promuevan y protejan sus derechos.

En medio de estas nuevas concepciones cabe destacar un fallo que revela la clara intención de los magistrados de reconocer de un modo contundente e incuestionable la actuación de los niños en los procesos judiciales como auténtico ejercicio de su condición de sujeto de derechos. Es el caso C. 20534 "B., S. D. s/ homicidio culposo y lesiones culposas" - Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal - San Nicolás, Buenos Aires, conformada por los Dres. Pedro Omar Bruno, Fernando A. Giuliani y Oberdan Andrín- 01/06/1999. Curiosamente este fallo se fundó en el art. 18 de la Constitución Nacional, que dispone que ningún habitante pueda ser penado sin juicio previo y que es inviolable la defensa en juicio de la persona, y que "los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional son para todos los habitantes, ya sean mayores o menores. (Novella, 2010).

Para Bidart Campos dice:

Felizmente, tres magistrados de un tribunal colegiado de familia de instancia única se dieron cuenta de que el interés superior del niño y la protección integral de la familia son principios constitucionales, con fuerte anclaje-además- en el derechos internacional de los derechos humanos, que deben prevalecer sobre la ley cuando, en un caso concreto, sus circunstancias conducirían a una solución "legal" intrínsecamente injusta. Y por supuesto, a una solución que por su injusticia sería inconstitucional. (Discurso jurídico sobre el interés superior del niño, Lora Laura N. avances de Investigación en Derecho y Ciencias Jurídicas, Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006)³³.

Con la ley 13.298 en el ámbito provincial, se incorporan los principios jurídicos y garantías constitucionales de oralidad, debido proceso, oposición, bilateralidad, igualdad ante la ley, imparcialidad, apelabilidad. Donde en su artículo 1, estipula que tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en

³³ Lora Laura N. (2006) *Discurso jurídico sobre el interés superior del niño*. Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Jurídicas, Ediciones Suarez, Mar del Plata.

el ordenamiento legal vigente y demás leyes que en su consecuencia se dicten. Así como en su artículo 4 de la presente ley, hace referencia acerca de interés superior de los niños definiéndola como la máxima satisfacción integral así como determinar bajo qué condiciones se debe estimar, esto es fundarse en que los niños son sujetos de derechos, escucharlos como requisito indispensable así como garantizarles los derechos y garantías.

El estado, es responsable de la realización de los derechos del niño, y esta garantía de prioridad comprende el auxilio a la familia para el cumplimiento de sus derechos y deberes en relación con aquel, la asignación privilegiada de recursos para la promoción y protección de la niñez, y la prevalencia en la exigibilidad de protección jurídica de los derechos del niño cuando ello colisione con los intereses de los mayores de edad. (Ungaro, 2008)³⁴.

A manera de síntesis se puede decir que en el ámbito del interés superior como un derecho fundamental reconocido, se puede visualizar a simple vista la diferencia existente entre ambos órdenes. En definitiva en el régimen penal se violan los derechos fundamentales otorgados por la Convención.

En su texto se declara que: “los derechos y garantías enumerados en ella son de “orden, público irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”; esta declaración fuerza la idea de prioridad de los derechos del niño frente a otros intereses legítimos, acotando los acuerdos a los que se pueda arribar para dar respuesta a una situación conflictiva que involucre a un menor”. (Ungaro, 2008) ³⁵.

La Ley 26.061 establece en el artículo 27 ciertas garantías mínimas en todo procedimiento mínimas en todo procedimiento administrativo y judicial que involucre a un adolescente. Se reconoce en forma expresa al adolescente procesado el derecho a ser oído por la autoridad competente; a ser asistido por un abogado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento, el cual será provisto en forma gratuita cuando el adolescente carezca de recursos económicos, además del derecho a recurrir ante una autoridad superior toda decisión que lo afecte.

³⁴ Ungaro Betina (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica 2008

³⁵ Ungaro Betina (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica.

En definitiva, entre el sistema penal de menores como la aparición de la ley 26.061 a nuestro derecho interno son leyes que se contraponen. Existen diversas discusiones sobre el régimen, es decir por no ser acorde a los parámetros internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional. Se torna necesario que nuestro sistema penal se adecue a la Convención sobre Derechos Humanos, ya que el régimen fue sancionado en una etapa oscura de nuestra sociedad, en un gobierno de facto.

3.1.1 Análisis de la ley 13.298, La Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Provincia de Buenos Aires.

Es importante analizar las disposiciones contenidas en esta ley, ya que con ella se deroga el decreto 10.067/83, dejando de lado el antiguo régimen tutelar, separando lo asistencial del Sistema Penal la materia penal. Hoy el menor de edad no es apenas estar bajo el amparo del estado en el que el sujeto nació y se crió, sino que es un sujeto pleno de derechos reconocidos en los tratados internacionales.

En principio, según Beneloff (2008), una vez incorporados a la Constitución Nacional los diferentes tratados internacionales, las provincias de la República Argentina, tenían que adecuarse con los compromisos, dictando leyes de protección de los menores asegurando los derechos del niño contemplados en la Convención Sobre los Derechos del Niño. (pág. 25).

En la provincia de Buenos Aires desde el año 1983, según Ungaro, (2008), los procesos aplicados a los menores, se regían por el antiguo decreto 10.067. En el cual, dicho procedimiento estaba basado en el modelo tutelar, es decir esa situación irregular, por lo que el juez, mediante el otorgamiento de las facultades discrecionales, interviene tanto en una situación de abandono o de riesgo como frente al menor infractor como presunto autor de un delito. (pág. 66).

Las resoluciones de privación de la libertad o cualquier tipo de medida no se basaban exclusivamente del hecho ilícito probado sino de la situación irregular, de riesgo o de abandono.

Se ve con claridad la discrepancia tal como señala Ungaro (2008) de los procedimientos llevadas a cabo con las garantías determinadas en los artículos 37 a 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, así como también en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales que se encuentran enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna. (pág. 66)

En la Opinión Consultiva OC 17/02, la Corte Interamericana de derechos Humanos ha entendido:

En los procedimientos judiciales o administrativos que involucran a los niños, se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal-esto es, las reglas sobre el juez natural, competentes, independiente e imparcial; doble instancias ; presunción de inocencia; contradicción y audiencia y defensa-, atendiendo las particularidades que se derivan de su situación específica y que se proyectan razonablemente sobre la intervención personal en dichos procedimientos y la definición de las medidas de protección que sea indispensable adoptar” (Ungaro, 2008, pág. 67)³⁶.

Según la Corte (2011), por su lado determina que lo que debe motivar la intervención del estado sea aquella conducta típica. Por lo que se asegura el imperio de la legalidad, clara definición de la conducta incriminada, cuyo fin demarcar las conductas que son no punibles de las conductas ilícitas con cualquier tipo de medidas no penales.

Con la sanción en el ámbito nacional de la ley 26.061, se deja atrás el viejo sistema tutelar dispuesto por la ley 10.903, que posteriormente se sancionó la ley 13.298, denominado” Promoción y Protección Integral de los derechos de los niños. Tanto la ley 26.061 como la ley 13.298 determina que los niños, niñas y los adolescentes son reconocidos como sujetos de derechos.

Es responsabilidad del estado hacer cumplir con las disposiciones determinativas de los derechos del niño y la exigibilidad de hacer cumplir con la protección cuando entren en colisión con otros temas. Así como también la norma brinda un sistema por el que los estados deben adoptar en el caso que se vulneren algún derecho. (Ungaro, 2008)³⁷.

³⁶ Ungaro, D. Betina. (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica.

³⁷ Ungaro, D. Betina. (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica

A su vez hacemos referencia, que la ley no prohíbe la intervención judicial por los derechos afectados sino que elimina claramente todas las cuestiones de abandono, pobreza puestas en una situación tutelar, por eso cabe el interrogante, cual sería el procedimiento eficaz a fin de evitar que el inicio de dos procesos paralelos tendientes a la protección de los niños. Es necesario que se realicen procedimientos tendientes a la restauración del derecho afectado.

Conclusión Parcial

La importancia de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, ha derogado la ley de Patronato 10.903 culminando la judicialización de las cuestiones asistenciales, incorporando un cambio de paradigma de situación irregular a la doctrina de la protección integral, permitiendo el reconocimiento de su dignidad y de sus derechos fundamentales para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales

Existen discrepancias con el procedimiento llevado a cabo por parte de la ley penal vigente, por no considerar al menor como sujetos de derechos sino como objetos de derechos desconociéndoles los derechos como persona humana, el cual necesitaba de la tutela por parte del Estado por ser una persona incapaz.

Hacemos ahora énfasis en las garantías que se vulneran dentro de la Ley Penal Juvenil, pues la norma no solo hace hincapié sobre el menor infractor de la ley penal sino que también disponen de los menores en aquellos supuestos de abandono o peligro moral o material. Trasgrede el principio de inocencia, el principio de culpabilidad, se vulnera el principio de lesividad puesto que se aplica sin que se haya lesionado ningún bien jurídico protegido, las garantías del debido proceso. Sobre todo el principio de igualdad por la que no se les reconoce a los menores infractores de la ley penal, los derechos y garantías como cualquier persona.

En el ámbito provincial derogatoria de la ley 10.067/83, aparece la ley 13.928, Protección Integral de los Derechos del Niño, norma que dejaba de lado el esquema tutelar, marcando claramente la diferencia entre la materia penal de la asistencial. A través de la implementación de planes y programas de prevención, asistencia e inserción social.

Este régimen ha sido centro de debate por diferentes doctrinas, ya con el estado democrático que se vive en la actualidad, se ve con preocupación que la misma no haya sido enmendada para poder armonizarla con la Convención de los Derechos del Niño. Demuestra que no se le reconoce los diferentes derechos y garantías al menor consagrado en la norma internacional. Por lo que a nuestro pensar, consideramos que es importante que nuestra ley

penal juvenil sea coherente con los instrumentos internacionales de derechos humanos de la infancia.

Capítulo 4: La Convención Sobre los Derechos del Niño

Introducción.

En el presente capítulo abordaremos la normativa internacional sobre la protección de los derechos del niño, analizando los derechos y garantías reconocidos por la normativa internacional siendo de suma importancia el aporte para esta investigación, cuya finalidad es poder captar si tales los derechos consagrados en el tratado internacional se adecuan al régimen penal de menores y se detallaran las similitudes y las diferencias entre ambos ordenamientos.

Se expondrán los fallos más relevantes y significativos, que expusieron al Estado Argentino ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por haber condenado a sujetos menores de edad a penas de cadena perpetuas.

4.1 Normativa Internacional en el marco de la protección integral de los derechos del niño.

- a. Derechos y garantías reconocidos en la Convención Internacional que deben ser reconocidos a los menores infractores de la ley penal.

El análisis de la CDN se realiza a la luz del modelo de protección integral. Que a través de la incorporación de la Convención sobre los derechos del Niño a nuestra constitución, dejan atrás aquel sistema tutelar, direccionando su mirada hacia la protección integral del niño, otorgándoles y reconociéndoles los derechos fundamentales como seres humanos. Se propone identificar los principios y derechos rectores aplicables a la justicia penal para adolescentes que surgen del derecho internacional y de la normativa constitucional de nuestro país.

La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989, y ratificada en la República Argentina e incorporada al texto constitucional en el año 1994. Es uno de los tratados de Derechos Humanos que contiene específicamente derechos fundamentales de los niños, niñas

y adolescentes, cuya finalidad es saber cuáles son los derechos y garantías que tienen que reconocérsele a los menores infractores de la ley penal.

El cambio de paradigma que significó la sanción de la Convención, fue un camino de diferentes negociaciones que los estados fueron dispuestos a comprometerse al ratificar la convención, con el fin de compatibilizar al orden jurídico internacional a nuestro derecho interno.

La CDN considera al niño a todo ser humano que no haya alcanzado la edad de 18 años y establece que los estados son responsables por el respeto, garantía y efectividad de los derechos contemplados en el instrumento, siendo “el interés superior del niño” el principio rector de todas las medidas concernientes a los Niños Niñas y Adolescentes. La Convención de los Derechos de Niño consagra una amplia gama de derechos civiles, sociales y económicos y culturales, así como los derechos específicos de los que gozan los NNYA por su grado de desarrollo. (Aguada & Martínez, 2014)³⁸.

Según a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) ha determinado que resulta de suma importancia tener en cuenta las circunstancias en que se encuentran los menores de edad, nos referimos en base a los procedimientos penales, que no son los mismos que se realizan para los adultos. Es imprescindible conocer y respetar las diferencias de trato tanto como para el infractor de la ley penal como para aquel menor que se haya en situación de vulnerabilidad. (pág. 46)

De acuerdo con el derecho internacional relativo a la interpretación de los tratados internacionales; la convención Americana y la CDN forman parte de un conjunto de normas vinculadas o *corpus Juris* de protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que debe ser considerado al interpretar el significado del art. 19 de la Convención Americana y del artículo VII de la declaración americana, los cuales garantizan el derecho de los niños a medidas de protección de su familia, sociedad y el estado. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos , 2011)³⁹.

³⁸ Aguada, E. Y, Martínez, M. B. (2014), Análisis de la legislación vigente y lineamientos acorde a los instrumentos internacionales. *Responsabilidad Penal Juvenil*. Recuperado de <http://www.derecho.unc.edu.ar>.

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011)

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al estado precisar las medidas que adoptara para poder atender ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella (Adolescentes en el sistema penal, 2008).⁴⁰

Los menores de edad niños son diferentes a los adultos tanto en el ámbito de sus capacidades emocionales como las físicas. Es una diferencia que implica una menor culpabilidad por los menores infractores de la ley penal. Esta situación de diferenciación hace tornar necesario un sistema penal de menores separados la de los adultos.

Conforme el art 37 y el artículo 40 de la CDN (2014), se establecen las disposiciones por los cuales los estados partes velaran para su correcto cumplimiento. En ella hace referencia a la privación de la libertad llevada a cabo como una medida de último recurso. Por lo que la libertad ilegal o arbitrariamente, la detención el encarcelamiento del menor solo se utilizara como medida de último recurso y por el periodo más breve que establezca la ley. Se excluye la aplicación de la pena de muerte para los delitos cometidos por personas menores de 18 años.

Esta concepción considera al menor de edad, como un sujeto pleno de derechos, es decir que se les reconoce los derechos fundamentales más otros derechos específicos por la etapa de crecimiento en que se encuentra la persona menor de edad. Este régimen especial debe ser aplicado a partir de una edad mínima antes de la cual se presume, sin que se admita prueba en contrario, que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Al ser considerado el menor como sujeto de derechos, es responsable de sus actos y de sus propias elecciones, el sistema penal no es solamente incorporar garantías al derecho penal de adultos sino que la Convención lo que pretende es considerar al menor como titular de los derechos que le son reconocidos a todas las personas, más los específicos que surgen de la condición de persona.

⁴⁰ Adolescentes en el sistema penal (2008)

Es decir que los Estados deben fijar una edad, a partir de la cual las personas menores de 18 años de edad sean punibles, en forma completamente diferenciada de los adultos. Al grupo etario comprendido entre esa edad mínima y los 18 años de edad, lo denominaremos “adolescente”.

En la Observación General N^o 10 hace hincapié que en muchos países, hay menores que languidecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una vulneración del artículo 37 del Convención. Los estados partes deben velar para cumplir con las disposiciones internacionales de utilizar todas las alternativas posibles en materia de protección de los niños.

Según Ungaro (2008), expresa que en relación a la posible prisión perpetua, la Convención sobre los Derechos del Niños no puede atribuirse una prohibición absoluta de poder aplicar prisión perpetua, en aquellas personas menores de edad debiendo aplicarse una regla máxima de prudencia que obliga a desechar primero los mecanismos más leves para la aplicación de la pena. (pág. 54)

Por su parte, el artículo 40 de este mismo cuerpo normativo, establece como pilar básico la reintegración del niño acusado o declarado culpable de haber infringido las leyes, a los fines de que se asuma una función constructiva en la comunidad, por lo que Niños Niñas y Adolescentes debe ser tratado de manera acorde para fomentar su sentido de la dignidad y el valor, su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de los terceros. (Aguada & Martínez, 2014)⁴¹.

Que justamente en su artículo 40.1 de la CDN, establece que aquel niño que cometa delito contrario a derecho, tiene derecho a una resocialización tratándolo de manera acorde a su sentido de dignidad y el valor, fomentando el respeto del niño por los derechos humanos y de las libertades fundamentales de terceros, a los fines de tener en cuenta la importancia de la reintegración del niño en la sociedad.

⁴¹ Aguada, E. Y, Martínez, M. B. (2014), Análisis de la legislación vigente y lineamientos acorde a los instrumentos internacionales. *Responsabilidad Penal Juvenil*. Recuperado de <http://www.derecho.unc.edu.ar>

| | |
|--|--|
| Art. 40 CDN, Inc 1: El adolescente debe ser tratado de manera que: | Se fomente su sentido de dignidad y el valor |
| | Fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros |
| | Se tenga en cuenta la edad del niño |
| | Se le dé importancia a la promoción de la reintegración del niño |
| | Se asuma una función constructiva en la sociedad. |

Según Ungaro ((2008)), los estados partes velaran que se cumplan el principio de legalidad, la presunción de inocencia y los derechos, así como también se consagra el principio de especialidad de los cuales los estados partes deberán establecer los mecanismos esenciales para poder promover el procedimientos acorde a los estándares internacionales.

Se podría decir que la aplicación de una pena perpetua, cometida por una persona menor de edad implicaría no una prohibición en si sino que, se deben recabar otras alternativas, analizando las diferentes variantes, a los fines de aplicar una sanción acorde y no una más gravosa, atento la severidad de cada caso en cuestión. Al momento que el estado asume la responsabilidad en custodia de los jóvenes, asumen el compromiso en otorgarles una mejor calidad de vida, bajo un tratamiento acorde en cada situación, una educación basada en la reinserción social del menor de edad⁴².

A su vez el art 40 dispone una serie de medidas alternativa de solución de conflicto como por ejemplo la medidas que van tomar los estados para promover el establecimiento de las leyes, procedimientos, autoridades e instituciones. Medidas como la orientación y

⁴² Ungaro, D. Betina. (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica

supervisión, el asesoramiento, la libreta vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras como la internación en establecimientos para su ayuda., programas de enseñanza y formación profesional. (Gonzalez Del Solar, 2013)⁴³.

Al considerar la convención a los menores de edad como sujeto de derechos, estos deben recibir un trato diferenciado, en calidad de ser menores de edad con una diferencia de desarrollo físico y psíquico respecto de los adultos, cuya la finalidad tiende a evitar cualquier abuso de discrecionalidad que pueda surgir, que hace necesaria la implementación de un sistema penal especializado. Que a diferencia del actual régimen no lo es, ya los estados a ratificar la Convención a su derecho interno, se obligan a establecer un régimen que se ajuste a dichos preceptos, con la finalidad de que se eviten consecuencias más gravosas para aquellos.

Ello así se puede observar en el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N°1 “*in re*” F.C., M” de Necochea, en donde al joven se lo condeno a la pena de 4 años de prisión. Esto es, al menor se los condeno a la pena de 5 años de prisión, cuando a los mayores, por el mismo hecho,, se los condeno a la pena de 4 años, siendo que estos últimos poseían un agravante no computada al menor de edad y que está dada por el artículo 41 quater del CP. Este agrava en un tercio, la pena del mayor de edad cuando en el hecho intervienen menores. (Hugo, 2014)⁴⁴.

Que conforme a la Convención y a la protección de los niños, el juzgado interviniente que debe condenar al menor, debe aplicarle una pena atenuada en virtud de su madurez, a su desarrollo personal y social a diferencia de los mayores de edad, cuyo grado de madurez es superior.

El Principio de legalidad en la justicia juvenil que se halla en el artículo 40 de la Convención implica las garantías que la intervención estatal sólo deberá estar motivada en la realización de conductas penalmente típicas y además, lo que es particularmente relevante cuando se trata de menores de edad, que de ningún modo se los podrá privar de libertad por encontrarse en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia. Esto último, que

⁴³ González Del Solar, José. H. (2013). *Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Editorial Mediterránea.

⁴⁴ Hugo, Pierrestegui Walter, (2014) Sistema de responsabilidad Penal Juvenil- Jurisprudencia Local- Provincial, Nacional, Corte IDH.

por sí mismo constituye una violación al derecho a la libertad personal, es característico de legislaciones basadas en la doctrina de la situación irregular, que brindan una gran discrecionalidad a las autoridades, lo que torna su aplicación arbitraria y discriminatoria (v.gr. art. 1, último párrafo, de la ley 22278) (Bruno, 2015)⁴⁵.

Un sistema de responsabilidad penal debe formarse sobre la base de intervención mínima, y subsidiaridad, donde la privación de la libertad debe ser aplicada como una medida de último recurso, con la finalidad de adoptar medidas de protección, según el artículo 19 de la Convención Americana y el artículo VII de la Declaración Americana.

Con respecto a este sentido según la directriz 56 de las Directrices de Riad ((Shelton, y otros, 2011) establece que, deberá garantizarse una legislación que especifique que todo acto cometido por un adulto del cual no está tipificado tampoco deberá serlo si el acto es cometido por un sujeto menor de edad.

En el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los estados deben garantizar todas aquellas medidas tendientes a proteger al niño, contra todo tipo de discriminación o cualquier tipo de castigo, de las actividades o de las formas de enjuiciamiento que se haga respecto del menor de edad. Cuando los estados incorporan en su ordenamiento interno aquellos tratados internacionales ratificados en nuestra carta magna los progresos que se logren alcanzar con la finalidad de proteger los derechos del sujeto menor, estos son irreversibles, lo que implica, no restringirlo.

En cuanto a la presunción de inocencia, se estipula que toda aquellas persona que del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quienes se lo acuse de haber cometido un delito, se le garantice su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, se trata de una garantía sumamente relevante, no ser sometidas a medidas de “protección”, a menos que sea luego, de que se haya establecido su responsabilidad en el marco de un debido proceso. Así como también, se le reconoce al menor el derecho de defensa en juicio en el sistema penal juvenil; el principio de contradicción que resguarda el equilibrio procesal.

⁴⁵ Bruno, Romina Cecilia, (2015), Tras un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil para la Provincia de Río Negro: compromiso legal e imperativo convencional, recuperado de <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/especiales/item/545-responsabilidad>.

El Derecho a ser oído y a participar del proceso: es consecuencia necesaria del reconocimiento del adolescente como sujeto que tiene derechos, lo que hace imprescindible que su opinión sobre protagonismo, pueda y deba tenerse en cuenta al decidirse cuestiones que lo afecten. Un presupuesto para ello es que se le brinde toda la información necesaria y en tiempo oportuno. También debe respetarse su decisión de no declarar y, en caso de que decida expresarse, tener en consideración su edad y demás circunstancias personales. (Bruno, 2015)⁴⁶.

Conforme a la Justicia Juvenil y derechos humanos desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011), sostienen que en los casos que el menor de edad cometiese algún delito severo, deben brindarse al juzgador todos aquellos mecanismos tendientes a la protección del menor, a su interés superior. Es decir, que la sanción que se le imparta al menor según la gravedad, debe ser acorde al delito, proporcionada y ser concordante con las necesidades del menor.

Un procedimiento de responsabilidad penal juvenil, de acuerdo con lo normado por la Convención deberá garantizar que el niño a quien se acuse de haber infringido la ley penal tenga, tanto la posibilidad de contradecir la actuación fiscal como recurrir toda resolución jurisdiccional que lo afecte o le cause perjuicio, para lo cual contara con la asistencia jurídica necesaria que le aporte los conocimientos para igualar las armas en un proceso de corte acusatorio. (Ungaro, 2008)⁴⁷.

En las reglas de Beijing, establecen: la decisión de la autoridad competente se ajustara a los principios: a) la respuesta que se le dé al delito será siempre proporcional, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad. b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible. c) solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer

⁴⁶ Bruno, Romina Cecilia, (2015), Tras un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil para la Provincia de Río Negro: compromiso legal e imperativo convencional, recuperado de <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/especiales/item/545-responsabilidad>

⁴⁷ Ungaro, Betina D. (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica.

delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada. d) en el examen de los casos se considerara primordial el bienestar del menor (art. 17.1) (Ungaro, 2008)⁴⁸.

En la opinión consultiva, OC 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido: que en los procedimientos judiciales o administrativos que involucran a los niños, se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal-estos es, las reglas sobre el juez natural, competente, independiente e imparcial; doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa-, atendiendo las particularidades que se derivan de su situación específica y que se proyectan razonablemente sobre la intervención personal en dichos procedimientos y la definición de las medidas de protección que sea indispensable adoptar (Ungaro, 2008)⁴⁹.

El estado interviniente en su poder punitivo, como dijimos previamente es responsable en que los derechos consagrados e incorporados internacionalmente a nuestro derecho interno sean cumplidos en el marco de la libertad, respeto y la dignidad, tendientes al resguardo y protección de los derechos que les fuesen afectados a los jóvenes, debiendo ser la más favorable y eficaz a los fines de respetar el interés superior del menor.

En síntesis los estados en ejercicio de su poder punitivo en el momento en que el menor de edad comete un delito contrario a derecho, deben velar por el cumplimiento de los estándares internacionales así como también configurar la situación de las necesidades especiales de protección. Amén de lo mencionado, las sanciones impuestas frente a las conductas cometidas por los menores de edad deben ser diferenciadas respecto de las de los adultos.

Es necesario que cada caso, en los que los menores de edad entran en conflicto con la ley penal sea estudiado de forma separada, teniendo en cuenta los testimonios de los padres tutores o familiares sobre todo la del menor, cada niño tiene necesidades diferentes, es decir que el análisis de cada proceso tiene que ser individualizada de forma separada. Debe brindarse al menor de 18 años todos los mecanismos de asistencia jurídica para poder ejercer su defensa

⁴⁸ Ungaro, Betina D. (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica.

⁴⁹ Ungaro, Betina D. (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Edición Cátedra Jurídica

técnica, siendo fundamental el derecho del menor a ser oído en cualquier caso donde es parte de un proceso.

4.1.1 Comparación del actual Régimen Penal de Menores con la Convención sobre los derechos del niño.

Entre ambos ordenamientos se pueden apreciar las deficiencias que oportunamente detallaremos, siendo de suma importancia desarrollar, con la finalidad de arribar a una conclusión eficiente respecto al tema de investigación q nos interesa. En el ámbito nacional la ley 22278, considerada como dispositivo legal, es una ley creada durante la época de la dictadura que hasta el momento subsiste, regula actualmente lo atinente a la responsabilidad del menor de edad acusado de cometer un delito. Responde a un paradigma al que se ha denominado “doctrina de la situación irregular”, claramente anterior al que emerge a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La “doctrina de la situación irregular”, se caracterizaba por ser de corte inquisitivo, considerando al sujeto menor de edad objeto de derechos y no sujeto de derechos desconociéndosele consecuentemente los derechos y garantías de debido proceso. Traspasa el principio de inocencia, el principio de culpabilidad, se vulnera el principio de lesividad puesto que se aplica sin que se haya lesionado ningún bien jurídico protegido, las garantías del debido proceso. Sobre todo el principio de igualdad por la que no se les reconoce a los menores infractores de la ley penal, los derechos y garantías como cualquier persona. Mientras que la Convención, considera a la persona menor de edad como sujeto de derechos, reconociéndoles todos los derechos como todas las personas, más los específicos.

Delegando una gran concentración de poder a manos de los jueces considerándolos como una figura paternalista, no dispone cuáles son las medidas a tomar al considerar al adolescente culpable de un delito, a lo que les faculta ordenar un conjunto de medidas típicamente protectorias sobre el niño, niña o adolescente en situación de abandono o peligro moral o material, como por ejemplo, poner al niño bajo su custodia, para protegerlo y hasta podría ordenar privar de su libertad, poner al niño bajo la guardia de alguien. Que en este

sentido, la Convención manifiesta que la aplicación de la privación de la libertad tiene que aplicarse como una medida de último recurso (art.37 inc. de la Convención).

La entrada de los diferentes tratados internacionales sobre los derechos humanos a nuestro derecho interno, entre ellos la Convención de Sobre los Derechos de Niño, firmado en 1989 por la Asamblea de las Naciones Unidas, es un tratado que reúne derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, que enfatiza que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, considerándolos como sujetos de derechos que se asienta hacia un paradigma de protección integral del niño que a diferencia del régimen citado no lo hace.

Este es un ordenamiento que fue ratificada por la ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional de la República Argentina en el año 1994, que a diferencia del actual régimen penal de Menores entro en vigencia durante la época de la dictadura, para ser precisos en el año 1980.

En el Régimen, se consagra un tratamiento indiferenciado, es decir, no realiza una diferenciación entre los menores de edad que cometen un delito de los que están en situación de peligro material y/o moral, o en situaciones de riesgo previendo para ambos idénticas medidas. Permitiendo que los menores de edad en conflicto con la ley penal sean juzgados por los mismos tribunales que las personas adultas, cuyo desenlace acarreará consecuencias más gravosas para aquellos.

Este régimen que se basa en un derecho penal de autor, para juzgarlo no ya por lo que hizo, sino que se funda sobre la vida familiar y personal del presunto autor o autor de un hecho delictivo. Que a diferencia de la Convención se apoya sobre un derecho penal de acto, castigando la conducta delictiva cometida.

En lo único que podemos decir que podría haber una similitud en las recomendaciones internacionales, es que como la Convención no determina la edad imputabilidad pero si lo hace nuestro régimen entre los menores punibles y los no punibles, siendo punible el menor a partir de los 16 años.

La ley 22.278 se encuentra en tensión con los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del niño: el derecho de no sufrir injerencias arbitrarias o ilegales (art.16 CDN);

al no ser separado de su familia (art. 9 CDN), derecho a opinar y ser oído, a no ser privado de su libertad de manera arbitraria o ilegal, tampoco responde a los requisitos de que la privación de la libertad solo procede como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda (Aguada & Martínez, 2014) ⁵⁰.

Un claro ejemplo es la causa la Corte Suprema de Justicia de la Nación “GME Y otra” Expte G. 147 XLIV 2/12/2008, en el que la Fundación Sur Argentina interpuso una acción de hábeas corpus colectivo en favor de todas las personas que hubiesen cometido un delito antes de los 16 años de edad y se encontrasen privadas de su libertad. Además, solicitó que se instara al Poder Ejecutivo Nacional y local a elaborar e implementar un plan progresivo de liberación de dichos jóvenes. Finalmente, planteó la inconstitucionalidad de la ley N° 22.278. El juzgado rechazó el planteo. Esa decisión fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Por tal razón, la fundación interpuso recursos de casación e inconstitucionalidad. La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley N° 22.278. Contra esa resolución, se interpuso un recurso extraordinario federal. (Boletín Jurisprudencia, 2018)⁵¹.

La Convención sobre los Derechos del Niño, al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la ‘evolución’ de las facultades del niño (arts. 5 y 14.2), a la evolución de su ‘madurez’ (art.12), y al impulso que debe darse a su ‘desarrollo’ (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el ‘desarrollo’ del niño (art. 6.2). Interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la ‘protección especial ‘en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar ‘efectividad’, adoptando todas

⁵⁰ Aguada, Erika Yasmin; Martínez, María Belén, (2014), *Responsable Penal Juvenil*, recuperado de www.derecho.unc.edu.ar.

⁵¹ Boletín Jurisprudencia, (2018), recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/miscelaneas46815.pdf>.

las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (considerando 3º) (Boletín Jurisprudencia, 2018)⁵².

Encontramos un régimen penal de minoridad que no es acorde a los estándares internacionales incoherente con el instrumento ratificado por la Argentina, contrario a los lineamientos de la ley de Promoción de los derechos del niño, debiendo configurar al niño como sujetos de derechos, y no como objeto. Los niños se encuentran bajo un tratamiento legal que no distinto al de los adultos, debiendo recibir una consideración jurídica distinta.

El menor es un ser humano que está en pleno desarrollo tanto en lo físico como en lo psíquico, es un ser diferente al adulto, es una persona que no está capacitada para comprender las consecuencias de sus actos, necesitando un adecuado tratamiento que pueda brindarle protección, y recibir a su vez educación integral.

La jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales y, en el caso de que un proceso judicial sea necesario, se disponga de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso. Por otra parte, siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal ‘no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad’ ...” (Considerando 4º) (Boletín Jurisprudencia, 2018)⁵³.

Que pese a la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño, el marco normativo previsto por la ley 22.278, resulta ineficaz ya que no se está cumpliendo con los estándares internacionales alejándose mucho de los ideales de protección, asistencia y la reeducación, siendo muy beneficiosa para los menores de edad que entren en conflicto con la ley penal.

⁵² Boletín Jurisprudencia, (2018), recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/miscelaneas46815.pdf>

⁵³ Boletín Jurisprudencia, (2018), recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/miscelaneas46815.pdf>

Según Aguada (2018), hay jueces que se piensan en cambiar aspectos puntuales de la ley, es decir, hubo desarrollo y un avance acerca de los aspectos de la vida en la sociedad de los menores, ya sea político, económico, social y se produjo un proceso de avance en torno a la concepción de la infancia y adolescencia, por lo que para muchos, es una atrocidad seguir con una ley vigente creada durante en la época de la dictadura y distinta a las leyes de protección que vulnera los derechos y las garantías de los menores.

No importa cuál sea el dispositivo legal que se adopte, sea esta vilipendiada 22.278, sea lo que esperamos esperanzadamente, que de una vez se legisle respecto de un régimen penal juvenil novedoso, que permita incluso llegar a estas instancias con mucha más naturalidad. Por ejemplo, que el fiscal renuncie a la acción penal y remita, habida cuenta, que al estado no le interesa la persecución de ciertos delitos (Aguada & Martínez, 2014)⁵⁴

Según (2014), los estados al ratificar la Convención de los Derechos del niño a su derecho interno, deben optar por ofrecer alternativas a la judicialización con la finalidad de no iniciar unos procedimientos judiciales., así mismo lo establece la convención, pero siempre respetando los derechos y las garantías del debido proceso. Sino que intervenga el poder punitivo del estado y se decida, en no iniciar un procedimiento respecto a delitos leves a las leyes penales, justificando su intervención si con ella se evita una violencia mayor a la que se infringe.

Estamos frente a una convención y un orden constitucional afectados por el incumplimiento del sistema jurídico penal juvenil vigente respecto a la responsabilidad del estado argentino al no respetarla como tal a la Convención, vulnerando la consolidación de los derechos del niño.

La Convención del Niño ha desencadenado un proceso de reforma que ha pretendido, en primer lugar, reconstruir las imágenes de la infancia, y con ello, modificar las relaciones del Estado y de los adultos con los niños; su fuerza es evidente en las reformas en las diferentes legislaciones con el fin de adaptarlas a este instrumento, y es resaltado por la determinación de

⁵⁴ Aguada, Erika Yasmin; Martínez, María Belén, (2014), *Responsable Penal Juvenil*, recuperado de www.derecho.unc.edu.ar.

la Corte IDH de considerarla como fuente de derecho para sus decisiones, aun cuando se trata de un instrumento promulgado por la ONU (García, 2009)⁵⁵.

4.1.2 Análisis Jurisprudencial: Casos en los que no se respetó la convención de los Derechos del Niño.

Antes de referirnos a las penas privativas de la libertad, como una forma de concluir el proceso penal, es cierto que también existe la posibilidad de dictar como medida cautelar, la prisión preventiva hasta la finalización del proceso, de quien se encuentre sospechado de haber cometido un delito. Esta es una posibilidad que determinan los códigos procesales, y que se halla más o menos clara en el caso de los adultos, cuando haya peligro de fuga u obstaculización del proceso (desde el fallo “Nápoli, Erika” de la CSJN 22) (XXXII.)

La medida de privación de la libertad ordenada por un juez penal, respecto de un adolescente infractor o presunto infractor, implica una severa afectación de derechos, obligando a los estados partes de disponer aquellas medidas necesarias para que el sistema penal de menores aplicables a los niños, niñas y a los adolescentes se establezcan regulaciones diferentes a la de los adultos.

Como ya se ha dicho la Convención de los Derechos del niño, en la aplicación de la pena de prisión perpetua no está prohibida en términos absolutos. Por lo que en el artículo 37 de la ley reza que, ningún niño será sometido a tratos crueles, degradantes, no se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin la posibilidad de excarcelación por delitos que son cometidos por menores de edad. (Aguirre Guarrochena, 2017)⁵⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos condeno a la Argentina por haber aplicado penas de prisión perpetuas a cinco menores de edad que cometieron delitos cuando estos todavía no habían cumplido los 18 años, condenados como adulto. Por lo que insto a que

⁵⁵ García, Shirley Campos, (2009) *La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia*, Revista IIDH.

⁵⁶ Aguirre Guarrochena, María Dolores, (2017). Santa Fe, Ciudad de Rosario. *Justicia Penal Juvenil*. Editorial *Juris*.

el Estado Argentino a sancionar el Régimen Penal de Minoridad ajustado a los estándares internacionales y consagrar los derechos fundamentales consagrados como tal dentro de la convención

La comisión Interamericana sostiene, que la directa aplicación de una pena perpetua aplicada a una persona por un delito cometido durante su menor de edad, pasando por alto la exploración de alternativas posibles a aplicar al caso importa incumplir las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños según las cuales la privación de la libertad solo procede como medida de último recurso y por el tiempo que proceda (Aguirre Guarrochena, 2017)⁵⁷

Los 5 casos de jóvenes que llegaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación de los derechos humanos fueron: César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldán y Ricardo David Videla Fernández crecieron en barrios marginales, en una situación de exclusión y gran vulnerabilidad socioeconómica, con carencias materiales que condicionaron su desarrollo integral. Todos ellos fueron condenados a penas de perpetuas de privación de la libertad por delitos cometidos antes de haber alcanzado la mayoría de edad, con base en la Ley 22.278, relativa al Régimen Penal de la Minoridad, la cual data de la época de la dictadura argentina y tiene alcance nacional. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.)⁵⁸

Es importante decir que en el artículo 13 de nuestro Código Penal reza: que las personas condenada a prisión perpetua, podrán solicitar la libertad condicional cuando hubieran cumplido 35 años de condena. En su informe 172/10 (conocido como “Caso Mendoza”), la Comisión Interamericana expreso que “esta norma resulta aplicable por igual a adultos y adolescentes condenados por delitos que tuvieran lugar antes de cumplir los 18 años (...) El hecho que el diseño del sistema jurídico permita este tratamiento igualitario es incompatible con las obligaciones estatales bajo la Convención Americana” (Aguirre Guarrochena, 2017)⁵⁹.

⁵⁷ Aguirre Guarrochena, María Dolores, (2017). Santa Fe, Ciudad de Rosario. *Justicia Penal Juvenil. Editorial Juris.*

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=388.

⁵⁹ Aguirre Guarrochena, María Dolores, (2017). Santa Fe, Ciudad de Rosario. *Justicia Penal Juvenil. Editorial Juris.*

Ante el incumplimiento de las recomendaciones dada a la Argentina en el informe 172/10 se condena a nuestro país en fecha 14/05/13 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además de la condena pecuniaria al estado, se le impuso también la obligación de adecuar en un “plazo razonable” la legislación a los estándares internacionales, y en especial asegurar que no se vuelva a imponer una sentencia perpetua por derechos cometidos siendo menor

En el caso de César Mendoza, fue condenado en el año 1999, a prisión perpetua por considerarlo penalmente responsable de los delitos de robo calificado por haber sido perpetrado con armas en cuatro oportunidades una de ellas en grado de tentativa; homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y, en consecuentemente, lograr la impunidad con alevosía; homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y, consecuentemente, lograr la impunidad; y lesiones graves, todos ellos en concurso real entre sí. (Infobae.com, 2012)⁶⁰.

El 28 de octubre de 1999, el Tribunal Oral de Menores nro. 1, declaro ala Sr. César Alberto Mendoza autor penalmente responsable por los delitos que fueron detallados precedentemente en el párrafo anterior. El 16 de noviembre de 1999, la defensa interpuso un recurso de casación, contra la sentencia y en igual fecha también se interpuso un recurso de inconstitucionalidad alegando que la interposición de la sanción constituye una pena cruel e inhumana, por lo que constituiría una pena contrario a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales. El 30 de noviembre de 1999, se rechazaron todos los recursos deducidos y contra dicha decisión se interpuso un recurso de queja declarándolo inadmisibile en junio del 2000. El 23 de junio de ese mismo año, fue rechazado por la Cámara Nacional de Casación penal donde alegaban que el artículo 4 de la ley 22.278, permite aplicar penas a mayores de 18 años. Los recursos de inconstitucionalidad fueron desistidos con fecha 23 de junio del 2000. (Centro de Informacion Judicial, 2012)⁶¹

En el caso de la situación procesal de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, el Tribunal Oral de Menores nro. 1 declaró tanto a Claudio David Núñez y Lucas Matías

⁶⁰ Infobae.com, (2012) recuperado de <https://www.infobae.com/2012/08/21/666005-declaran-la-inconstitucionalidad-la-prision-perpetua-menores/>.

⁶¹ Centro de Información Judicial, (2012) recuperado de <http://cij.gov.ar/nota-9670-La-C-mara-de-Casaci-n-Penal-declar--la-inconstitucionalidad-de-la-pena-de-prisi-n-perpetua-a-menores.html>.

Mendoza autores penalmente responsables por delitos a asaltos a mano armada, lesiones a varias personas y cinco y dos homicidios calificados, respectivamente, cometidos entre el 3 de octubre de 1996 y el 9 de enero de 1997, cuando el primero tenía 17 años y el segundo, 16. Entonces, el 12 de abril de 1999 fueron condenados a perpetua.

El 31 de julio de 1998, a los 17 años de edad, y durante su permanencia en el Instituto de Menores Dr. Luis Agote, Lucas Matías Mendoza recibió un “pelotazo” en el ojo izquierdo. A pesar de la gravedad de la lesión, no recibió tratamiento médico oportuno lo que conllevó a que su lesión fuese irreversible. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos , 2011)⁶².

Con la sentencia se presentaron diferentes vías recursivas que ambas defensas interpusieron en defensa de los imputados. La defensa pública de los menores a favor de Núñez y Mendoza presentó un recurso de casación, así como también un recurso de inconstitucionalidad deducidos por la defensa pública de los menores, recurso de inconstitucionalidad por la defensa de Núñez y recurso de casación por la defensa de Núñez. En 6 mayo de 1999, el Tribunal Oral de Menores nro. 1, rechazó la totalidad de los recursos intentados. Contra la decisión del tribunal, las defensas interpusieron los correspondientes recursos de queja ante la cámara. Luego el 28 de octubre de 1999, se declaró admisible por parte de la sala el recurso de queja interpuesto por los abogados defensores de Claudio Núñez y admitir esta Sala resolvió admitir los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Defensora Pública de Menores y rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Lucas Matías Mendoza en lo atinente a la valoración de las pruebas. (Centro de Información Judicial, 2012)⁶³.

El 4 de abril del año 2000, el Tribunal Oral de Menores, resolvió conforme a la ley de Régimen Penal de Menores basados que la pena impuesta es acorde ya que guarda proporcionalidad a la gravedad del delito. El 19 de abril de ese mismo año, la cámara rechazó los recursos de casación e inconstitucionalidad planteados por la defensa de ambos condenados, alegando que los jueces cumplieron con lo que determina la ley 22.278.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha Técnica: Mendoza y otros Vs. Argentina. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=388.

⁶³ Centro de Información Judicial, (2012) recuperado de <http://cij.gov.ar/nota-9670-La-C-mara-de-Casaci-n-Penal-declar--la-inconstitucionalidad-de-la-pena-de-prisi-n-perpetua-a-menores.html>

La defensa de Núñez interpuso un recurso extraordinario contra la sentencia el 19 de abril del año 2.000, teniendo como resultado la denegatoria declarándolo inadmisibile. Así como también se interpuso recurso extraordinario respecto del recurso de inconstitucionalidad por lo que fue rechazado por casación.

En el caso de Videla Fernández, el 28 de noviembre del año 2002, el tribunal lo declaro penalmente responsable por los delitos de homicidio agravado en concurso real con robo agravado cometido en dos oportunidades, tentativa de robo agravado, tenencia de armas de guerra y robo agravado, coacción agravada, y portación de armas de uso civil. Fue especialmente observado por el tribunal, dado que el joven murió en la cárcel, en circunstancias que se ordenó investigar. La Argentina reconoció su responsabilidad por las condiciones de detención y la muerte de Videla bajo custodia estatal. (Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas., 2004)⁶⁴.

A Saúl Cristián Roldán Cajal, procesado por los delitos de robo agravado en concurso con homicidio agravado, cometidos cuando aún no había alcanzado los 18 años de edad, el 6 de noviembre de 2000, el Tribunal en lo Penal de Menores de Mendoza lo encontró penalmente responsable y el 8 de marzo de 2002, fijó la sanción de prisión perpetua. (Infobae.com, 2012)⁶⁵.

Por lo tanto, la Corte considera que el Estado violo el derecho reconocido en el artículo 7.3 de la Convención Americana en Perjuicio de Cesar Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldan Cajal, Ricardo David Videla Fernández y Claudio David Núñez en relación con los artículos 19 y 1.1 de dicho instrumento al imponerles como sanciones penales a prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, por la comisión de delitos siendo niños. En relación con los anterior, el tribunal observa que en las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de Mendoza el 9 de marzo de 2012 a favor de Saúl Cristian Roldan Cajal, y por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal el 21 de agosto de 2012 a favor de Cesar Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza entre otras consideraciones, se señaló que al imponer la prisión y reclusión perpetuas a las víctimas por la comisión de delitos

⁶⁴ Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, (2004), recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/mendoza_otros/esap.pdf.

⁶⁵ Infobae.com (2012), recuperado de <https://www.infobae.com/2012/08/21/666005-declaran-la-inconstitucionalidad-la-prision-perpetua-menores/>.

siendo menores de edad 18 años, los jueces no consideraron la aplicación de los principios que se desprenden de la normativa Internacional en materia de los derechos del niño. (Humanos)⁶⁶.

La ‘necesidad de la pena’ a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno, puede ser equiparado a la ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’ como parece entenderlo el a quo. Antes bien, 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’ (art. 40, inc. 1)” (considerando 22°) (Boletín Jurisprudencia, 2018)⁶⁷.

Según Anchorena (2017), al referirse a la prisión como medida de último recurso que no está prohibida en términos absolutos, en el informe 172/10 establece una serie de recaudos, que tiene que ver, con un trato diferenciado en la aplicación de la pena respecto a la de los adultos, hablamos también, que la misma sea revisada periódicamente por los operadores intervinientes, evaluando la gravedad del delito cometido por el menor de edad, así como la oportunidad de poder aplicar otras medidas tendientes a brindar posibilidades de resocialización.

A manera de síntesis se resumieron las causas más controversiales, que fueron cuestionadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que la aplicación de las penas a los jóvenes, se evidencio una clara violación a los derechos fundamentales consagrados dentro de la normativas internaciones, que como se hizo referencia precedentemente, deberían estar reservadas a los adultos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Fallos: 318:514, considerando 11, segundo párrafo)- ha consagrado, dentro del contexto general de los

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha Técnica: Mendoza y otros Vs. Argentina. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=388.

⁶⁷ Boletín Jurisprudencia, (2018), recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/miscelaneas46815.pdf>.

instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia (8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (conf. caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77) (XXXII.)⁶⁸

Básicamente para nuestro derecho constitucional el imputado de un delito debe permanecer en libertad durante la tramitación del proceso, garantizándose su entrada y salida del país y su presunción de inocencia (arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional) (Ungaro, 2008)⁶⁹.

A su vez las garantías que se reconocieron en nuestra Constitución Nacional, luego de la entrada en vigencia de los diferentes tratados sobre los Derechos Humanos, estos garantizan y dan seguridad a las particularidades que hacen a la justicia de los menores de edad, a las condiciones de legalidad, con las posibilidades de evaluar todas las posibilidades, a fin de evitar una pena mayor con mínima intervención estatal, siendo la más gravosa.

Según D` Ungaro (2008, pág. 32), establece que la que solo es constitucionalmente valido para poder aplicar penas severas como una pena perpetua es necesario que exista una probabilidad de obstaculización del proceso, falsificación de pruebas, no comparezca con la finalidad de eludir las consecuencias de sus actos por el menor tiempo posible.

Aun cuando el menor de edad es acusado sin demostrar su responsabilidad, es privado de su libertad, que siendo una medida coercitiva debe estar fundada en derecho, asegurando las garantías del debido proceso y particularmente debe estar autorizada por la ley, cuyos progresos alcanzados por los derechos Humanos son irreversibles, es decir que los estados partes solo podrán ampliarlos. El derecho de defensa claramente se encuentra afectado por la legislación vigente, que como ya se dijo es un derecho con jerarquía constitucional. Los niños tienen derecho a que se los oiga, a que puedan tener asesoría letrada para que pueda

⁶⁸ XXXII., N. 284. Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/Infracción art 139 bis del C. P. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=462754>.

⁶⁹ Ungaro, Betina, (2008) *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil*. Editorial Cathedra Jurídica.

patrocinarlos, teniendo en cuenta su opinión, asegurando y protegiendo el interés superior del menor.

La corte ya determino que este plazo fijo, impide el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, le permita obtener la libertad anticipada en cualquier momento. En concreto, no permite una revisión periódica constante de la necesidad de mantener a la persona privada de la libertad. Además, en esta sentencia también ya se estableció que la imposición de las penas de prisión y reclusión perpetuas por los delitos cometidos siendo menores de 18 años no considero los principios especiales aplicables tratándose de los derechos de los niños, entre ellos, los de la privación de la libertad como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda. La corte estableció, además que la prisión perpetua a menores no cumple con el fin de la reintegración social previsto por el art. 5.6 de la Convencion. En sumas, este Tribunal estimo que la prisión y reclusión perpetuas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a menores. De lo anterior, para la corte es evidente que la desproporcionalidad de las penas impuestas a Cesar Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldan Cajal y Ricardo David Videla Fernández, y el alto impacto psicológico producido, por las consideraciones señaladas, constituyeron tratos crueles e inhumanos. Por lo tanto, la corte considera que el estado violo los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convencion Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Cesar Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldan Cajal y Ricardo David Videla Fernández (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.)⁷⁰

El tribunal ha establecido en el artículo 2 (deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convencion Americana contempla que el deber de los estado pates de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra parte, la expedición de normas y el desarrollo de

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha Técnica: Mendoza y otros Vs. Argentina. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=388.

prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos , 2011)⁷¹.

La Corte dispone que en cuanto a las reparaciones:

- La sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones constituye *per se* una forma de reparación.
- El Estado debe brindar gratuitamente y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico necesario a las víctimas, así como el suministro gratuito de los medicamentos que eventualmente se requieran.
- Particularmente en el caso de Lucas Matías Mendoza, el Estado debe otorgar el tratamiento oftalmológico, quirúrgico y/o terapéutico especializado que permita atenuar o mejorar sus lesiones visuales.
- El Estado debe asegurar a las víctimas, a la mayor brevedad, las opciones educativas o de capacitación formales que deseen, incluyendo educación universitaria, a través del sistema penitenciario o, en caso de que se encuentren en libertad, a través de sus instituciones pública.
- El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 320 de la sentencia.
- El Estado deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil, y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, deberá difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, así como a sus familias.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha Técnica: Mendoza y otros Vs. Argentina. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=388.

- El Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas por delitos cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en la sentencia.
- El Estado debe, dentro de un plazo razonable, adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.
- El Estado debe implementar, en un plazo razonable, si no existieran actualmente, programas o cursos obligatorios sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y de la niñez, incluyendo aquéllos relativos a la integridad personal y tortura, como parte de la formación general y continua del personal penitenciario federal y de la Provincia de Mendoza, así como de los jueces con competencia sobre delitos cometidos por niños.
- El Estado debe investigar por los medios judiciales, disciplinarios o administrativos pertinentes, los hechos que pudieron contribuir a la muerte de Ricardo David Videla en la Penitenciaría de Mendoza.
- El Estado debe conducir eficazmente, dentro de un plazo razonable, la investigación penal de las torturas sufridas por Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, para determinar las eventuales responsabilidades penales y, en su caso, aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea, y llevar a cabo las acciones disciplinarias, administrativas o penales pertinentes en el evento de que en la investigación de los mencionados hechos se demuestren irregularidades procesales e investigativas relacionadas con los mismos.
- El Estado debe pagar por concepto de daño material USD \$1,000.00 (mil dólares de los Estados Unidos de América); por concepto de daño inmaterial a favor de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández la cantidad de USD \$2,000.00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada uno de ellos. También considera pertinente ordenar adicionalmente, USD \$10,000.00 (diez mil dólares de los Estados

Unidos de América) para Claudio David Núñez y USD \$30,000.00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Lucas Matías Mendoza, por las violaciones adicionales a la imposición de la prisión perpetua que sufrieron en el presente caso; y USD \$3,500 (tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) a cada uno de los padres de Ricardo Videla, por los sufrimientos generados por la falta de una investigación diligente de su muerte.

- El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
- La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma (Comisión Interamericana de Derechos Humanos , 2011)⁷².

La ley 22.278 aplicada en el caso en cuestión, es una normativa que incumplió con las obligaciones dadas en la Convencion Americana de Derechos Humanos y en tratados internacionales imputando responsabilidad penal a menores de edad.

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha Técnica: Mendoza y otros Vs. Argentina. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=388.

Conclusión Parcial

La Convención Sobre los derechos del Niño incorporada a nuestro país, se incorporaron diferentes tratados internacionales en el art. 75 inc 22, a nuestra Carta Magna. No solo atribuyo a los tratados de derechos humanos jerarquía superior a las leyes sino que les confirió también jerarquía constitucional manifestando que no derogan la primera parte de la Constitución.

Se puede advertir sin dificultad, que la evolución que ha se operado en el régimen penal de la minoridad en nuestro país a lo largo del siglo pasado y en lo que va del actual, con los matices que se pueden señalar a la luz de las distintas normativas que han regido la materia, no ha significado de ninguna manera su correspondencia con los principios y garantías básicas consagrados en nuestra Constitución y en los estándares internacionales relativos a la protección integral de los derechos del menor en conflicto con la ley penal.

Es evidente en los procesos mencionados, como el estado vulnerable lo establecido en dichas Convenciones. Argentina aplico penas perpetuas a menores de edad que luego de varias instancias que interponían sus defensores Oficiales, sometieron al estado argentino a la Corte Interamericana. Se pudo observar en dicho análisis que el estado Argentino no respeto las normas de los tratados al aplicar la ley 22.278. Aplico penas privativas de la libertad a personas que eran menores antes de cumplir la mayoría de edad, violándoles sus derechos y garantías fundamentales.

Consecuencia que llevo a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos responsabilice al Estado Argentino, incumpliendo con los principios de excepcionalidad, violando las libertades de aquellas personas sujetas al amparo del estado, cuya aplicación de una pena perpetua implicaría una desproporción que por su naturaleza, no cumple con la finalidad de la reinserción social del menor sino que lo empeora. Es importante tener en cuenta las edades de los menores, las posibilidades de aplicar sanciones que sean acordes y que respeten el interés superior del menor de edad con la finalidad de brindarle al acusado una nueva oportunidad.

Las penas que fueron impugnadas según la Corte, no cumplieron con la finalidad de reintegración social de los niños, anulando todo tipo de expectativa de resocialización, en contradicción con el artículo 5.6 del Pacto de San José de Costa Rica.

Se pueden evidenciar que los cuestionamientos a la Justicia Penal de Menores por parte de la Convención de los Derechos del Niño, no son erróneos ya que lo que se pretende es garantizar plenamente los derechos y garantías de los adolescentes, dimensionar los desafíos existentes y poder llegar a establecer unos mecanismos que permitan garantizar la aplicación de la normativa jurídica y materialmente más protectora de los derechos de los niños en conflicto con la ley penal.

Como se puede observar el régimen penal juvenil vigente es una anacrónica y tutelar que no se ajusta a los estándares internacionales y que contradice el ordenamiento interno, toda vez que la CDN tiene jerarquía constitucional, según lo establece el artículo 75 inciso 12 de nuestra Carta Magna, así como la ley 26.061 que en buena medida recepta el paradigma de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Como se desprende de lo analizado, la ley 22.278, vulnera numerosos derechos y garantías sustanciales y procesales, resultando imperioso regular el sistema penal juvenil conforme a los lineamientos del nuevo paradigma y adecuando el ordenamiento interno con los tratados internacionales.

Conclusión Final

En el presente trabajo de investigación se llevó a cabo un análisis de la norma penal de menores, regulada por la ley 22.278 Régimen Penal de Minoridad, que habiendo sido observado y criticado por diferentes expositores, juristas y por diferentes tratados Internacionales, ha sido el centro de debate en este trabajo final de grado. En la República Argentina existe la ley penal 22.278 del Régimen penal de menores, cuya normativa, es una legislación, que se encuentra vigente hasta el día de hoy, producto de la última dictadura militar. Es una ley que regula el procedimiento penal cuando un menor de edad, es acusado de cometer algún delito contrario a derecho.

Para empezar el niño como sujeto de nuestra investigación, es aquella persona que aún no ha cumplido la edad de 18 años, salvo que le sea aplicable por la ley antes de la mayoría de edad, según se explica en el art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño. A finales de siglo XX, los niños y niñas y adolescentes, como grupo social le son reconocidos a nivel internacional un amplia gama de derechos, como sujetos de derechos y no como meramente objeto de la misma. Ya que a partir de la aprobación de las Naciones Unidas de la Convención de los Derechos del Niño e incorporada en el año 1994 a nuestro derecho interno, estos adquieren rango constitucional, que de los cuales se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes como ciudadanos de plenos derechos.

Que considerando, a los niños como sujetos de derechos, con capacidad evolutiva y no como objetos, se les deberán respetar los derechos que son incorporados en la Convención de Derechos del Niño, los que se les asegurara, su aplicación, acatando y garantizando al niño la protección y el cuidado que sean necesarios, para el bienestar del menor de edad, siempre teniendo presente sus derechos y los deberes establecidos en la normativa Internacional. Y de los que se compromete, a que los estados partes al ratificar la Convención, dicten leyes y procedimientos especiales, aplicados y dirigidos a los menores que cometan delitos, a los fines que se respeten su interés superior.

Como sujetos menores con igualdad de derechos y garantías consagradas al igual que los adultos, estos deberían ser respetados en el ámbito penal aplicados a los menores, por la ley 22.278 evidenciando las diferencias halladas en el presente trabajo, aplicado a nivel nacional

en nuestro país, asegurándose en la pieza normativa que bajo ningún concepto ningún niño, niña o adolescente, puede ser objeto de injerencias arbitrarias, con el derecho de poder brindar su opinión, a que se le pueda asegurar un trato digno, de acuerdo a su capacidad mental y física.

Actualmente la ley 22.278, es un dispositivo legal que señala un régimen penal basado en la doctrina de situación irregular, y el derecho penal de autor, es decir, que en principio vemos, que el juez puede disponer del menor de 18 años, facultándolos a resolver sin distinción sobre aquellos menores que infringen la ley penal, de los que se encuentran en situaciones de precariedad con riesgos sociales, aun cuando no exista el injusto penal. Para la segunda cuestión que independientemente del delito en que haya incurrido el menor de edad, queda supeditado bajo de mirada del juez de todas maneras, teniendo la facultad de poder disponer del menor.

En nuestro sistema penal de menores, existen antecedentes de varios doctrinarios y juristas que hablan y ponen en debate, la baja de la edad de la imputabilidad penal de los menores, para ser responsables penalmente. Para que el menor sea responsable por una conducta delictiva, en principio, se tendrá que configurar la imputabilidad que constituye a la culpabilidad, que así mismo lo estipula el artículo 1° de la ley 22.278. No es punible el menor de edad, que no haya cumplido los 18 años respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con penas privativas de la libertad, que no exceda los 2 años con multa o inhabilitación. Que una vez analizada su culpabilidad, la antijuricidad de su conducta y la tipicidad como elementos del delito, se podrá proceder a la eximición de la pena, exclusión, absolución o sobreseimiento del menor de edad.

Para la ley 22.278, los menores son punibles o no punibles según su edad, son no punibles aquellos menores de 16 años, de los cuales no se les aplicara una reprochabilidad jurídica, absolviéndolo del delito o aplicándoles un método de protección, haciéndose necesario la intervención de distintos equipos de profesionales. Y son punibles aquellos menores dentro 16 y 18 años que no hayan incurrido a los delitos del inciso 1° de la ley penal de menores.

Por otro lado, al advertirse la presencia de un debate público, sobre el aumento de la delincuencia juvenil, están quienes sostienen que es necesario bajar la edad de imputabilidad, a los fines de disminuir los delitos cometidos por sujetos menores, y hay otros que piensan que

inciden otros factores, que de alguna manera influye a que los menores trasgredan las normas penales.

Tornándose necesario, determinar la responsabilidad del menor por el delito cometido, es decir, haciéndose cargo de las consecuencias de sus actos, teniéndose en cuenta la capacidad mental, evaluando si sufre algún tipo de padecimiento mental que al momento de cometer un acto antijurídico, no hubiera podido comprender o dirigir sus facultades, para que se configure el acto criminal.

Se argumenta, así como se dijo anteriormente, el niño como sujetos de derechos cuya adaptación fue consolidada a partir de la entrada de la Convención de los Derechos del Niño, considerado como responsable de sus actos y elecciones, así como lo establece el artículo 40.1 de la Convención, donde en la normativa reza que todo niño que infrinja las leyes tiene derecho a la resocialización. La ley 22.278 va en caminos separados al resto de la legislación, cuya divergencia muestra la falta de empatía de la normativa, en garantizar a las niñas, niños y adolescentes garantías mínimas de procedimiento, en cualquier proceso judicial, conjuntamente con los derechos que le son reconocidos por esta ley.

Respecto a la ley en cuestión se puso en relieve compuesto por magistrados, jueces, magistrados y demás agentes que intervienen en la administración de justicia se han inclinado en la posibilidad de una reforma legislativa, de forma total o parcial, evaluándose diferentes proyectos de legislativos.

Según el listado proporcionado por la Oficina de Información Parlamentaria en agosto del año 2002, eran 27 los proyectos de ley sobre modificación del Régimen Penal de la Minoridad con trámite parlamentario. Del universo de los 27 proyectos, se puede afirmar que a grandes rasgos, grupos: aquellos que propiciaban la baja en la edad de imputabilidad penal y aquellos que sustentaban un régimen de responsabilidad penal juvenil, tipos “puros y tipos “híbridos”, en donde se mezclaban algunas otras pretensiones. (Silvia, 2011)

En el proyecto de reforma, uno de los puntos a debatir, es sobre la baja de la edad de imputabilidad penal del menor de edad, que al ser sometido un niño, niña o adolescente a un proceso penal, existen diversidad de opiniones. Hay quienes están en la postura que bajar la edad de la imputabilidad no es necesario, ya que, lo que se lograría es incrementar las tensiones

con los diferentes tratados internacionales, sobre todo con la Convención, ya que en su articulado, precisamente en el artículo 40.3 reza que los estados partes deben fijar una edad que por debajo de lo cual no podrá habilitarse el castigo, renunciado a la persecución penal.

Este punto que se orienta hacia la baja de la imputabilidad penal, es uno de los ejes debatidos por los diferentes especialistas, que por nuestra parte, estamos de acuerdo que fijar la edad de imputabilidad a partir de los 14 años, implicaría una infracción a las declaraciones derechos y garantías que se reclama y se exige por parte de la Convención. Ya que actualmente se encuentra dentro de los parámetros recomendados por la Convencion Internacional de los Derechos del Niño afectando su madurez emocional, mental e intelectual.

Cuando hablamos de desigualdad social, la falta de adecuación de nuestro derecho interno a la Convención, así como la falta de políticas públicas que puedan brindarle al menor una mejor calidad de vida, son enfoques que deben ser estimulados a los fines de su capacidad de comprensión de ejercer derechos y asumir sus obligaciones. Fueron en vano las propuestas presentadas, a los fines de bajar la edad de imputabilidad a los 14 años, existiendo diferencias entre el proyecto de reforma y la Convención, en base al problema de nuestra investigación, evidenciado la falta de adecuación de la legislación penal a los estándares internacionales.

En el proyecto de reforma se destaca la importancia que el niño, niña y adolescentes, puedan obtener una función constructiva en la sociedad, identificando el daño causado, su posible restauración y acercamiento con la víctima, realizando tareas comunitarias. Avanzando hacia un sistema especializado de Justicia Penal Juvenil. Es imprescindible que las condiciones, en el caso en que los menores queden supeditados al poder punitivo del Estado, estos puedan impulsar un proceso de transformación, a los fines que, si se determina el alojamiento, no estén privados de su libertad conjuntamente con personas adultas ni con otros jóvenes condenados, debiéndose cumplir en establecimientos aptos, en condiciones dignas.

Frente a una trasgresión de una norma, lo que sucede es, que se aplica una sanción penal sobre esa conducta delictiva, de manera tal, que se afecta limita o restringe un derecho. El mismo surge de la ley 22.278, que establece que el menor infractor de la ley penal, va a ser el juez, el que va a determinar si el menor de edad es punible o no punible. Que frente a tal acontecimiento, el juez de oficio pasa a disponer del menor, sean imputables o no, siendo sumamente grave este sistema tutelar, ya que estando en situaciones de abandono o en peligro

moral o material, esta ley les confiere potestad infinita de colocar al menor bajo su mando como un sistema paternalista. Poniendo en evidencia las diferencias halladas por la ley penal frente la Convención, considerándose importante que el nuevo régimen incorpore garantías procesales mínimas y acordes.

Entre los hallazgos en la investigación (respecto a la ley 22.278):

- Es una ley anacrónica, porque claramente está fundada en un derecho penal de autor y no de acto, no teniéndose en cuenta la responsabilidad de las consecuencias del acto cometido, sino lo que se valora es la situación personal del menor de edad, bajo la caracterización de peligro material o moral dependiendo de las evaluaciones personales de cada uno, hasta podría aplicarles algún tratamiento tutelar.
- El tratamiento tutelar que lo faculta al juez, trasgrede el nuevo orden establecido en el orden jurídico internacional, ya que el juez que puede ordenar sobre la persona del menor, responsabilizándolo al adolescente acerca de un delito, pueden fijar y estatuir diferentes medidas sancionatorias entre ellas, por ejemplo ponerlo bajo sus custodia y decidir qué es lo más conveniente como privarlo de su libertad, ordenar una orientación y supervisión, aplicar una libertad vigilada, limitar la responsabilidad parental, colocarlo en un establecimiento para su vigilancia con programas de enseñanza y educación, con la finalidad de asegurar y brindar una satisfacción al adolescente, conforme a una amplia potestad otorgada a los jueces, quedando a su criterio el tiempo de duración de la medida que va a aplicar.
- La temática de la minoridad, dista de ser respetuosa de los estándares internacionales y constitucionales que fueron adquiridos por el estado argentino, a partir de la entrada en vigencia del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Existen deficiencias inadmisibles que dentro de las mismas no se respetan los derechos y las garantías incorporadas a nuestro derecho interno, no otorgándoles a los menores el goce pleno de los sus derechos fundamentales.
- Así como se dijo precedentemente, al conferirle al juez facultades tan amplias de disposición tutelar, dista de ser respetuosa de los Derechos Humanos, otorgándoles la posibilidad de aplicar diferentes tipos de sanciones, violan los derechos consagrados y

adquiridos en la Convención, como el debido proceso, que independientemente del hecho cometido, el juez tiene la posibilidad de aplicar medidas tutelares con el objeto de protegerlos desoyendo sus derechos. Trasgrede el principio de inocencia, aplicándoles medidas sancionatorias sobre la persona del menor, debiéndose conservar su calidad de inocente, hasta tanto se demuestre lo contrario en un procedimiento penal.

- Se vulneran principios de culpabilidad, el principio de lesividad, criminalizando a las circunstancias personales del menor, basado en un dispositivo legal de derecho penal de autor.
- El principio de igualdad ante la ley, así como lo establece nuestra constitución, consagrando derechos y garantías a todos los habitantes de la Nación.
- El derecho a ser oído, a poder dar su opinión en un proceso.
- El derecho de defensa técnica a lo largo del todo el juicio.
- El principio de reserva que en dicha ley bajo análisis lo viola, porque restringen derechos que de ninguna manera los niños deben soportar ya sea injerencias arbitrarias o ilegales en su vida, consagradas en la Convención de los Derechos del Niño.
- En la normativa penal de menores no establecen cuales serían las medidas sancionatorias que se van a adoptar, ni tampoco bajo qué circunstancias, ni cuales resultarían ser sus límites y sobre todo no realiza una diferenciación entre los menores infractores de la ley penal, de los que en verdad están expuestos en situaciones de vulnerabilidad y aun cuando no haya existido un injusto penal estos pueden ser sometidos bajo el sistema penal.
- La prisión preventiva debe ser utilizada como medida último recurso, separado de las personas adultas, cosa que no sucede en la normativa penal. El sistema penal debe brindar una amplia gama de posibilidades, a los fines de evitar someter al menor a sanciones penales degradantes de los derechos humanos, que de alguna manera posibiliten una vía diferente del proceso penal actual.

- Se basa en un derecho penal de autor y no de acto, evaluando situaciones personales del menor.

Debe constituirse una serie de lineamientos estructurales, a los fines de evitar la desocialización del menor de edad, así mismo lo dice la Corte Interamericana de los Derechos del Niño en su artículo 5.6 y el artículo 40.1 del Convención de los Derechos del Niño.

Considerando que bajar la edad de imputabilidad no va a solucionar nada acerca de la delincuencia juvenil, sino lo que va atraer es más consecuencias dañosas para el menor sometido al poder punitivo del estado, siendo necesario poder advertir que el menor como sujeto de derechos, se encuentra bajo la influencia de diferentes factores que de alguna manera inciden y dan origen a la problemática de la delincuencia juvenil.

Debe existir una igualdad de oportunidades, debiendo orientarse a favor de la reintegración del niño en la sociedad, con el poder de brindar otras alternativas para solucionar los conflictos, con la finalidad de crear políticas públicas que garanticen la protección del menor sometido al proceso penal. Estamos a favor de aquellos que consideran y sostienen que disminuir la imputabilidad del menor, no brindaría una solución eficaz a la delincuencia juvenil, ya que implicaría un efecto negativo a la reintegración y a la rehabilitación del menor de edad a la sociedad.

Es sumamente necesario tener una contención adecuada en la familia, a los fines de poder brindarle desde su círculo íntimo, las mejores cualidades de responsabilidad y comprensión de las actuaciones de sus actos, es decir que, a manera de reflexión primordial a nuestro entender es que la educación se empieza en las casas como primera medida, y una vez que fracasen estos, se podrá brindar los medios necesarios para su contención y formación.

Es imprescindible poder lograr políticas públicas y programas gubernamentales de retribución social, que logren mejorar la situación del menor, ya que la edad que pretenden fijar los legisladores, no puede ser demasiado baja, y hay que desestigmatizar la cuestión de la responsabilidad penal juvenil, fijando objetivos claros y precisos, logrando que todos los menores que se encuentren en nuestro territorio nacional, tengan cumplidos todos los derechos y garantías consagrados en la normativa internacional.

Es necesario ajustar nuestro sistema penal de menores a los lineamientos internacionales, a los fines de compatibilizar la ley 22.278 con la Convención de los Derechos del Niño, respetuoso de los derechos humanos fundamentales, y amoldarse a los nuevos lineamientos políticos, sociales y económicos de estos tiempos.

Con la sanción de la ley 26.061 Protección integral de los Derechos del Niño en el ámbito provincial, conforma un cambio de paradigma tutelar por el de protección integral, que como se dijo antes, la ley 22.278 considera al menor como objeto de protección y no como sujetos de derechos, poniendo en evidencia una falta de respeto hacia los derechos y garantías consagrados a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.

Promoviéndose la incorporación de diferentes medidas tendientes a fomentar la dignidad personal y a fortalecer los derechos de los menores garantizándoles los mismo derechos que posee un adulto, pero a la hora de intervenir en una disidencia le es asignando la ley 22.278 a los menores de edad en conflicto con la ley penal, a pesar de la entrada en vigencia de las leyes de protección.

En definitiva, hay una completa contradicción entre la ley 22.278 con la Convención de los derechos del Niño, la ley 26.061 y otros tratados internacionales sobre la protección del niño, son leyes que se contraponen con la ley penal nacional, por un lado tenemos el instrumento internacional apropiada de los derechos humanos de la infancia que se enfrenta con la ley que no respeta los parámetros internacionales.

El interés superior es un principio fundamental en que se funda todo el régimen, que conllevaba el reconocimiento de los derechos de los niños niñas y adolescentes. La Convención de los Derechos Del Niño, establece que el sistema penal debe ser coherente a los instrumentos internacionales, es decir, que los estados al ratificar la Convención deben asumir y respetar una serie de obligaciones internacionales, cuyo incumplimiento implicaría sanciones.

Recomienda a su vez, que establecer la edad mínima para perseguir penalmente a los menores debiéndose respetar las garantías y los derechos consagrados, el debido proceso, los derechos de defensa jurídica, el principio de legalidad, juez natural e imparcial, así como también las normas internacionales de los derechos humanos, estableciendo que el sistema

penal que intervenga en aquellos delitos cometidos por personas menores de edad, deben ser sometidos bajo un tratamiento diferenciado especializado. Es decir, que las autoridades que intervengan en un procedimiento, deben estar capacitados, reconociéndoles a los menores el derecho de ser oído, a que se respete su dignidad, su identidad, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en cualquier proceso en que intervenga un menor, de edad condicionándoles en el mismo marco legal, la protección integral.

Otra de las cuestiones debatidas, que se explicó con anterioridad, es que en las normas internacionales, nadie puede ser privado de su libertad antes de ser condenado por haber cometido un delito, debiéndose saber que en dicha normativa, no está prohibido en términos absolutos la privación de la libertad, cuya contradicción con el articulado internacional está la ley penal 22.278, que estipula en su artículo 3º la obligada custodia del juez, cuya disposición determinara que aun cuando no exista delito, tiene la posibilidad de ordenar medidas sancionatorias injustificables a nuestro parecer.

El juez debe respetar los estándares internacionales, que al momento de intervenir en un hecho cometido por menores de edad, debe resolver conforme a derecho, eligiendo las medidas más adecuadas, siguiendo el principio de mínima intervención. Así mismo, lo establece el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño, donde reza que se prohíbe la aplicación de penas sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad, como también se prohíbe que sean sometidos a tratos crueles degradantes inhumanos ni ser privados de su libertad ilegal o arbitraria.

La convención al adquirir rango constitucional, debe aplicar en forma directa, respetándose los lineamientos de la normativa internacional, debiéndose rechazar todo tipo de injerencias que pretendan ser contrarios a las leyes fundamentales. La ley 26.061 no regula las conductas contrarias al derecho penal sino que garantiza el ejercicio y el disfrute pleno efectivo de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales, cuya incorporación a nuestro sistema se logra resguardar y proteger al menor garantizándoles los mismo derechos y garantías que posee un adulto.

La realidad que nos compete como sociedad, impone la necesidad de impulsar un proceso de transformación del actual régimen penal, de manera tal, que sea acorde a los tratados

internacionales y a nuestra Constitución Nacional, avanzando a la transformación de un adecuado régimen penal minoril respetuoso de los derechos consagrados.

La actuación de los niños en los procesos penales como sujetos de derechos, no se encuentra amparados y protegidos como ya dijimos en la ley penal y que se contraponen con los parámetros internacionales adquiridos por nuestra Constitución. Se puede apreciar las deficiencias entre ambos ordenamientos jurídicos, en donde se puede apreciar que, los menores se encuentran en una situación mucho más gravosa que los mayores sometidos a un proceso penal.

La Convención de los Derechos del Niño en la aplicación de prisión privativa de la libertad, como se dijo no está prohibida en términos absolutos, pero la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, condeno al Estado Argentino por las deficiencias en la aplicación de la ley 22.278, por emplear penas de prisión perpetuas a cinco menores de edad que cometieron delitos cuando estos todavía no habían cumplido la mayoría de edad, de 18 años, siendo procesados y condenados como si fueran adultos por distintos tribunales.

Es una transgresión a la norma fundamental, que afectan a los derechos elementales y a las garantías, otorgadas por los tratados internacionales. Que si bien es cierto, que el estado en su poder punitivo como organismo judicial interventor, debe evaluar diferentes elementos que hacen al hecho investigado y sus variantes. Estos, de alguna manera incumplieron con las recomendaciones dadas por la norma internacional en el informe 172/10, aplicando un tratamiento igualitario sobre los menores de edad que al igual que a los mayores, siendo considerado a nuestro entender incompatible con las obligaciones estatales.

La corte Interamericana de los Derechos Humanos responsabilizo a la República Argentina, por imponer penas sobre menores de edad, pasando por alto otras alternativas posibles a aplicar, dicho de otra manera, utilizando otras medidas tendientes a evitar la pena privativa de la libertad.

En el caso “Mendoza y otros vs Argentina”, el estado argentino estuvo sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por haber impuesto penas privativas de la libertad en 5 casos resonantes e importante a Lucas Matías Mendoza, Cesar Mendoza, Claudio David Núñez, Ricardo Videla Fernández y a Saúl Cristian Roldan Cajal.

Que consecuentemente, se instó al país a que se adecue el actual Régimen Penal de Menores a los estándares internacionales, garantizando los derechos y garantías reconocidos en el artículo 75 inc.22 de la Constitución Nacional y anular, y a revisar las condenas que pasan sobre los menores sometidos al proceso penal. Se interpusieron diferentes vías recursivas en defensa de los imputados, responsabilizando por las condiciones de detención al estado.

En este fallo, se declaró al estado responsable por el delito de violación de:

- Los derechos a la integridad personal, limitando al ejercicio de cualquier derecho, sin tener en consideración el interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a la satisfacción de sus derechos.
- El derecho a la protección, y la libertad personal y las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana.
- Se incumplió de llevar a cabo en adoptar otras disposiciones de derecho interno con la posibilidad de imponer sanciones a los menores acordes a los estatutos internacionales y no sanciones penales que se les aplican a los adultos como la pena privativa de la libertad.
- Se aplicó tratos crueles e inhumanos en perjuicio de los acusados, violando los derechos reconocidos, que frente a tal situación, el Estado como garante de la salud no brindó una adecuada atención médica a Lucas Matías Mendoza. Considerándolo como responsable en la pérdida la visión por falta de un adecuado control médico, en salvaguardar la salud del interno con privación de la libertad.
- La Corte ha establecido que el Estado Argentino es responsable por la muerte de Ricardo David Videla Fernández, quien estando a cuidado de los funcionarios judiciales y privado de su libertad estos no pudieron velar por la vida y la integridad personal de Ricardo Videla.

Por demás, queda más que claro, que el actual régimen ha sido en reiteradas ocasiones muy debatida, generando incongruencias en su contenido, con cuestionamientos vagos y desacuerdos formulados en cuanto a la aplicación de penas a los menores de edad.

El régimen de Responsabilidad Penal de Menores debe seguir una serie de lineamientos estructurales de manera tal, se garanticen a los menores de edad la protección integral. Hay que desarrollar políticas de protección de los derechos del niño, respetuoso de los estándares internacionales y constitucionales, en conflictos con las leyes penales, en los cuales intervengan menores de edad, con el acompañamiento sistémico de diferentes dispositivos y con una adecuada supervisión por aquellos profesionales intervinientes en cada hecho en particular, evaluando las circunstancias en cada caso, sobre las condiciones que llevo al menor de edad a realizar una conducta delictiva, o cuales serían las razones sociales, brindándoles nuevas chances de poder cambiar sus conductas infractoras de delito. Y con ayuda del estado, a los fines de su reinserción a la sociedad, respetando los derechos de las demás personas.

Además se debe ajustar el régimen a los estándares internacionales, en la sentencia en materia de justicia penal juvenil, cuya aplicación se encuentra por vías opuestas al resto de la legislación, vulnerando el interés superior del menor, de manera tal que operan de manera en un sentido retributivo, cuya finalidad de la reinserción del niño se encuentra truncada.

La aplicación de la penas privativas de la libertad, debe ser la última alternativa a adoptar por parte de los magistrados y así lo dice la Convención, que por hechos cometidos por menores, la sanción de privarlos de su libertad debe ser la última de la decisiones, debiéndose explorar otras alternativas posibles a aplicar y por el menor tiempo posible. Nadie puede ser privado de su libertad antes de ser condenado por haber cometido un delito, siendo ilegal la detención arbitraria e ilegal de un adolescente.

Se deben crear bases de un nuevo sistema que respete los tratados internacionales, realizando las correspondientes correcciones al actual Régimen Penal de menores, con objetivos de política de justicia, para la prevención como su debida regulación, en el sentido de la racionalidad del porque el menor delinquirió y bajo la proporcionalidad de la pena que tiene que guardar estrecha relación con el hecho cometido.

En los casos, en los cuales el menor de edad haya cometido homicidio, arruinando la vida de familias, nada justifica que estén sometidos a penas que en realidad les son aplicadas a los adultos. Tiene que haber un sistema adecuado que permita reinsertarse en la sociedad, atendiendo las necesidades de cada niño, niña o adolescentes. Es importante que estén alejados de las cárceles, como ya se dijo separados de la de los adultos, a los fines de fortalecer la conciencia hacia su formación profesional, de manera tal que la medida a cumplir puedan ser llevadas a cabo en establecimientos especializados.

Hay que diseñar normas que intente, un funcionamiento acorde a la protección integral del menor de edad, brindando asistencia adecuada, detectando y diferenciando cuales son los menores que necesitan ayuda estatal sometidos a riesgos sociales de aquellos que infringen la ley.

Refiriéndonos al caso, la responsabilidad penal del estado en la aplicación de penas y reclusión privativas de la libertad a menores de edad está dada, por falta de un tratamiento adecuado a un interno y por falta de una investigación acorde y sanciones a los responsables a un acto de tortura. Se debe asegurar que la aplicación de la pena no entre en conflicto con el nuevo orden establecido. Se violó el art. 7.3 de la Convención Americana de los 5 imputados al imponerles penas de prisión aun siendo menores. El tribunal considera que la prisión y reclusión no cumple con la reinserción e reintegración social del menor, de manera tal, que lo que provoca es el aislamiento de los menores en la sociedad, anulándose todo tipo de oportunidades.

Se entiende que frente a tal la situación con personas menores, estos sean niños, niñas, o adolescentes, se debe asumir una posición de responsabilidad y cuidados orientados a la protección integral permitiéndoles prevenir situaciones de vulnerabilidad.

Se deben evaluar como ya se dijo cada caso en particular, efectivizando el cumplimiento de sus derechos y garantías elementales, con la idea de impulsar una transformación de políticas de integración sobre el régimen penal actual, que se respeten los derechos humanos, que sean consecuencias jurídicas proporcionadas, que no se priven a los menores de otros derechos que no sean los que ya están restringidos por la sanción impuesta, fomentando la dignidad de cada menor, con instrumentos institucionales que permita cumplirlos con supervisión dependiendo de las comunidades en donde se encuentren.

Sera necesario tener en cuenta, las diferentes cuestiones geográficas y sociales, las instituciones de asistencia y de las diferentes agrupaciones sociales, proveyéndoles a los menores marginados ayuda, como ejecutar programas, planes sociales, en buscar alternativas tendientes a evitar la separación del menor de su familia de origen, tutor etc., con la finalidad de prevenir, proteger y asistir al menor.

En consecuencia, el joven en conflicto con la ley penal, como sujeto pleno de derechos, es responsable de sus acciones, cuyo fin se le deben aplicar alternativas de conciencia constructiva, para encaminarlo y estimularlo a llevar a cabo un proyecto de vida encaminado respetando el derecho de terceros. En las Directrices de Riad, se establece que ningún acto que no constituya delitos no es sancionable cuando es cometido por un adulto, a diferencia que si es cometido por un adolescente este es punible y es considerado delito.

Como se observa el Régimen Penal de Minoridad, fue evaluado en el presente trabajo de investigación, afirmando en la hipótesis planteada, que la normativa penal no se encuentra bajo los estándares internacionales, que no protegen el interés superior del niño y que no se salvaguarda los derechos y las garantías sustanciales y procesales. El legislador en la normativa penal, la ley 22.278 no ha adecuado sus normas internas al derecho internacional, por lo que la normativa penal de menores no soluciona las problemáticas que la sociedad imperante que atraviesa en estos tiempos, debiéndose adecuar el Régimen Penal de Menores a la Convencion.

Es indispensable que la ley en cuestión, pueda satisfacer las necesidades que la sociedad actual impone como estado de derecho, pasando ya más de 30 años, de la entrada en vigencia del Régimen Penal de Menores. Por ello, se confirma que hay que plantear objetivos claros y precisos a los fines de regular la responsabilidad penal juvenil coherente con el resto de la legislación nacional e internacional. Que se puedan evaluar y supervisar de manera periódica la situación de cada menor ya sea en las casas, escuelas, abarcando cada aspecto de su vida, debiéndose considerar que la niñez y la adolescencia tienen que llevar un tratamiento diferenciado del resto de la legislación penal aplicada para los adultos, requiriéndose una Justicia Penal Juvenil especializada, que aplique en forma adecuada las normas contenidas en la Convencion de los Derechos de Niño.

Listado de Bibliografía

Doctrina

Bibliografía

(CN. Crim. y Corr. Fed.. 2006).

(s.f.).

Shelton, D., Orozco Henríquez, J. d., Escobar Gil, R., Pinheiro, P. S., González, F., Mejía Guerrero, L. P., & Guillén, M. S. (13 de 07 de 2011). *JUSTICIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS DE LAS AMERICAS*. Recuperado el 26 de 07 de 2018, de <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>

(2011). Obtenido de Comisión Interamericana de Derechos Humanos :
<http://www.cidh.org/countryrep/justiciajuvenil2011sp/jjindice.sp.htm>

Adolescentes en el sistema penal. (2008).

Aguada, E. Y., & Martinez, M. B. (2014). *RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL*. Obtenido de Facultad de Derecho: www.derecho.unc.edu.ar

Aguirre Guarrochena, M. D. (2017). *Justicia Penal Juvenil*. Rosario Santa Fe: Juris.

Antecedentes históricos de la ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. (06 de 12 de 2006). Recuperado el 26 de 07 de 2018, de <https://casacidn.org.ar/article/antecedentes-historicos-de-la-ley-de-proteccion-in/>

Boletín Jurisprudencia. (07 de 2018). Recuperado el 14 de 10 de 2018, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/miscelaneas46815.pdf>

Bruno, R. C. (25 de 08 de 2015). *Tras un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil para la Provincia de Río Negro: compromiso legal e imperativo convencional*. Recuperado el 26 de 07 de 2018, de <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/especiales/item/545-responsabilidad>

Celeste, L. M. (2014). Justicia Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires. *Revista Anales de la Facultad de Ciencia Jurídicas Y sociales U.N.L.P.*, 148.

Centro de Información Judicial. (21 de agosto de 2012). Obtenido de <http://cij.gov.ar/nota-9670-La-C-mara-de-Casaci-n-Penal-declar--la-inconstitucionalidad-de-la-pena-de-prisi-n-perpetua-a-menores.html>

- Contrera, L. (2015). *Interes Superior del Niño*. Obtenido de www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (s.f.). Recuperado el 22 de 03 de 2019, de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=388
- Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas*. (24 de mayo de 2004). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/mendoza_otros/esap.pdf
- García, S. C. (2009). *La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia*. Revista IIDH. Recuperado el 15 de 10 de 2018, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3643803>
- Giacoaia, M. (11 de 11 de 2015). *JUSTICIA PENAL JUVENIL ESPECIALIZADA*. Recuperado el 04 de 10 de 2018, de editorial.jusbairees.gob.ar/libro/descargar/75/pdf
- Gonzalez Del Solar, J. (2013). *Prteccion Integral de los derechos de los niños y adolescentes*. Cordoba: Mediterranea.
- Hugo, P. W. (2014). *SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL- JURISPRUDENCIA LOCAL; PROVINCIAL; NACIONAL; CORTE IDH*. Recuperado el 10 de 10 de 2018, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38344.pdf>
- Humanos, C. I. (s.f.). *Ficha Técnica: Mendoza y otros Vs. Argentina*. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=388
- Infobae.com*. (21 de agosto de 2012). Obtenido de <https://www.infobae.com/2012/08/21/666005-declaran-la-inconstitucionalidad-la-prision-perpetua-menores/>
- Insulza, J. M. (2013). *INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES*.
- JAVIER, C. B. (2008). *DE LA DOCTRINA DE LA SITUACION IRREGULAR A LA DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL*. Recuperado el 25 de 07 de 2018, de <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>
- JUSTICIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS*. (s.f.). Recuperado el 26 de 07 de 2018, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/01/doctrina44790.pdf>
- Michellini, M. M. (s.f.). *Algunas consideraciones en torno al actual regimen penal de menores*.

- Novella, S. L. (12 de 2010). *ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS Y NUEVOS DESARROLLOS*. Recuperado el 26 de 07 de 2017, de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16862010000100074
- Pierrestiegui, W. H. (s.f.). *Sistema Penal Juvenil*. Obtenido de <https://kipdf.com>
- Rinaldoni, M. C. (2012). IMPUTABILIDAD PENAL. *Revista IN IURE*, 116.
- Rodríguez, J. A. (s.f.). *El RÉGIMEN PENAL de MINORIDAD y los DISPOSITIVOS PENALES JUVENILES*. Recuperado el 26 de 07 de 2018, de www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina41944.pdf
- Rojas Busellato, D. G. (2017). *Inseguridad y Baja de la Edad de Imputabilidad como una posible solución*. Recuperado el 1 de 11 de 2018
- Silvia, G. (2011). El Regimen penal de minoridad, ley 22.278/80 y las pretensiones de reforma legislativa. En G. Silvia, *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales Orales de Menores* (pág. 168). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ungaro, B. (2008). *Procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil*. Buenos Aires: Cathedra Juridica.
- XXXII., N. 2. (s.f.). *Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/*. Recuperado el 03 de 11 de 2018, de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=462754>
- Zurzolo Suarez, S. (2014). *DOSSIER: Regimen Penal de la Minoridad*. Buenos Aires: Infojus. Recuperado el 1 de 11 de 2018, de www.pensamientopenal.com.ar

Legislación

- * Código Penal
- * Ley Régimen Penal de Minoridad N° 22278
- * Ley N° 26061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y adolescentes.
- * Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- * Corte Interamericana de los Derechos Humanos.
- * Reglas de Beijing de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- * Ley N° 13.268.
- * Convencion Americana de los Derechos Humanos

Jurisprudencia

- * Sala I de Excma. Cámara Penal del Departamento Judicial de Bahía Blanca, mediante el fallo N° 107, fecha 19 de marzo de 2009 de causa nro. 7585.
- * Corte Interamericana de los Derechos Humanos caso " Bulacio, Walter c/ Argentina 18/09/2003, serie C, NRO.100, parra...135, LL, 2004-A, 684.
- * Fallo "Mendoza y otros" de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos
- * CSJN, 7/12/2005, Caso "Maldonado Daniel Enrique y otros s/ robo agravado por el uso de arma en concurso real con homicidio calificado. Recurso de hecho"
- * Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, en el caso "Famoso Elizabeth y otro".
- * Caso "Mendoza Cesar Alberto y otros s/ recurso de revisión"20346:137 (2012) César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldán y Ricardo David Videla Fernández.
- * "*in re*" F.C.,M" de Necochea Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N°1
- * "GME Y otra" Expte G. 147 XLIV 2/12/2008 Corte Suprema de Justicia de la Nación

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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

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

| | |
|--|--|
| Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i> | Ramírez González, Ana Gabriela |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 33.338.092 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | EL REGIMEN PENAL DE MINORIDAD ARGENTINO A LA VISTA DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | gabriela_ramirezgonzalez@hotmail.com |

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

| | |
|---|----|
| Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i> | SI |
| Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i> | |

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

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

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

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado