



Régimen Penal de Minoridad Argentino:
Implicancias de una Reforma en la Edad de Imputabilidad

Roberto Carlos Abraham
Universidad Siglo 21 - Abogacía

“No perdemos a nuestros niños y adolescentes en las calles, los perdemos día a día en nuestros hogares”

Anónimo.

Agradecimientos

En primer lugar a Dios por permitirme llegar a esta instancia; a mis familiares y amigos por ser motivadores constantes; a Betty, mi madre que siempre me alentó y creyó en que podía alcanzar esta meta; a Clarisa Castellanos, quien fue mi tutora en este trabajo, por su permanente predisposición para ayudarme cada vez que lo necesité; a mi esposa Marcela y mis hijos Santiago y Sol, por su permanente confianza, paciencia y acompañamiento, por creer siempre en mí y ser mis principales inspiradores de vida. A todos y cada uno de ellos mi agradecimiento.

Resumen

Nuestro régimen penal de minoridad, cuya última reforma data del año 1983, establece un mínimo de 16 años edad respecto de la responsabilidad penal para aquellos menores que hayan cometido un acto determinado como ilícito por parte del ordenamiento jurídico.

Mediante el presente trabajo se pretende determinar si esta posible disminución de la edad de imputabilidad puede ser considerada inconstitucional o no, es decir si es contraria o no a lo que establece nuestra Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales sobre Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con jerarquía Constitucional, y por otro lado reflexionar acerca de si esta medida es suficiente en sí misma para desalentar y disminuir la delincuencia juvenil.

Disminuir la edad de imputabilidad como medida para frenar la delincuencia juvenil se plantea hoy como un debate, no solo en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el ámbito social.

Palabras claves: responsabilidad penal, minoridad, imputabilidad, edad, delincuencia, constitucionalidad.

Abstract

Our criminal minority regime, whose latest reform dates back to 1983, establishes a minimum of 16 years of age with respect to criminal responsibility for those minors who have committed an act determined to be illegal by the legal system.

Through this work we intend to determine if this possible decrease in the age of imputability can be considered unconstitutional or not, that is, if it is contrary or not to what is established in our National Constitution and to the International Treaties on the Rights of Girls, Boys and Adolescents with Constitutional hierarchy, and on the other hand reflect on whether this measure is sufficient in itself to discourage and reduce juvenile delinquency.

Decreasing the age of imputability as a measure to curb juvenile delinquency is today raised as a debate, not only in the field of criminal law, but also in the social sphere.

Keywords: criminal responsibility, minority, imputability, age, delinquency, constitutionality.

Índice

Introducción.....	8
Capítulo I: Nuestro Régimen Penal de Minoridad.....	11
1. Breve introducción.....	12
2. Principios reguladores del derecho penal juvenil argentino.....	12
1.1 Concepto de minoridad.....	12
1.2 Concepto de imputabilidad.....	12
1.3 Doctrina del menor en situación irregular.....	13
1.4 Doctrina de la Protección Integral.....	15
3. Régimen Penal de Minoridad. Antecedentes y evolución. Situación actual.....	17
3.1 Ley N° 10.903 Ley de Patronato.....	18
3.2 Ley N° 22.278 Regimen Penal de Minoridad.....	19
3.3 Ley N° 26.061 Ley de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes	20
3.4 Consideraciones finales.....	21
Capítulo II: Finalidad de la pena.....	23
1. Breve introducción.....	24
2. La pena: Concepto y evolución de las penas.....	24
3. Teorías tradicionales sobre los fines de la pena.....	26
3.2. Teorías absolutas.....	26
3.3. Teorías relativas de la prevención especial.....	27
3.4. Teorías relativas de la prevención general.....	29
3.5. Teorías mixtas.....	30
3.6. Consideraciones finales.....	31
Capítulo III: Disminución de la edad de imputabilidad.....	33
1. Breve Introducción.....	34
2. Convención sobre los Derechos del Niño.....	34
3. Nuestra Constitución Nacional.....	36
4. Reglas de Beijing.....	37

5.	Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.....	39
6.	Análisis de la Observación General N° 10 del Comité.....	39
7.	Consideraciones finales.....	40
Capítulo IV: Derecho Comparado.....		41
1.	Introducción.....	42
2.	Régimen penal juvenil de los países limítrofes.....	42
2.2.	Régimen Penal Juvenil de Paraguay.....	42
2.3.	Régimen Penal Juvenil de Chile.....	44
2.4.	Régimen Penal Juvenil de Uruguay.....	45
2.5.	Régimen Penal Juvenil de Brasil.....	47
2.6.	Régimen Penal Juvenil de Bolivia.....	48
2.7.	Consideraciones finales.....	50
Conclusiones Finales		51
1.	Confirmando o descartando la hipótesis de trabajo.....	52
Referencias bibliográficas.....		55
1.	Doctrina.....	55
2.	Legislación Internacional.....	57
3.	Legislación Nacional.....	58
4.	Jurisprudencia.....	58

Introducción

Vivimos tiempos en los cuales hay un incremento significativo de la delincuencia, de la inseguridad, tiempos en donde se producen hechos delictivos con un alto grado de violencia y nuestros jóvenes y adolescentes no escapan a ello. La delincuencia juvenil es una problemática que genera diferentes reacciones y opiniones en el mundo del Derecho como así también en la sociedad. Los pedidos por una baja en la edad de imputabilidad y por el endurecimiento de las penas para los jóvenes delincuentes son una constante en nuestros días. Por otro lado, también existe desconfianza y descrédito de los mecanismos de reacción Estatal debido a la falta de racionalidad de las sanciones y el incumplimiento, en muchos casos, de las penas impuestas desde el Estado.

En el ámbito jurídico uno de los principales interrogantes que se plantea es acerca de la constitucionalidad o, para ser más precisos, de la inconstitucionalidad que podría significar disminuir la edad mínima de responsabilidad penal y, si con esta decisión, se estarían vulnerando derechos y garantías constitucionales y de tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Cuando hablamos de imputabilidad nos referimos al conjunto de condiciones determinadas por la madurez psíquica y la salud mental de un sujeto, condiciones que le permiten a este representarse su deber jurídico y obrar conforme a dicha representación. Dicho de otra manera, es la edad en la que se presume que las personas tienen suficiente capacidad para entender el sentido de sus actos, discerniendo y diferenciando aquello que está bien de lo que está mal, actuar en consecuencia y responder por sus actos.

El Régimen Penal de Minoridad de Argentina, Ley N° 22.803¹ promulgada en el año 1983, establece en su artículo primero que “...no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad...”. Nuestro Derecho entiende que los menores de 16 años, por su inmadurez, no pueden comprender la criminalidad de sus actos, motivo por el cual los mantiene al margen de la ley penal, lo cual de ningún modo implica no tomar medidas al respecto por parte de organismos estatales y poner en revisión si es esta la edad correcta para considerar responsable penalmente a un menor.

¹ Ley 22.803, Artículo 1°. - No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

Pensar en una revisión de la disminución de la edad de imputabilidad plantea la pregunta acerca de si es constitucionalmente posible modificar el Régimen Penal Juvenil, con el objetivo de bajar la edad a partir de la cual un menor puede ser considerado punible.

Nuestro país presenta una situación particular ya que, a pesar de haber ratificado la Convención de los Derechos del Niño, no ha modificado su derecho interno provocando la coexistencia de dos leyes que en principio pueden interpretarse como antagónicas. Por un lado, la ley 22.278² que rige el sistema penal de minoridad -dictada durante la última dictadura militar- y por otro la incorporación como ley nacional de la Convención sobre los Derechos del niño a nuestro derecho.

Es en este contexto, y ante el debate abierto en distintos sectores, en el que se discute acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disminución de la edad de imputabilidad.

Es el objetivo de este trabajo, mediante la revisión de legislación vigente en nuestro país y en el derecho internacional, dar respuesta al interrogante planteado.

Este trabajo constará de 4 capítulos, los cuales se estructurarán de la siguiente manera. En el capítulo I trataremos los conceptos centrales de minoridad, evolución del concepto de niñez como categoría social y jurídica y el paso de la doctrina de situación irregular a la doctrina de la protección integral. También en este capítulo revisaremos nuestro régimen penal de minoridad, sus antecedentes legislativos, su evolución y los principios que regulan dicha materia en nuestro país.

En el capítulo II abordaremos las diferentes posturas doctrinales respecto de la finalidad que se persigue con la sanción de la pena..

En la segunda parte, la cual incluye los capítulos III y IV, revisaremos la Legislación Nacional, Tratados Internacionales y Derecho Comparado, que versan sobre minoridad y derechos del niño, entre los cuales se encuentran la Convención de los Derechos del Niño, Reglas de Beijing, Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, Observaciones Generales a la Convención de los Derechos del Niño, con el objetivo de evaluar todos los argumentos jurídicos a favor o en contra de la disminución de la edad de imputabilidad y que, a su vez, nos permitan confirmar o descartar la hipótesis de este trabajo. En dichos capítulos

Finalmente, y habiendo recorrido acabadamente las leyes, normas y jurisprudencia antes mencionadas, se procederá a determinar si es posible modificar nuestro Régimen Penal

² Regimen Penal de Minoridad Ley N° 22.278

Juvenil sin contradecir nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, tales como la Convención de los Derechos del Niño.

CAPÍTULO I

NUESTRO RÉGIMEN PENAL DE MINORIDAD

Capítulo I - Nuestro régimen penal de minoridad.

Principios reguladores del derecho penal juvenil argentino: Concepto de Minoridad. Concepto de Imputabilidad. Doctrina de la situación irregular. Doctrina de la protección integral. Régimen penal de minoridad argentino. Antecedentes. Evolución. Ley de Patronato de Menores - N° 10.903 -. Régimen penal de minoridad – Ley N° 22.278 y Ley N° 22.803-. Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes. Consideraciones finales.

Breve introducción.

En este capítulo abordaremos de manera breve los conceptos de minoridad e imputabilidad; haremos un recorrido de las doctrinas de la situación irregular y de la protección integral. Estas doctrinas buscan explicar cuál es la mirada y el rol que se tiene hacia el menor por parte del Estado.

En la segunda parte del capítulo revisaremos la evolución histórica que tuvo nuestro país en materia de minoridad, comenzando por la primera ley dictada en el siglo pasado para finalizar con las normas que regulan el derecho juvenil actualmente.

Minoridad. Imputabilidad.

La minoridad en materia jurídica es la condición en la que se hayan las personas frente a la justicia y según la cual la ley entiende que aún no cuentan con la edad suficiente para ejercer ciertos actos de la vida civil o para ser penalmente responsables. En materia civil los menores son plenamente capaces de derecho, es decir que a pesar de su condición de menores la ley no limita ni restringe sus derechos, sino que establece algunas limitaciones y prohibiciones en cuanto a su capacidad de hecho, es decir que la ley entiende que hay determinados actos de la vida civil que el menor no puede realizar debido a su inexperiencia o su inmadurez.

En materia penal -que es pues el aspecto sobre el cual nos interesa profundizar este concepto a los fines de poder entender y explicar lo que establece nuestro régimen penal juvenil- nuestro ordenamiento jurídico fija que es menor aquella persona que no ha cumplido la edad de 16 años, entendiendo con ello que, si bien son responsables por los actos delictivos que cometan, no se les puede aplicar pena sino más bien una sanción por el hecho contrario a ley que haya cometido el menor.

En cambio, cuando hablamos de imputabilidad estamos refiriéndonos a la capacidad de una persona para ser alcanzada por la aplicación del derecho penal por la comisión de un delito. Esto quiere decir que hay un mínimo de edad que la ley considera necesaria para juzgar penalmente a una persona. Si bien las diferentes legislaciones a nivel mundial parten de una concepción en la cual hay una diferenciación en el tratamiento penal del menor, no todas coinciden en una única edad a partir de la cual debería considerárselos responsables penalmente. Tal es el caso por ejemplo de Brasil y Uruguay los cuales fijan los 18 años como la edad a partir de la cual se es considerado imputable, mientras que Chile establece los 14 años y nuestro país los 16 años. Por debajo de esas edades, los menores que infringen la ley quedan sujetos al control de su familia o de las instituciones civiles de protección, mientras que las personas mayores pasan a ser juzgadas y sentenciadas de conformidad con los Códigos Penales³ (UNICEF). Al respecto esta organización establece que, por su condición de persona en desarrollo, la situación de los adolescentes que cometen delitos requiere por parte del Estado un sistema de justicia distinto al de los adultos.

Doctrina de la situación irregular.

El Instituto Interamericano del Niño define la situación irregular como "aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandonado material o moralmente o si padece de un déficit físico o mental".⁴ (Instituto Interamericano del Niño, 1973)

Desde el año 1899, cuando se crea el primer juzgado de menores en Chicago, Illinois, en los Estados Unidos, comienza a gestarse y a desarrollarse un modelo en materia de minoridad el cual se expandió por gran parte de América Latina dando lugar a la doctrina conocida como la doctrina de la situación irregular. En sus inicios estos tribunales de menores infractores o en situación de abandono tuvieron una fuerte influencia del positivismo criminológico. Para esta escuela positivista la prevención de la delincuencia era de suma importancia, pero no cualquier prevención sino una especial, diferenciada para cada individuo y cuya eficacia radicaba en que el delincuente no volviera a reincidir. La delincuencia se combatía principalmente atacando los factores que, desde esta perspectiva, influían en la formación del delincuente.

³ UNICEF – “Glosario para el correcto tratamiento de la información sobre infancia y adolescencia”, 2006.

⁴ Instituto Interamericano del Niño.

Para el positivismo criminológico el delincuente está predeterminado por su entorno, por causas ambientales o bien por causas familiares. Ellos entendían que también las anormalidades físicas o psíquicas eran factores que propiciaban la delincuencia y que no existía un verdadero libre albedrío por parte del delincuente, sino que estos se encontraban influenciados por factores endógenos y exógenos, propios de cada individuo, que lo predisponen en mayor o menor medida hacia la delincuencia según afirma E. Ferri (1917)⁵.

Con estos antecedentes del “Derecho de minoridad” proveniente de esta escuela y de los Tribunales de Menores de Estados Unidos, se incorpora en nuestro país el denominado complejo tutelar, el cual puede observarse desde el inicio, desde los orígenes de nuestra legislación en materia juvenil. Desde la creación de la Ley de Patronato de Menores en el año 1919, hasta el régimen penal de minoridad del año 1980, nuestras leyes se caracterizaron por ser de origen tutelar, proteccionista y alineadas con la doctrina de la situación irregular. Según García Méndez (1994)⁶ esta doctrina obedece a la ideología de represión-compasión, mediante la cual niños, niñas y adolescentes infractores de la ley penal o bien víctimas de delitos que se encontraban en situación de abandonado, menores que habían sufrido abusos y/o maltratos, eran considerados como objetos de Derechos. En consonancia con la opinión de este autor, Alessandro Baratta (1995)⁷ afirma al respecto lo siguiente:

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 proyectiva-punitiva, en realidad muy discriminante para el menor al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. (p.74)

Esta doctrina, la cual le otorgó un marco jurídico a la situación de peligrosidad que estos menores representaban, tenía como premisa la protección del niño y su reeducación, y era el Estado mediante un rol asistencialista quien debía determinar cuál sería la situación del menor mediante la decisión de un juez que entendía exclusivamente en materia de minoridad. Según esta concepción eran equiparables los menores infractores de la ley penal, menores que cometían delitos, con aquellos menores que se encontraban en situación de peligro moral o material, ya que a ambos se los privaba de libertad si el Juez que intervenía en el proceso así

⁵ Ferri, Enrico. “Sociología Criminal”, 1917.

⁶ García Méndez, Emilio – “Derecho de la infancia/adolescencia en América latina: De la situación irregular a la protección integral”, 1994.

⁷ Baratta, A. La Niñez y la Adolescencia en conflicto con la ley penal: “El nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad. Elemento de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia”, (1995, pág. 74).

lo entendía. Precisamente es la labor discrecional del Juez otro de los puntos que caracterizan a esta doctrina. Esta labor discrecional implicaba que el juez podía, según su criterio y de acuerdo con la situación del menor, establecer diferentes medidas tutelares o de protección.

Otra nota característica de esta doctrina es que además de que no existían contradictorios en la labor del juez, en este se concentraban las decisiones en materia de políticas públicas sociales y de protección como las de orden penal tal como lo expresa De La Torre (2013, pág. 13)⁸.

En una misma línea, el art. N° 2 de la Ley 22.278⁹ establece que “*la autoridad judicial lo someterá al debido proceso y deberá disponerlo provisionalmente*”. A su vez el artículo tercero de esta ley establece cuales son las medidas que podrá tomar el juez para disponer según corresponda, medidas que refieren a la obligada custodia y guarda del menor como así también la restricción del ejercicio de la patria potestad y tutela.

Estas medidas tutelares a las que hace referencia este artículo, son medidas que podían ir desde la asignación de una familia sustituta para el menor en situación irregular hasta el envío de este a hogares de semi-libertad, medidas aplicables por el Juez toda vez que él considerara que el menor se encontrara en estado de abandono o en situación de peligro moral o material, o bien cuando haya cometido algún acto delictivo, es decir cuando haya actuado como sujeto activo de un hecho prohibido por el ordenamiento jurídico o bien cuando haya sido víctima de un delito.

A su vez, y siguiendo en esta labor discrecional y dispositiva del Juez de menores, no son de menor relevancia los incisos 2 y 3 del artículo tercero de la Ley 22.278, ya que, de acuerdo con ellos, y en consonancia con lo mencionado en el párrafo anterior, la justicia puede determinar según la situación, una restricción de la patria potestad de los padres, como así también puede relevar a ellos de la guarda del menor si el Juez así lo entendiera conveniente.

Doctrina de la protección integral.

Este sistema denominado de la situación irregular comienza a ser cuestionado en los Estados Unidos en los años 60` y una de las situaciones que potenció este proceso de crisis fue el caso de Gerry Gault, caso emblemático en materia de minoridad y que tomó relevancia

⁸ De la Torre, Esteban. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes “Boletín 14”, 2013.

⁹ LEY N° 22.278, Régimen Penal de la Minoridad, artículo 2°.

y notoriedad por lo excesivo de la sanción aplicada en comparación a la pena que se hubiera aplicado si el hecho hubiera sido cometido por un adulto.

En el año 1964 Gerry Gault, quien en ese momento tenía 15 años de edad, fue acusado de realizar llamadas indecentes a una vecina. Esto generó una investigación por parte de la policía del condado y la posterior detención del menor, situación que no se les informó a sus padres. A Gault se le aplicó como sanción por el hecho cometido la internación en un establecimiento correccional hasta que cumpliera la edad de 21 años. Si un adulto hubiera cometido un hecho similar habría sido condenado con una multa de U\$S 50 o bien dos meses de prisión¹⁰. Claramente surge de la sanción aplicada a Gault que este sistema tutelar lejos de buscar la corrección y la reeducación del menor buscaba un castigo ejemplificativo.

Con este caso como uno de los principales antecedentes de cuestionamiento hacia el modelo tutelar, comienza a gestarse una nueva forma de concebir al menor en materia jurídica. Es en los años 80 que comienza a producirse un cambio radical en materia legislativa sobre infancia, generándose un nuevo paradigma en relación con los derechos de los niños y una nueva forma de verlos. En noviembre del año 1989 nace, con carácter vinculante, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y con ella, puede decirse, comienza una nueva etapa en materia de Derecho Penal Juvenil ya que se abandona la concepción del menor en situación irregular para pasar a una nueva doctrina, la cual se conoce como la doctrina de la protección integral.

A partir de allí se cancelará la imagen del menor como objeto de la compasión-represión estatal, convirtiéndolo en el “niño - adolescente” sujeto pleno de derechos. Este proceso que se inicia en nuestro país en la década del '90 con la aprobación de la Ley N° 23.849 – Convención de los Derechos del Niño -, revolucionó la forma de producción de las leyes. Poco a poco todos los países abandonan la vieja legislación tutelar e incorporan a su derecho interno los preceptos de este nuevo documento internacional. A su vez con la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994, se le otorga a este tratado internacional sobre derechos del niño jerarquía constitucional, específicamente establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina.

Otro hito importante en materia penal juvenil que se aconteció en nuestro país, y que refuerza el concepto del niño sujeto de derechos, es el ocurrido en el año 2005 con la promulgación de la Ley N° 26.061¹¹ de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas,

¹⁰ Estrada, Francisco. “40 años del caso Gault”, (2007)

¹¹ Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Ley N° 26.071

Niños y Adolescentes”. Esta ley también tiene como una de sus principales características que deroga la ley N° 10.903¹², Ley de Patronato de Menores del año 1919.

Régimen penal de minoridad argentino: antecedentes, evolución.

Si bien se conoce la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo en los pueblos Mayas, Incas y Aztecas (Seoane, 2010)¹³ no se tiene conocimiento cierto de que existiese una regulación especial para delitos cometidos por niños y adolescentes. En América comienza a tomar relevancia esta problemática a comienzos del siglo XX, y es allí donde empieza a ser incorporada en materia legislativa la situación de los menores que cometían delitos.

No fue sino a partir de la década del 20 que en Latinoamérica se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones. Por ejemplo, Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60 podemos afirmar que el derecho de menores se desarrolló intensamente, en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas. En la década de los 60, con excepción de Panamá que promulgó su primera ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979. En todo este período, se caracteriza el derecho penal de menores con una ideología defensiva de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales (Seoane, 2010).¹⁴

¹² Ley de Patronato de Menores, Ley N° 10.903

¹³ Seoane, Natalia Lorena - Seminario sobre aportes técnicos teóricos recientes "Baja de edad de Imputabilidad", 2010.

¹⁴ Seoane, Natalia Lorena - Seminario sobre aportes técnicos teóricos recientes "Baja de edad de Imputabilidad", 2010.

Ley N° 10.903 - Ley de Patronato de Menores.

En nuestro país comienza a regir en el año 1919 la Ley de Patronato de Menores – Ley n° 10.903 - publicada por el B.O. el 27 de octubre de 1919, siendo esta una de las primeras legislaciones conocidas en el continente que versaba sobre régimen penal juvenil. Dicha ley se caracterizaba por ser de carácter proteccionista, basada en la doctrina de la situación irregular del menor, tal como surge de la primera parte del art. 14 de la Ley 10903¹⁵:

Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la Capital de la República y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del Menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor. (p.2)

Según se desprende del artículo antes citado, esta ley no solo alcanzaba a aquellos menores cuyas conductas estaban prohibidas por el ordenamiento jurídico, menores infractores de la ley penal, sino también a aquellos menores que eran víctimas de los delitos y que se encontraran material o moralmente abandonados. También se advierte que este era un proceso de corte inquisitivo ya que el juez era, al mismo tiempo, órgano de acusación y de resolución.

Otra característica de esta ley, en la cual el Estado tomaba un rol paternalista hacia el menor en conflicto con la ley penal, era el escaso margen que dejaba para la actividad recursiva, acotada a tan solo la posibilidad de solicitar una revocatoria por parte de los padres o tutores del niño ante resoluciones definitivas dispuestas por los jueces, de acuerdo con lo expresado por el artículo 19 de la Ley Agote.

Entre los antecedentes que sirvieron como referencia e inspiración para la creación de este estatuto podemos citar a los Tribunales de Menores de Illinois (1989), los Tribunales de Denver (1899) y Filadelfia (1901).

Uno de los principales motivos que impulsó la propuesta de esta ley por parte del Dr. Luis Agote fue el hecho de que, en ese momento, en el país se contabilizaban alrededor de 10 mil niños en situación de abandono, que en palabras del propio Agote (1919, pág. 686)¹⁶ “son niños que, abandonados moral y materialmente caen en la vagancia y después en el crimen”.

¹⁵ Ley de Patronato de Menores, Ley N° 10.903, Art. 14. (texto conforme decreto-ley 5286/57), pág. 2.

¹⁶ Agote, Luis. Sesión de la Honorable Cámara de Diputados del 28 de agosto de 1919- 1919:686.

Para Mary Bellof ¹⁷ (2006) estas leyes consideraban al menor como un objeto de protección por parte del Estado, bajo un modelo asistencialista y en el cual este asume un rol paternalista y de protección para aquellos menores que por motivo de su situación de abandono eran considerados vagabundos y socialmente peligrosos.

Posteriormente, y dentro del plano penal específico, desde 1921 y hasta mediados de la década del 60', la imputabilidad de los menores estuvo incorporada en el propio Código Penal – Art. 36 y subsiguientes -fijándose para la misma la edad de 14 años. Ello fue luego modificado por la Ley N° 21.338 del año 1976, que en sus artículos 1 al 13 disponía sobre el régimen aplicable a los menores que incurrieran en hechos que la ley calificaba como delitos (Servini de Cubría y Moras Mom, 2004).¹⁸

Esta ley establecía que no eran punibles aquellos menores que no hubieran cumplido la edad de 14 años respecto de determinados delitos, tal como expresa el texto de la mencionada ley 21.338 (1976)¹⁹ en el art. 1°, el cual establecía:

No es punible el menor que no haya cumplido catorce (14) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

Estas disposiciones fueron luego derogadas por la Ley 22.278 del año 1980, ley que fuera cuestionada por haberse gestado y aprobado bajo un gobierno no democrático, un gobierno dictatorial y en uno de los momentos más frágiles de nuestra historia como país, con una política social casi inexistente, hecho que afectaría con mayor medida a los sectores más vulnerables, como es el caso de los menores.

Ley N° 22.278 – Ley N° 22.803 Régimen Penal de Minoridad.

Tal como se menciona en el párrafo anterior, la Ley de Patronato de Menores fue derogada y reemplazada por la Ley N° 22.278, ley que enmarca el régimen penal de minoridad de nuestro país. Dicho cuerpo normativo fue sancionado el 25 de agosto de 1980 y publicado en el Boletín Oficial tres días después, la cual fijaba los 14 años como edad mínima para comenzar a considerar penalmente responsable a un menor. Esta ley, ya con el retorno de la democracia a nuestro país, fue modificada mediante la Ley N° 22.803 del año 1983, a través de la cual se introduce un cambio importante en lo que respecta a la edad de

¹⁷ Belloff, Mary, Los derechos del niño en el sistema interamericano, Ed. del Puerto, 2006, pág. 4

¹⁸ Servini de Cubría, Maria; Moras Mom, Fernando - " El Régimen de imputabilidad de los Menores", 2004.

¹⁹ LEY N° 22.278, Régimen Penal de la Minoridad, artículo 1°.

punibilidad ya que la eleva a los 16 años respecto de aquellos menores que hayan cometido algún delito de acuerdo con lo que surge de la primera parte de su artículo 1, siendo esta la normativa que permanece vigente en materia de minoridad.

Una de las principales características de este cuerpo normativo es que, si bien eleva la edad mínima de punibilidad de los menores que cometen delitos, al igual que la Ley Agote no abandona la doctrina de situación irregular. Esta ley mantiene los preceptos del modelo tutelar en el cual se considera al menor infractor de la ley penal de la misma manera que aquel que se encuentra en situación de abandono, ya sea moral o material. Este régimen sostiene su carácter paternalista, proteccionista, en donde se tiene al niño como objeto de tutela por parte del Estado y en donde el juez del proceso sigue teniendo la potestad de decidir qué hacer con el menor según su criterio y de acuerdo con cada caso en particular, tomando las medidas de seguridad que crea conveniente.

Véase que ya en esta ley no se habla de penas sino de medidas de seguridad, las cuales no solamente tienen un significado judicial sino también social ya que queda a discreción del juez, incluso, reemplazar la patria potestad y asignarle un lugar de residencia (o encierro) diferente al de su familia natural, con toda la connotación que esto puede generar en el desarrollo del menor.

Ley N° 26.061 Ley de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Esta norma fue sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada el 21 de octubre de ese mismo año. A través de su artículo 1^o²⁰ se establece el objeto de dicha normativa, el cual no es otro que el de fijar lineamientos para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, asegurando y garantizando el ejercicio y disfrute pleno de los derechos de ellos. En esta ley comienza a vislumbrarse de manera bien marcada al menor como sujeto de derecho y comienza a hablarse de un principio rector en materia de minoridad como lo es el del interés superior del niño. Tiene la particularidad también este primer artículo de habilitar a cualquier ciudadano para realizar todas aquellas medidas administrativas y judiciales con el fin de asegurar el ejercicio y goce de los derechos del niño.

²⁰ Ley N° 26.061 Ley de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. ARTÍCULO 1° — OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Otro punto de suma importancia de esta ley es que en su art. 2º²¹ establece la aplicación obligatoria en nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo acto, decisión o medida ya sea judicial o administrativa.

Tal como se puede leer en los artículos mencionados, el resto del articulado de dicha ley tiene una marcada diferenciación respecto de la legislación en materia de minoridad que existía hasta ese momento. La Ley N° 26.061 establece de manera clara y concreta los derechos y garantías de las que son titulares los menores, fijando además medidas de protección hacia la niñez y priorizando en todo momento el vínculo del menor con su familia. También mediante este cuerpo normativo se crea la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, la cual tiene entre sus principales funciones la de garantizar el funcionamiento del Consejo Federal de la Niñez, y elaborar junto a este, planes de acciones en materia de minoridad.²²

Consideraciones finales.

A modo de conclusión de este primer capítulo y luego de haber revisado y expuesto los conceptos de minoridad e imputabilidad, introduciéndonos y explicitando las principales características de las doctrinas que rigen en materia de minoridad, doctrinas que en un primer momento se basaron en el modelo de la situación irregular, siendo una característica común para los ordenamientos juveniles de América Latina producto de una fuerte influencia de los Juzgados de Menores de Illinois. Posteriormente esta mirada del menor como objeto de derecho se modificó para luego llegar a la situación actual, es decir al modelo de la protección integral el cual fue impulsado en América Latina y gran parte de los países del

²¹ Ley N° 26.061 Ley de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. ARTÍCULO 2º — APLICACIÓN OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

²² Ley N° 26.061 Ley de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. ARTICULO 44º. FUNCIONES. Son funciones de la Secretaría: a) Garantizar el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y establecer en forma conjunta, la modalidad de coordinación entre ambos organismos con el fin de establecer y articular políticas públicas integrales; b) Elaborar con la participación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en esta ley.

mundo debido al dictado de la Convención sobre los Derechos del Niño la cual, según veremos en el capítulo tercero de este trabajo, introdujo una nueva forma de considerar al niño, ya no como objeto de protección Estatal sino como sujeto poseedor de derechos y garantías.

En el presente capítulo también hicimos un breve recorrido acerca de la evolución de nuestras leyes en materia de minoridad, iniciando por nuestra primera codificación referida a ley penal juvenil, la denominada Ley de Patronato de Menores del año 1919 la cual tenía una clara tendencia hacia la doctrina de la situación irregular. Posteriormente establecimos las características de nuestro régimen penal juvenil actual regido por la Ley N° 22.278 del año 1980 que luego fue modificada por la Ley N° 20.083; por último, mencionamos la Ley N° 26.061 la cual presenta un cambio en la mirada del menor a través de la doctrina de la Protección Integral y en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien esta ley muestra una evolución en concepto de minoridad en nuestro país, creo que aun nuestro Derecho Penal Juvenil tiene grandes oportunidades de mejora en cuanto a una aplicación más integral de lo establecido por la Convención y es necesaria una revisión de nuestras leyes penales juveniles con el objetivo de que sean más acordes a los tiempos en los que vivimos.

En el próximo capítulo abordaremos el concepto de pena como sanción aplicable ante un hecho ilícito y su evolución a través del tiempo. A su vez se expondrán las diferentes teorías y posiciones respecto de la finalidad que se persigue con ella, con el objetivo no de sumar conocimiento, sino de generar reflexión respecto de qué perseguimos al pensarla como castigo para el delincuente.

CAPITULO II

FINALIDAD DE LA PENA

Capítulo II – Finalidad de la pena.

Concepto y evolución de la pena. Teorías tradicionales sobre la finalidad de la pena: teorías absolutas, teorías relativas de la prevención especial y prevención general. Teorías funcionales sobre la finalidad de la pena: teorías mixtas. Consideraciones finales.

Breve introducción.

En este capítulo expondremos el concepto de pena como sanción impuesta al autor de un hecho determinado por la ley como ilícito. A su vez abordaremos las diferentes doctrinas que tratan acerca de la pena, haciendo hincapié en la finalidad que se persigue con ella, finalidad que nos permita identificar si a través de su imposición buscamos sancionar al menor delincuente y prevenir nuevos delitos, o si tan solo buscamos la sanción como castigo sin pensar en la prevención y en la resocialización del menor criminal.

La pena: concepto y evolución.

El término pena proviene del latín “*poena*” el cual tiene un significado de dolor causado por un castigo. En sentido estrictamente jurídico puede decirse que la pena es una sanción o condena que un juez o tribunal puede imponer a un sujeto que haya cometido algún delito. En nuestro derecho las penas no son creadas por el juez para cada caso en particular, sino que son previamente creadas y establecidas por el legislador, el cual define que sanción corresponde para cada caso en donde se infrinja el ordenamiento jurídico, fijando escalas de mínimos y máximos para cada pena y sobre las cuales el juez debe decidir. Nuestra Constitución Nacional garantiza ello a través del principio de legalidad que surge del art. 18, el cual establece que “Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior del hecho del proceso...”²³. Lo que el legislador pretendió al crear este artículo, según mi entender, es asegurar la garantía procesal de no ser juzgado y sentenciado por un hecho no tipificado por la ley, ni que se asignen penas que no hayan sido establecidas previamente, evitando de esa manera caer en parcialidades generando posibles inseguridades jurídicas.

En materia de evolución la pena tuvo grandes cambios a lo largo de la historia de la humanidad. Si nos remontamos a la época antes de Cristo, prevalecía la ley del talión o también conocida en la actualidad como la ley del “ojo por ojo, diente por diente”. Esta forma

²³ Constitución Nacional Argentina, artículo N° 18.

de sancionar, de condenar, tenía la particularidad de que se le aplicaba al autor de un delito o que hubiera ocasionado un daño, la pena de sufrir el mismo daño que este provocó. Este castigo impuesto por la norma puede encuadrarse dentro de las teorías retributivas - teorías que profundizaremos en este capítulo - que algunos doctrinarios tienen respecto de la finalidad de la pena.

Como se puede observar e interpretar de lo expuesto, este sistema primitivo tenía como una de sus principales características la venganza, ya que se devolvía el daño ocasionado mediante la generación de un daño similar, incluso llegando a la muerte en algunos casos.

Con el paso del tiempo, de la codificación del derecho y de la civilización de las condenas es que se deja de aplicar esta práctica para quienes hubieren cometido algún delito, se abandona el concepto de venganza privada para pasar a un sistema a manos del Estado.

Nuestro país actualmente se enrola en una posición de humanización respecto de las condenas, postura que se refleja en el artículo²⁴ N° 18 el cual dice que “...Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos...”

En la misma línea con nuestra Constitución Nacional, el art. N° 37 de la Ley N° 23.849²⁵ estipula al respecto en sus cuatro incisos:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

Tal como surge del artículo mencionado, nuestro ordenamiento jurídico actual ofrece al igual que lo hace para los adultos, las mismas garantías para los menores que hayan perpetrado algún hecho delictivo en materia de penas y sanciones, situación que surge de la doctrina de la protección integral y la Convención de los Derechos del Niño. A su vez, en materia de minoridad es importante remarcar que existen, a decir de Gonzalo Viña (2007)²⁶, dos grupos principales en cuanto a la manera de concebir a la pena. Por un lado, según explica este autor, existen los que definen a la pena como una medida socioeducativa, y en

²⁴ Constitución Nacional Argentina. Art. N° 18.

²⁵ Ley N° 23.849. Art. 37, 1990.

²⁶ Viña, Gonzalo. “Los sistemas procesales en América Latina: ¿Un nuevo régimen?, 2007

una segunda instancia se encuentran los que identifican a la pena como una sanción, aunque en este caso también con un fin educativo.

Luego de esta breve exposición respecto del concepto y evolución de la pena como sanción, se expondrán las diferentes teorías y principales características de ellas, focalizándonos en la finalidad que persiguen respecto de la aplicación de las penas.

Teorías tradicionales respecto de la finalidad de la pena.

Teorías absolutas.

Las teorías que hablan acerca de la finalidad de la pena pueden dividirse en absolutas, relativas y mixtas. Dentro de las primeras, las cuales se denominan de esa manera ya que en ellas agotan la finalidad última de la pena, encontramos a la denominada teoría de la retribución, también designada como teoría de la justificación o expiación. Esta teoría, al decir de Roxin (1997)²⁷, mediante la imposición de la pena no persigue ningún fin socialmente útil ya que tan solo pretende retribuir y equilibrar la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Tal como se mencionó anteriormente la teoría de la retribución proviene de la ley del Tali3n, y tiene su correlatividad en el sentido de que al igual que esta se persigue que la pena sea justa, lo cual implica de acuerdo explica Roxin en el mismo texto, que la pena se corresponda con el da3o ocasionado, es decir que el delito cometido sea “retribuido” mediante la sanción aplicada. Al respecto Adolf Merkel²⁸ (2004) decía que es esencial que la pena tenga relación con la acción cometida, aunque ella no implica un resarcimiento hacia la persona víctima del delito.

Para Immanuel Kant²⁹ (1778) la pena es una retribución moral, un imperativo categ3rico, un mandato que proviene directamente de la ley. Seg3n 3l, as3 como el bien debe ser premiado, el mal de ser castigado y la pena debe aplicarse independientemente de que tenga o no utilidad, por el solo hecho de que la raz3n as3 lo exige. Hegel³⁰ (1821) al igual que Kant sostiene que no existe ning3n fin preventivo en la pena, como lo ser3an la intimidaci3n y la correcci3n, pero se diferencia de este respecto de la aplicabilidad del principio del Tali3n, ya que Hegel lo considera como una pr3ctica irrealizable, sustituy3ndolo por la idea de

²⁷ Roxin, Claus. Derecho Penal “Parte General”, 1997.

²⁸ Fern3ndez Gonzalo, Aboso Gustavo. Derecho Penal, Parte General “Maestros del Derecho Penal”, 2004, p3g. 177.

²⁹ Kant, Immanuel. Cr3ticas a la Raz3n Pr3ctica, 1778, p3g. 34.

³⁰ Hegel. “Fundamentos de la Filosof3a del Derecho”, 1821.

equivalencia del delito y la pena, pensamiento que se considera como base de la teoría retributiva.

Las teorías absolutas consideran que las penas se justifican en sí mismas, es decir que la justicia de ellas radica en el hecho de retribuir al delincuente mediante un castigo con un daño similar al ocasionado, sin que ello produzca efecto alguno en la sociedad. Esta doctrina encuentra su fundamento en la reprochabilidad de la culpa hacia el sujeto que realizó el hecho antijurídico ya que este podría haber obrado de manera diferente a la conducta realizada. Al respecto Roxin manifiesta en el texto citado *supra* que si bien estas teorías tienen una gran impresión psicológico – social y buscan no solo la retribución sino también la expiación del delincuente, expiación en sentido moral principalmente, y que con esa pena impuesta pueda liberarse de la culpa por el mal ocasionado reconciliándose mediante ello con la sociedad, las mismas fallan y son criticadas por el hecho de no cumplir con los cometidos del Derecho Penal perdiendo su legitimación en la sociedad ya que estas prescinden de todo fin y que causar un mal por otro mal sin fines utilitarios no corresponde a un Estado de Derecho. A su vez este autor menciona que los medios utilizados no son los adecuados para combatir la delincuencia, sumado que es un contradictorio pensar que la imposición de una lesión mediante una sanción pueda reparar el daño generado.

Teorías relativas acerca del fin de la pena.

Teoría de la prevención especial.

Las teorías relativas de las penas, también conocidas como teorías de la prevención, se posicionan en una línea totalmente opuesta a las teorías retributivas ya que aquellas tienen como finalidad evitar que el autor vuelva a cometer nuevos delitos mediante la prevención. Para autores como Dorado Montero (1915)³¹ la pena debe tener como objetivo educar al criminal para evitar de esa manera que quebrante nuevamente la ley, y no tan solo perseguir y castigar al criminal por el delito cometido. Según este autor es el Estado quien debe responsabilizarse de los niños y jóvenes delincuentes mediante un modelo tutelar y a través de la creación de instituciones - con la intervención de diferentes profesionales tales como médicos, sociólogos, juristas, educadores - cuyo fin sea el de reeducar a aquellos sujetos que se hayan desviado de una conducta social correcta.

³¹ Dorado Montero, Pedro. “El derecho protector de los criminales”, 1915.

Según Frank Von Liszt, jurista que se especializó en derecho penal y quien fuera uno de los grandes expositores de las teorías relativas, no existe el libre albedrío, la libre voluntad por parte de los individuos al momento de decidir si comete o no un hecho delictivo entendiendo también que la culpabilidad sea fundamento suficiente para la pena. “Solo la pena necesaria es la justa” (Liszt, 1994, p. 42)³² decía este autor estableciendo también que estas deben ser resocializadoras, que permitan insertar nuevamente al sujeto en la comunidad y disuadan no solo a este sino a otros individuos de realizar actos que quebranten el ordenamiento jurídico. Para este autor la pena tiene un fin de prevención especial, no deben retribuir hechos pasados, sino que deben evitar nuevos delitos y esto se logra de tres formas. En primer lugar, a través la sanción aplicada se le brinda seguridad a la comunidad mediante el encierro del delincuente; en segundo lugar, se intimida a este para que no cometa nuevos delitos y por último se evita su reincidencia mediante su corrección y reeducación. Esta prevención especial a la cual se refiere Liszt se diferencia de la prevención general en tanto que esta busca evitar la comisión de nuevos de ilícitos por parte de la sociedad en general, intimidando a posibles delincuentes, mientras que aquella busca este mismo efecto, pero en un sujeto individualizado, un sujeto específico al cual también se intenta reinsertar en la sociedad.

De acuerdo con Roxin (1997)³³ es meritorio de esta teoría que persiga el principio de resocialización del individuo en cuanto que no lo marca ni lo expulsa de la sociedad y a la vez protege a esta del accionar de aquel. Pero por otro lado expresa este autor que una de las grandes críticas que se le hace a esta doctrina es el hecho de que, a diferencia de las teorías retributivas, no hay una medida específica para determinar las penas, sino que estas se aplican de acuerdo no tan solo al delito cometido sino también a la “necesidad” de resocialización del sujeto que cometió el ilícito, aplicándose quizás en algunos casos una pena privativa de libertad excesiva en relación con el delito.

Otra crítica que recibe esta postura es respecto de aquellos sujetos que, si bien se los puede considerar autores de un crimen, no revisten necesidad de resocialización ya que no presentan peligro de reincidencia ya sea por las características del hecho cometido o bien por otras circunstancias que impiden un nuevo delito por parte de esa persona, generando con esto una posible sanción que puede ser considerada injusta socialmente. En este sentido explica Roxin que un punto débil que presenta esta postura es la circunstancia de que no se

³² Liszt, Frank Von. “La idea de fin en el Derecho Penal”, 1994, pág. 42.

³³ Roxin, Claus. Derecho Penal “Parte General Tomo I”, 1997, pág. 87.

han podido desarrollar e implementar medidas que resulten eficaces en la reinserción del delincuente en la sociedad, con lo cual el fin que persigue la pena no estaría cumpliéndose, a diferencia del fin de las penas retributivas las cuales persiguen un fin en sí mismas.

Teoría de la prevención general.

Esta teoría desarrollada y expuesta por Paul Feuerbach, al igual que las teorías retributivas y la teoría de la prevención especial, forma parte de las llamadas teorías tradicionales de la pena. Esta doctrina se caracteriza por ver como fin de la pena la influencia en la sociedad mediante la amenaza y ejecución de las sanciones. Para los partidarios de esta línea la pena no tiene como finalidad su retribución a través de un castigo equivalente al delito cometido como lo hacen las teorías absolutas, ni tampoco ve en la pena una influencia sobre el delincuente como lo hace en la prevención especial, sino que consideran que la pena cumple su fin producto de la intimidación de la amenaza penal y con ello motiva a la comunidad a no delinquir, a no actuar lesionando bienes jurídicos.

De acuerdo con Luis Greco (2015)³⁴ Feuerbach considera a la pena como una amenaza, una coacción que se formula en abstracto y que se concreta cuando un juez aplica una condena mediante una sentencia. Esta concepción no se fija en el efecto de la pena en el sujeto en particular, sino que a través de ella busca generar un efecto intimidatorio hacia la sociedad en general, adquiriendo mayor efectividad cuando se impone y se ejecuta una sanción. De acuerdo con este autor el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida por el ordenamiento jurídico y con ello se pretende motivar para que esa conducta no se realice. A su vez explica Roxin (1997)³⁵ que la teoría de la prevención general positiva busca generar tres aspectos en la comunidad. El primero de ellos es producir un efecto de aprendizaje; el segundo efecto es el de confianza que surge cuando la ciudadanía ve que se aplica el Derecho. Por último, mediante la prevención general se pretende generar un efecto de pacificación el cual deviene de la aplicación de las sanciones ante el quebrantamiento de la ley y la producción de tranquilidad en la conciencia colectiva.

A decir de Roxin en su libro Derecho Penal Parte General, se le critica a esta doctrina que, al igual que las teorías de la prevención especial, no incluye de manera precisa una medida para delimitar la duración de la pena, cayendo en el error de pensar que penas más severas pueden producir una mayor intimidación. También genera críticas esta concepción

³⁴ Greco, Luis. “Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach”, 2015.

³⁵ Roxin, Claus. Derecho Penal “Parte General Tomo I”, 1997.

por pensar la imposición del castigo al autor del delito, no por él mismo, sino por el efecto intimidatorio que este castigo producirá en la sociedad en general. Es este último punto acerca del poder intimidatorio el que despierta cuestionamientos ya que es poco probable demostrar la coacción psicológica de la pena.

Teorías mixtas.

Las teorías mixtas, también conocidas como teorías unificadoras o de la unión, buscan articular y resumir las demás doctrinas en un solo pensamiento, y para ello realizan una combinación de las teorías antes mencionadas. Así por ejemplo de las teorías absolutas toman la necesidad de expiación como fin de la pena, pero también consideran el fin intimidatorio que esta produce de acuerdo con la teoría de la prevención general. Roxin (1997)³⁶ explica que algunas formulaciones realizadas recientemente acerca de la teoría de la unión ponen en un mismo nivel e igualdad de rango a la teoría de la retribución, de la prevención especial y de la prevención general, ya que ninguna de estas teorías penales está prohibida por la ley y que deben considerarse en un primer plano una u otra de acuerdo con la finalidad que se persiga con la pena. Continúa explicando este autor que la teoría mixta parte del entendimiento de que tanto las teorías de la prevención como la retributiva pueden determinar por sí mismas el contenido y los límites de la pena, y afirma en su teoría dialéctica de la unión³⁷ que la pena no tiene una única función sino que posee varios objetivos que se van cumpliendo en diferentes momentos, los cuales apuntan a la protección de la sociedad en cuanto a bienes jurídicos se trata, y que se pueden resumir en el momento de la amenaza, el momento de la aplicación y en el de la ejecución de la pena.

Así en un primer momento el cual sería en su fase legislativa, la pena cumple una función de prevención general ya que la misma se presenta como una amenaza para el potencial delincente, tipificándose una norma en abstracto, ya que no se tiene certeza sobre quien se verá alcanzado por esta sanción en el futuro. Posteriormente la pena cumplirá con su función retributiva mediante la sanción que se le imponga al autor del ilícito y como modo de reafirmar la amenaza hacia el resto de la sociedad. Por último, tendrá una función preventiva especial al identificar al delincente al cual deba re sociabilizarse y reeducarse para su futura reinserción en la sociedad.³⁸

³⁶ Roxin, Claus. Derecho Penal “Parte General Tomo I”, 1997.

³⁷ Bacigalupo, Enrique. “Derecho Penal Parte General”, 2007.

³⁸ Castro Moreno, Abraham. Teorías unificadoras, eclécticas o mixtas, 2011.

A esta concepción se le critica la probable incompatibilidad y disfuncionalidad al intentar combinar las diferentes doctrinas acerca de los fines de la pena.

Consideraciones finales.

En este capítulo se expuso el concepto de pena como sanción penal y las diferentes teorías que giran en torno de ella, teorías que van desde el absolutismo, doctrina según la cual sus principales expositores consideran a la pena con un fin en sí misma, ya que cumple una función de represión, de justificación por el hecho cometido, y también de intimidación. Luego planteamos las características de las teorías relativas las cuales ven en la pena o sanción como un fin preventivo y socio – educativo, y buscan no solo la prevención nuevos ilícitos sino también poder reinsertar al delincuente en la sociedad.

Por último, llegamos a las teorías mixtas o también conocidas como teorías de la unión, las cuales tienen como premisa entre sus postulados la idea de pena con un fin intimidatorio al igual que las teorías absolutas, y un fin preventivo propio de las teorías relativas, realizando un mix con esos postulados y de allí es de donde proviene su nombre.

El objetivo principal que persigo con la inclusión de este capítulo y temática en el presente trabajo, en donde lo que se pretende es determinar la constitucionalidad o no de una reforma de nuestro régimen penal de minoridad, radica en que podamos preguntarnos y reflexionar, individualmente y como sociedad, acerca de cuáles son las motivaciones, cuales son los argumentos que nos llevan a pensar en una disminución de la edad de imputabilidad, independientemente de su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Quizás debemos preguntarnos cuál es la finalidad que perseguimos a través de la pena, ¿buscamos la corrección del delincuente para poder reinsertarlo nuevamente en la sociedad o solo nos interesa el castigo por el daño ocasionado para poder con ello, de alguna manera, apaciguar nuestra impotencia como víctimas de un delito sufrido o que sufrió algún ser cercano?

Disminuir la edad de imputabilidad no se trata solo de una cuestión cuantitativa y, a mi modo de ver, no podemos tratar la posibilidad de una reducción de la edad para ser penalmente responsable de manera separada a la finalidad que buscamos con la sanción penal. Es a través de ella que podremos identificar si con la pena buscamos solo el castigo del menor delincuente, la prevención de nuevos delitos a través de lo que este castigo genera en los otros mediante la intimidación, o si buscamos también aportarle una función resocializadora a la pena.

En el siguiente capítulo, y luego de haber expuesto nuestra legislación vigente en materia de minoridad, buscaremos responder a la pregunta planteada como hipótesis de este trabajo. En dicho capítulo revisaremos artículos claves de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales que versan sobre niñez con el objetivo de aportar los argumentos jurídicos suficientes para determinar si una disminución de la edad de imputabilidad puede ser considerada constitucional o inconstitucional.

CAPITULO III

DISMINUCIÓN DE LA

EDAD DE

IMPUTABILIDAD

Capítulo III – Disminución de la edad de imputabilidad

Convención sobre los Derechos del Niño. ¿Que establece nuestra Constitución Nacional?
Reglas de Beijing. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.

Breve introducción.

Luego de analizar nuestras leyes rectoras y la historia y evolución de nuestro derecho en materia de minoridad y su relación con la ley penal, luego de exponer las diferentes concepciones que se tienen acerca del fin que se persigue con la pena, es tiempo de analizar algunos artículos de nuestra Constitución Nacional como así también de los Tratados Internacionales que rigen la materia y que no podemos omitir para poder llegar a la pregunta esbozada en este trabajo, la cual nos plantea: ¿ Es constitucionalmente posible una reforma de nuestro régimen penal de minoridad?

En este capítulo intentaremos dar respuesta a esa pregunta basándonos en los argumentos jurídicos que surgen de la legislación vigente en nuestro Derecho como en el Derecho internacional.

Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) es un tratado internacional que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en Nueva York, Estados Unidos. Este tratado, que tiene carácter vinculante para los Estados Parte, consta de 54 artículos en los cuales se reconoce el derecho de los niños y mediante el cual se garantiza su protección y la aplicación de medidas especiales y asistenciales para todos los niños y niñas, considerando a tales los menores de 18 años, sin ningún tipo de distinción ni discriminación.

Este cuerpo normativo tuvo un proceso de elaboración que duró 10 años y en el cual participaron organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, diferentes especialistas en materia de salud y educación, abogados y promotores de derechos humanos.³⁹

La CDN tal como lo expresa su preámbulo⁴⁰ tiene como antecedentes la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del

³⁹ UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁰ Ley N° 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990.

Niño adoptada por la Asamblea General en el año 1959, y en ella se refleja una nueva forma de mirar la infancia ya que mediante la universalidad de sus normas, a la que cualquier país pueda adherir, se le otorga a los niños y niñas la titularidad de derechos y garantías, considerándolos como individuos integrantes de una comunidad y a los cuales también se les atribuye responsabilidades propias de su edad y madurez, tal como lo expresa UNICEF.⁴¹

Nuestro país adhirió a la CDN en el año 1990 mediante la Ley N° 23.849 la cual fue sancionada en el mes de septiembre de 1990 y promulgada en el mes de octubre del mismo año. Esta ley incorpora los 54 artículos de la Convención, y si bien estos fueron ratificados, Argentina realiza una reserva la cual versa en materia de adopción, paternidad y conflictos armados, temas que no interesan en este trabajo ya que no hacen a la temática de este.

Ahora bien, en lo que respecta al menor y su relación con la ley penal, la Convención establece en los cuatro incisos del artículo 37 una serie de derechos y garantías que deben respetar los Estados Partes asegurando al niño en conflicto con la ley penal, entre otras cosas, que reciban un trato humano, sin sometimiento a penas crueles o degradantes y obligando a los Estados a que bajo ningún motivo los menores sean privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria.⁴²

Por otro lado, el artículo 40 de dicho cuerpo normativo establece un trato diferenciado para con el niño que haya sido acusado y declarado culpable de infringir la ley, disponiendo medidas que sirvan no solo para su cuidado y protección sino también para su orientación, educación y desarrollo profesional⁴³. Este art. 40 de la CDN en su inciso tercero, punto “a” establece que los Estados Partes deben fijar una edad mínima antes de la cual se debe presumir que los niños no tienen capacidad (entendiéndose esta capacidad como discernimiento) para infringir la ley penal. Es este punto el que genera diferentes opiniones respecto de cuál debería ser ese mínimo de edad de imputabilidad o incapacidad para delinquir que plantea la CDN, ya que si bien manifiesta que debe existir ese piso de edad, no especifica cual debe serlo, a diferencia por ejemplo de la Observación General N° 10⁴⁴ la cual sugiere de manera expresa una edad mínima, ocasionando aquello una variedad de argumentaciones y opiniones acerca del alcance de este artículo, que según mi punto de vista,

⁴¹ UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴² Ley N° 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990. Artículo 37 derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

⁴³ Ley N° 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990. Artículo 40, inciso 4.

⁴⁴ Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, 1991.

estas discusiones son en parte producto de la ambigüedad del mismo, característica que, por ejemplo, no se observa en el artículo 37 de la misma ley, el cual establece de manera expresa que “...No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad...”. Tal como surge de la redacción de dicho artículo, no quedan equívocos en la interpretación del mismo respecto de la aplicabilidad de la pena capital a menores de 18 años, no dejando ningún lugar a dudas ni controversias. De todas maneras, quedarnos tan solo con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que edad de imputabilidad refiere no sería prudente, teniendo en cuenta que hay otros tratados en materia de minoridad como las Reglas De Beijing o bien nuestra propia Constitución Nacional, los cuales nos pueden aportar luz para intentar dar respuesta a la pregunta planteada como hipótesis del trabajo.

Nuestra Constitución Nacional.

Nuestra Carta Magna no aborda el tema de la minoridad y su relación con la ley penal de manera directa, con lo cual quizás podríamos preguntarnos porque estamos hablando de nuestra Constitución Nacional (en adelante CN) si nada dice al respecto. La respuesta para este interrogatorio es que, en ella, a través del Art. 75 inc. 22 se lo otorgan jerarquía constitucional a los 14 tratados internacionales mencionados allí, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño. Y es precisamente por este motivo que no podemos dejar de mencionar a nuestra Carta Orgánica Suprema.

Tal como se menciona al comienzo de este capítulo a partir de la promulgación de la CDN, a los niños y adolescentes se los considera como sujetos no solo de derechos sino también de garantías, y al respecto nuestra CN establece en su art. 18⁴⁵ una serie de principios y garantías de las cuales el menor en muchas ocasiones quedaba excluido debido a la concepción tutelar que se tenía del mismo. En ese sentido este artículo garantiza que “...Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho...ni juzgado por jueces especiales...” lo cual implica que debemos considerar a los menores con esa condición de habitantes de la Nación y por ende ellos deberían gozar del Principio de Especialidad como sujetos distintos de un adulto, del Principio de Legalidad en el cual no puede condenarse a nadie por un acto que no esté prohibido por la Ley, situación que nuestro Régimen Penal de Minoridad no considera de la misma manera ya que puede disponer

⁴⁵ Ley N° 24.430. Constitución de la Nación Argentina, 1994.

judicialmente del menor en caso de que este presente “problemas de conducta”⁴⁶ siendo esta situación un hecho no tipificado en materia penal y en clara contradicción con el artículo previamente citado.

Pero nuestra intención no es detenernos principalmente en el art. 18 sino poder revisar qué establece el mencionado *ut supra* artículo 75 en su inciso 22, el cual de manera expresa y sin lugar para el equívoco afirma que “...la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...”⁴⁷. Como se puede observar nuestra CN iguala el nivel jerárquico de este tratado poniéndolo en un mismo nivel que la propia Carta Magna, siendo esta una de las argumentaciones más esgrimidas por aquellos que afirman que en caso de que se decidiera reformar el régimen penal juvenil de nuestro país debería también considerarse una reforma de la CN en lo que respecta a este artículo, ya que de lo contrario se estaría generando una contradicción entre esta y la CDN, hecho que *a priori* podemos decir que no sucedería debido a que la Convención solo promueve el establecimiento de una edad mínima a partir de la cual se puede presumir que el niño (recuérdese que la CDN considera niños a los menores de 18 años de edad) tiene discernimiento para infringir la ley penal⁴⁸, pero sin especificar de manera expresa cual debe ser esa edad mínima.

Reglas de Beijing.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (en adelante Reglas mínimas o Reglas de Beijing) es un instrumento jurídico de carácter internacional el cual fue adoptado por la Asamblea General mediante su resolución 40/33 en el año 1985 (UNICEF, 1985)⁴⁹. Estas reglas que fueron adoptadas por las Naciones Unidas en dicho año y a las cuales Argentina adhiere mediante su Ley N° 23.849 tal como lo expresa en el preámbulo de la misma, constituyen un compendio de recomendaciones para los Estados pero, a diferencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, no tiene carácter vinculante para estos, tal como surge del punto 1 de la primera parte el cual lleva como título “*Orientaciones Generales*” y posteriormente en el punto 1.5 indica que las Reglas “...se aplicarán según el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales que

⁴⁶ Ley N° 22.278. Régimen Penal de Minoridad. Art. 1°, 1980.

⁴⁷ Ley N° 24.430. Constitución de la Nación Argentina. Art. 75 inc. 22, 1994.

⁴⁸ Ley N° 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3°, 1990.

⁴⁹ UNICEF. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, 1985.

predominen en cada uno de los Estados Miembros” dejando en evidencia que no es obligatorio para los Estados miembros sino de acuerdo a su contexto y condición. Las Reglas de Beijing constan de seis partes las cuales se refieren pura y exclusivamente a los menores y su relación con el sistema de justicia, definiendo como su principal objetivo promover el bienestar del menor a fin de evitar que este tenga problemas con la ley, y que en caso de que los tuviera se le debe proporcionar un trato humano y equitativo.

Entre las principales recomendaciones de las Reglas podemos mencionar la de un debido aseguramiento de los Estados miembros de tener políticas sociales con miras a no solo prevenir la delincuencia juvenil sino también a acompañar al menor delincuente con medidas concretas y de contención en la que se incluyan diferentes actores tales como la familia, centros educativos e instituciones que brinden servicios a la comunidad. También es importante remarcar la recomendación 1.6 la cual establece que los servicios de justicia deben contar con personal capacitado y competente, con un perfeccionamiento continuo a fin de poder darle al menor un acompañamiento adecuado (UNICEF, 1985).⁵⁰

En lo que refiere estrictamente a la edad a partir de la cual puede considerarse responsable penalmente a un menor, las Reglas mínimas abordan el tema en su regla número 4, estableciendo que aquellos sistemas jurídicos que realicen una diferenciación en cuanto a la mayoría y minoría de edad de imputabilidad penal no deben fijar a esta última en una edad demasiado temprana teniendo en cuenta la capacidad de discernimiento del menor, su grado de madurez mental y emocional entre otros aspectos. Tal como se observa este instrumento jurídico, al igual que la CDN, tampoco fija de manera expresa cual debe ser el mínimo de edad para considerar responsable penalmente a un menor, aunque si bien establece como criterio que esto no ocurra en una edad demasiado temprana, no realiza ninguna recomendación taxativa al respecto, dejando la decisión para los sistemas jurídicos de los Estados miembros, razón por la cual las Reglas de Beijing sirven de orientación de las medidas a tomar ante el menor delincuente pero sin arrojar claridad, desde mi opinión, ante una cuestión tan trascendente como lo es el de fijar una edad mínima de imputabilidad.

⁵⁰ UNICEF. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Recomendación 1.6, 1985.

Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.

El Comité de los Derechos del Niño (en adelante Comité) es un órgano internacional creado para inspeccionar la correcta aplicación, por parte de los Estados firmantes, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este órgano fue creado por la CDN en el año 1991 y tiene como función, además de la finalidad mencionada supra, la comunicación permanente entre estos Estados miembros con el objetivo de promover los derechos de la niñez y la adolescencia mediante un cuerpo de 10 expertos elegidos por los Estados parte, con competencia respecto de los temas regulados por la CDN y que trabajan de manera independiente según se desprende del artículo 43 de dicho ordenamiento.⁵¹

Este órgano emitió 17 Observaciones Generales desde el año 2001 hasta la actualidad, las cuales tienen como premisa abordar los principios rectores que postula la CDN⁵². Las Observaciones abarcan temas como la educación y la salud de los niños, derechos de estos a protección contra maltrato y castigos corporales, derecho a esparcimiento, descanso y juegos, y derechos que versan sobre la primera infancia, por nombrar solo algunos.

Por su parte la Observación General N° 10 del Comité, la cual lleva como título “Los derechos del niño en la justicia de los niños, niñas y adolescentes”, aborda la temática tratada en el presente trabajo, siendo a mi modo de ver uno de los pocos instrumentos jurídicos de carácter internacional que aportan luz a la tan controvertida “edad mínima” de imputabilidad. Al respecto esta observación reconoce en el apartado C, punto 30, que los Estados Partes tienen edades mínimas en lo que respecta a responsabilidad penal que no son coincidentes y las cuales manejan márgenes que van desde los 7 años a los 16 años, y es por este motivo que el Comité toma la decisión de dar recomendaciones claras a los Estados que son parte acerca, respecto de la edad de imputabilidad.⁵³

Análisis de la Observación General N° 10 del Comité.

En el punto 31 del apartado mencionado *ut supra*, el Comité referencia el art. 40 párrafo tercero de la CDN en el cual se dispone que los Estados Partes deben establecer una edad mínima a partir de la cual se considerara que los niños cuentan con capacidad para infringir la ley penal, pero se mencionó *ut supra* este Tratado no expresa cual debe ser esa

⁵¹ Ley N° 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño.1990

⁵² UNICEF. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, 2014.

⁵³ Observación General N°10 del Comité de los Derechos del Niño, 2014.

edad. En la misma línea que la Convención, y de acuerdo con el punto 32 del apartado C, el Comité menciona que las Reglas de Beijing en su regla número 4 (UNICEF, 1985)⁵⁴ recomienda que la edad mínima de responsabilidad penal (en adelante EMRP) no debe fijarse en una edad demasiado temprana teniendo en cuenta la madurez mental, emocional e intelectual de los niños. Es en este mismo punto donde el Comité, al igual que las Reglas de Beijing, recomienda a los Estados Miembros que no fijen la EMRP en una edad demasiado temprana, pero se diferencia de la CDN y de las Reglas Mínimas en un aspecto de suma trascendencia ya que concluye que, una edad mínima en lo que refiere a responsabilidad penal por debajo de los 12 años, no es aceptable y alienta a los Estados Partes que tuvieren una edad menor a esta a elevarla como mínimo hasta los 12 años (UNICEF, 2014)⁵⁵.

Tal como se puede observar este instrumento clarifica de manera sustancial el concepto de edad mínima de imputabilidad, fijando un criterio, estableciendo un norte a seguir por parte de los Estados Miembros respecto de un tema tan sensible y crítico como lo es el de la relación de los menores y la ley penal.

Consideraciones finales.

En el presente capítulo se expusieron diferentes fuentes del Derecho tanto Nacional como de carácter Internacional, especificando que establece cada una de ellas respecto de la disminución de la edad de imputabilidad y que, en principio, nos va a permitir descartar o confirmar la hipótesis de trabajo planteada.

A continuación, revisaremos lo que establece en materia de minoridad el derecho comparado de los países limítrofes con Argentina.

⁵⁴ UNICEF. Reglas de Beijing N°4, 1985.

⁵⁵ Observación General N°10 del Comité de los Derechos del Niño, 2014.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

Capítulo IV - Derecho Comparado

Régimen penal juvenil de nuestros países limítrofes: Régimen Penal Juvenil de Paraguay, Régimen Penal Juvenil de Chile, Régimen Penal Juvenil de Uruguay, Régimen Penal Juvenil de Brasil, Régimen Penal Juvenil de Bolivia. Países con menor índice de delincuencia juvenil: Información cuantitativa, evolución del Derecho en materia de minoridad, Régimen penal juvenil actual. Conclusión.

Introducción.

En el presente capítulo se realizará una descripción de la legislación vigente en materia de minoridad de los países que limitan con Argentina con el fin de comparar dichos ordenamientos jurídicos con el nuestro, exponiendo que establece el derecho comparado respecto de la edad mínima de responsabilidad penal a fin de tener una mirada general de los códigos de minoridad y las diferentes políticas adoptadas por dichos Estados.

Régimen penal juvenil de nuestros países limítrofes.

Régimen Penal Juvenil de Paraguay.

Tal como sucedió en nuestro país y en casi toda América Latina, en Paraguay hubo una fuerte influencia del modelo tutelar en materia de minoridad, siendo fundamento de sus leyes la doctrina de la situación irregular, doctrina que fuera explicada en el capítulo primero de este trabajo.

La suscripción de Paraguay en la doctrina de la situación irregular surge del Libro Tercero, artículos 219, 220, 221 y 222 del Código del Menor⁵⁶ que fuera aprobado en el año 1981 bajo la Ley 903/81 la cual establece en dichos artículos, especialmente en los artículos 220 y 221, las medidas que deberá tomar el Juez de menores toda vez que tomare conocimiento de que un menor se encontrase en situación de abandono, de peligro moral o material o si hubiere cometido algún hecho prohibido por la ley, características estas típicas del modelo tutelar. Los artículos 220 y 221 de la mencionada ley expresan al respecto:

Art.220.- El Juez de Menores, en todos los casos en que tomare conocimiento de la existencia de menores de veinte años en estado de abandono material o moral, de peligro para los mismos,

⁵⁶ Ley N° 903/81. Código del Menor de Paraguay.

procederá a la investigación correspondiente, obtendrá los informes pertinentes y tomará las medidas idóneas para su protección.

Art.221.- Se considera en estado de abandono material o moral a los menores, en los siguientes casos: a) cuando no tengan hogar, carezcan de vigilancia, vivan de mendicidad o de la caridad pública; b) cuando se hallen al cuidado de padres o guardadores bajo cualquier título, que sean ebrios consuetudinarios, drogadictos, o mentalmente incapaces, o de conducta inmoral, o que los indujeran a la mendicidad u otra forma de vida reñidas con la moral y las buenas costumbres, o a atentar contra el orden público; c) cuando no reciban o se les impida recibir la educación escolar correspondiente a su edad, o ellos mismos voluntariamente faltaren a la asistencia y a los deberes escolares; y, d) las menores que hallándose grávidas estén privadas de la atención adecuada.

Por su parte el artículo 219⁵⁷ fija la edad a partir de la cual se considera imputable a un menor en los 14 años, estableciendo que su juzgamiento estará a cargo de los Juzgados de Menores.

Si bien en el año 1992 se incorporan en la Constitución de la Republica de Paraguay todos los principios proclamados en la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código del Menor del año 1981 permaneció vigente hasta el año 2001 cuando se dicta la Ley N° 1.680, denominada Código de la Niñez y la Adolescencia. Tal como explica González Valdez (2017)⁵⁸, si bien esta ley adopta la doctrina de la protección integral, reconociendo al menor como sujeto de derecho y no como un objeto del mismo, no produce cambios en la edad a partir de la cual considera responsable penalmente a un menor, sosteniéndose los 14 años como mínimo de imputabilidad, tal como surge del artículo n° 194 del Código de la Niñez y la Adolescencia:

Art. 194. La responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia, sin perjuicio de la irreprochabilidad sobre un hecho, emergente del desarrollo psíquico incompleto y demás causas de irreprochabilidad, previstas en el art. 23 y concordantes del Código Penal. Un adolescente es penalmente responsable solo cuando al realizar el hecho tenga madurez sicosocial suficiente para conocer la antijuridicidad del hecho realizado y para determinarse conforme a ese conocimiento. La edad es de 14 años. Con el fin de prestar la protección y el apoyo necesarios a un adolescente que en atención al párrafo anterior no sea penalmente responsable, el Juez podrá ordenar las medidas previstas en el art. 34 de este Código.

⁵⁷ Ley N° 903/81. Código del Menor de Paraguay, Artículo 219°: Son inimputables los menores de catorce años. Si se les atribuye la comisión de hechos ilícitos, no podrán ser enjuiciados y penados por los tribunales ordinarios. En todos los casos ellos estarán a cargo de los Juzgados de Menores y se les aplicarán las reglas establecidas en este Código.

⁵⁸ González Valdez, Violeta. “La justicia penal juvenil en Paraguay”, 2017.

Tal como se puede observar, el régimen penal juvenil paraguayo es similar al nuestro ya que en sus orígenes adopta el modelo tutelar para luego cambiar al modelo de protección integral, pero se diferencia de este en el mínimo de edad de imputabilidad para los menores que actualmente es de 14 años.

Régimen Penal Juvenil de Chile.

Chile, al igual que Paraguay, fija la edad mínima de imputabilidad en los 14 años. Este régimen de responsabilidad penal juvenil, que fuera modificado en el año 2005 con el dictado de la Ley N° 20.084 pero que entró en vigor en el año 2007, tiene entre sus antecedentes la Ley N° 16.618, denominada Ley de Menores, la cual fue aprobada en el año 1967 y que alcanzaba a todo aquel que no hubiera cumplido los 21 años de edad.

Esta normativa tiene sus orígenes en el sistema tutelar, siendo los Títulos III y IV de la Ley de Menores ejemplos de este sistema y en los cuales se fijaba un régimen paternalista y proteccionista por parte del Estado, puntos que caracterizan la doctrina de la situación irregular, a la vez que consideraba al menor delincuente o en situación de abandono como objeto de derecho. Lo expuesto surge de los artículos 29⁵⁹ y 30⁶⁰ – entre otros – del Título III y de los artículos 51 y 52 del Título IV en los cuales se refleja el rol paternalista del Estado.

⁵⁹ Ley N° 16.618, Ley de Menores. Art. 29: En los casos de la presente ley, el Juez de Letras de Menores podrá aplicar alguna o algunas de las medidas siguientes:

- 1°- Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación;
- 2°- Someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuará en la forma que determine el reglamento;
- 3°- Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala o a algún establecimiento adecuado que el juez determine, y

4°- Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación. En el caso del N° 4°, el menor quedará sometido al régimen de libertad vigilada establecido en el N° 2°. Estas medidas durarán el tiempo que determine el Juez de Letras de Menores, quien podrá revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores o a alguno de sus miembros en la forma que determine el reglamento. En caso de no existir Casa de Menores, deberá oír al funcionario indicado en la letra l) del artículo 3°.

⁶⁰ Ley N° 16.618, Ley de Menores de Chile. Art. 30: Cuando se recoja un menor por hechos que no sean constitutivos de crimen, simple delito o falta, el Juez de Letras de Menores podrá, sin necesidad de llamarlo a su presencia, aplicarle alguna de las medidas indicadas en el artículo anterior, según más convenga a la irregularidad que presente. En casos calificados, el juez podrá autorizar al Consejo Técnico de la Casa de Menores respectiva para que aplique la medida procedente, en el plazo que indique, que, en ningún caso, podrá exceder de veinte días.

Tal como se mencionó, la Ley de Menores del año 1967 fue modificada en el año 2005 por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, la cual entró en vigencia en el año 2007 y cuya principal característica es que se enrola de acuerdo a los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño y con una clara orientación hacia el sistema de protección integral, considerando con ello al menor como un sujeto poseedor de derechos y garantías de acuerdo a lo expresado en el artículo segundo⁶¹ el cual establece:

Artículo 2º.- Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

Por otro lado, se diferencia del ordenamiento anterior en el hecho de que, para la ley 16.618, los menores entre 14 y 16 años no eran considerados imputables bajo la ley penal, solo eran pasibles de una medida de protección la cual estaba a cargo del Servicio Nacional de Menores. En cambio, para la ley 20.084 todos los menores entre 14 y 18 años que hayan infringido la ley son considerados responsables ante la ley penal, a los cuales se les puede aplicar tres tipos de sanciones, que pueden ser sanciones privativas de libertad, sanciones no privativas de libertad o bien sanciones accesorias. Otro cambio que introduce esta ley es el hecho de proporcionarle al menor delincuente acceso a la educación, o bien acceso a programas que permitan rehabilitarlo en caso de drogadicción y alcoholismo.⁶²

Régimen Penal Juvenil de Uruguay.

El régimen penal juvenil de Uruguay establece como mínimo de edad de responsabilidad penal los 14 años y como máximo los 18 años, edad a partir de la cual se los juzga como adultos. Estos mínimos y máximos se encuentran regulados en la segunda parte del artículo 1⁶³ de la Ley N° 17.823, Código de la Niñez y la Adolescencia el cual fue aprobado en el año 2004. Si bien el artículo primero menciona que son alcanzados por este Código los menores dentro de ese rango etario, realiza una diferenciación entre niños y adolescentes, situando a estos últimos a partir de los 14 años de edad y hasta los 18 años.

⁶¹ Ley N° 20.084, Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Artículo 2º.

⁶² BCN. Ley Penal Juvenil, 2008.

⁶³ Ley N° 17.823. Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004. Artículo 1º. (Ámbito de aplicación). - El Código de la Niñez y la Adolescencia es de aplicación a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad. A los efectos de la aplicación de este Código, se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad.

Esta diferenciación no es menor y cobra aun mayor sentido debido a que el Título II de la mencionada ley tiene como denominación “De los adolescentes y las infracciones a la ley penal”, y a su vez al artículo 70, en consonancia con esto establece la condición de “adolescente infractor” como sujeto pasible de sanciones por infringir la ley penal.

Este ordenamiento se dictó de acuerdo con los estándares de la Convención de los Derechos del Niño tal como lo expresa en la primera parte de su art. 4⁶⁴, que a continuación se transcribe:

Artículo 4°. (Interpretación). - Para la interpretación de este Código, se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país.

Si bien este Código presenta las características típicas del sistema de la protección integral, considerando al menor como sujeto poseedor de derechos y garantías, esto no siempre fue así ya que la normativa que precedió al Código de la Niñez y la Adolescencia, es decir la Ley N° 9.342, denominada Código del Niño, que se aprobó en el año 1933 y entró en vigor en 1934, mantenía un enrolamiento con la doctrina de la situación irregular.

En este sentido, el artículo 119⁶⁵ de este sistema normativo establecía que los menores de 18 años que hubieren cometido algún delito o faltas o bien si, siendo menores de 21 años, y se encontraran en situación de abandono moral o material, debían quedar a disposición del Juez de Menores quien previo dictado de sentencia podía someterlos a un régimen de vigilancia o protección según correspondiera. A si mismo este artículo presenta un hecho particular al expresar en su última parte que las medidas de protección o vigilancia se aplicarán independientemente del discernimiento y capacidad con la que haya obrado el menor.

De lo expuesto se puede observar como el régimen penal juvenil uruguayo pasó de un sistema tutelar y paternalista hacia un sistema de protección integral con la reforma del año 2004. De todas maneras, esta última modificación ha sido puesta en cuestionamiento recientemente debido al elevado índice de inseguridad por delitos atribuibles a menores

⁶⁴ Ley N° 17.823. Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004.

⁶⁵ Ley N° 17.823. Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004. Art. 119.- Los menores de 18 años de edad que cometan delitos o faltas y los menores de 21 años de edad que se encuentren en estado de abandono moral o material, serán puestos a disposición del Juez Letrado de Menores, quien previa investigación sumaria del caso, dictará sentencia sometiéndolos al régimen de vigilancia y protección de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

generando opiniones diversas acerca de si es adecuada la edad de imputabilidad actual o si debiese ser menor. Esto derivó en un plebiscito de consulta popular que se realizó en el año 2014 y, si bien la mayoría de los ciudadanos votantes se expresaron por la negativa de disminución de esta edad, el debate aún sigue abierto no solo en este país sino en varios países de la región entre los que se encuentra el nuestro.

Régimen Penal Juvenil de Brasil.

Si hablamos del modelo de protección integral como principio rector en el cual se circunscriben los ordenamientos jurídicos sobre minoridad de los países que nos rodean, no podemos dejar de mencionar a Brasil, país quien fue pionero en incorporar mediante su Estatuto del Niño y del Adolescente del año 1990, los derechos y garantías propios de la doctrina de la protección integral⁶⁶. Esta ley que fue aprobada en el mes de julio de 1990 fue posteriormente modificada en el año 2003 por la Ley N° 10.764.

El Estatuto del Niño y del Adolescente realiza una primera diferenciación de cuando un menor es considerado niño y cuando adolescente. Así, al respecto, el artículo 2° estipula:

Art. 2°. Se considera niño, para los efectos de esta Ley, a la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente a aquella entre doce y dieciocho años de edad.

Esta diferenciación a la que hace referencia el artículo mencionado es de suma importancia ya que es la línea que separa al menor que puede ser considerado penalmente responsable del que no lo es. Al respecto el artículo 104⁶⁷ establece que son “penalmente inimputables” aquellos que no hayan cumplido los 18 años de edad y que para la aplicación de dicha ley debe ser considerada la edad del adolescente al momento de realizar el delito. Por otro lado, el art. 105 fija que cuando el acto infractor fuera cometido por un niño, es decir de 12 años de edad o menos, se le aplicarán las medidas establecidas en el art. 101, es decir medidas de protección para estas situaciones particulares. En tanto el artículo 103⁶⁸ de la Ley

⁶⁶ Ley N° 8.069. Estatuto del Niño y del Adolescente. Art. 3°. El niño y el adolescente gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, sin perjuicio de la protección integral de que trata esta Ley, asegurándoles, por ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades, con el fin de facultarles el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad.

⁶⁷ Ley N° 8.069. Estatuto del Niño y del Adolescente. Art. 104. Son penalmente no imputables los menores de dieciocho años, sujetos a las medidas previstas en esta Ley. Párrafo único. Para los efectos de esta Ley, debe ser considerada la edad del adolescente en la fecha del hecho.

⁶⁸ Ley N° 8.069. Estatuto del Niño y del Adolescente. Art. 103. Se considera acto infractor la conducta descrita como crimen o contravención penal.

N° 8.069 define el acto infractor como conducta delictiva, de crimen o contravención de la ley penal.

El actual sistema juvenil de Brasil, según afirma UNICEF (2006)⁶⁹ tiene como características principales que posiciona a los niños y adolescentes fuera del sistema penal para adultos, partiendo del concepto de inimputabilidad y que a su vez otorga una atribución especial de responsabilidad penal en la que excluye del sistema a los niños (considerados tales aquellos que no tuvieren más de 12 años) y que impone medidas socioeducativas como sanciones para los adolescentes que hayan cometido el acto infractor.

El sistema anterior vigente al Estatuto del Niño y del Adolescente se encontraba regulado por el Decreto Ley N° 2.848 del año 1940, el cual en su Título III que llevaba como nombre “*De la Responsabilidad Penal*”, fijaba mediante el artículo 27⁷⁰ que los niños menores de 18 años eran penalmente responsables. Tal como se puede observar dicha normativa, a diferencia del Estatuto del Niño y del Adolescente, no realizaba ninguna diferenciación entre un niño y un adolescente, incluyendo a ambos en el sistema penal para adultos y sometiendo a procesos similares a personas plenamente desarrolladas con aquellas que por su edad aún no habían alcanzado la madurez de un mayor.

El cambio en la concepción del menor culpable penalmente se produjo en Brasil con la promulgación de la Ley 8.069, la cual afirma Alessandro Baratta, es “el cuerpo legislativo que mejor ha recogido el espíritu y la letra de la Convención” (1995, p. 73)⁷¹, cambio que como se mencionó anteriormente, fue el motor de las reformas de los estatutos de menores de los países latinoamericanos.

Régimen Penal Juvenil de Bolivia.

El régimen penal juvenil de Bolivia, el cual está encuadrado en el Código del Niño, Niña y Adolescente bajo la Ley N° 2.026, presenta una diferencia sustancial respecto de los demás ordenamientos de los países que limitan con Argentina. Este código que fue aprobado en el año 1999 establece en el artículo 222⁷² que serán considerados responsables y alcanzados por medidas socio – educativas aquellos adolescentes que, teniendo entre 12 y 16

⁶⁹ UNICEF. Justicia y Derechos del Niño. Pág. 17, 2006.

⁷⁰ Decreto Ley N° 2.848. Código Penal de Brasil. Artículo 27. - Niños menores de 18 (dieciocho) años son penalmente responsables y estarán sujetos a las normas establecidas por la legislación especial.

⁷¹ Baratta, Alessandro. “Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia”, 1995, pág. 73.

⁷² Ley N° 2.026. Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia. Artículo 222.

años de edad, hayan cometido algún hecho tipificado por la ley penal. Tal como surge de este artículo, la edad a partir de la cual en este país se le aplica a un menor la ley penal para adultos es la de 16 años, siendo esta una diferencia importante respecto de los regímenes penales juveniles revisados hasta ahora en este trabajo.

Bolivia, al igual que el resto de los países latinos previo a la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, tenía un régimen propio de la Doctrina de la Situación Irregular, sistema que consideraba al menor como objeto de protección y represión y en el cual se “criminalizaba la pobreza” ya que se ponía bajo protección o tutela tanto al menor delincuente como al que se encontraba en situación de abandono. Esto surge de los artículos 158, 160 y 247 del primer Código del Menor⁷³ que fue dictado en el año 1966. Este código tenía la particularidad de considerar inimputabilidad hasta los 17 años de edad, situación que luego fue modificada en el año 1972 con la promulgación del Código Penal⁷⁴ el cual disponía en su artículo quinto que la edad a partir de la cual se consideraba penalmente responsable eran los 16 años, manteniéndose este criterio en la actualidad de acuerdo con Soto Ríos (2010).⁷⁵

En el mes de marzo del año 1990 Bolivia firma con carácter vinculante la Convención de los Derechos del Niño, entrando en vigencia en el mes de septiembre de ese mismo año y adoptando e incorporando con ello en su Derecho la Doctrina de la Protección Integral, considerando al menor ya no como objeto de tutela sino como sujeto de derechos y garantías. Pero esta evolución al sistema de la protección integral fue de manera gradual, ya que por ejemplo la Ley N° 1.403 del año 1992 estipulaba la existencia de los Juzgados de Menores (art. 208) los cuales expresa Soto Ríos fueron abolidos y reemplazados por la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia en el año 1996 mediante la Ley N° 1.702.

Finalmente, en el año 1999 se dicta el Código del Niño, Niña y Adolescente el cual entró en vigor al año posterior. Este código expresa en su artículo 223 que los menores que no hayan cumplido los 12 años de edad quedan exentos de toda responsabilidad social, refiriéndose con ello a la responsabilidad penal, quedando sujetos en estos casos a la responsabilidad civil. Tal como se expresó ut supra esta codificación mantiene las sanciones para aquellos adolescentes que, entre los 12 y los 16 años de edad, hayan infringido las leyes

⁷³ Decreto Ley N° 7.760 del 1° de agosto de 1966. Código del Menor. Gaceta Oficial, edición 308 de 1966.

⁷⁴ Decreto Ley N° 10.428 del 23 de agosto de 1973. Código Penal. Gaceta Oficial, edición 626 de 1972.

⁷⁵ Soto Ríos, Sonia. Justicia Penal Juvenil en Bolivia, 2010.

penales siendo alcanzados por la responsabilidad social y las medidas de protección que de estas acciones emergen.

Consideraciones finales.

A modo de cierre de este capítulo y luego de haber hecho un breve recorrido de la evolución y situación actual de las diferentes legislaciones que rigen en materia de minoridad, la relación entre los menores con la ley penal en los países que son limítrofes al nuestro, podemos resumir que en líneas generales estos ordenamientos son coincidentes y mantienen similitudes en las edades mínimas y máximas a partir de las cuales se considera responsable penalmente a un menor, edades que van desde los 12 a los 18 años. También estos códigos tienen la particularidad de que en sus orígenes se encontraban influenciados por la doctrina de la situación irregular, lo que representaba estar bajo un régimen proteccionista, un régimen tutelar y paternalista en el cual se consideraba al menor como objeto de derecho y sin las debidas garantías, especialmente las garantías de un debido proceso o las de proporcionalidad y legalidad. Estas legislaciones fueron modificándose producto de una visión diferente a nivel mundial, la cual quedó plasmada con la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, legislación a la cual los países de la zona se fueron sumando, siendo Brasil uno de los pioneros en la incorporación de este tratado y que en esa misma línea fueron incorporando en sus propios ordenamientos los demás Estados, yendo de esta manera de un modelo tutelar a un modelo de la protección integral, en el cual se comienza a considerar al menor como sujeto poseedor de derechos y garantías, lo cual desde mi humilde punto de vista, literalmente implica una evolución, al menos desde donde se concibe al menor y su relación con la ley penal.

En el siguiente apartado, el cual se titula “conclusiones finales” se procederá a descartar o confirmar la hipótesis planteada en este trabajo, respuesta que será fundamentada con argumentos jurídicos que resultan de las diferentes legislaciones, leyes y tratados sobre niños, niñas y adolescentes principalmente.

CONCLUSIONES FINALES

Confirmando o descartando la hipótesis de trabajo.

Luego de haber revisado los distintos instrumentos jurídicos en materia de minoridad, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, como así también de haber analizado los artículos de nuestra Constitución Nacional que tratan sobre el tema, considero que contamos con los argumentos jurídicos necesarios para poder dar respuesta a la pregunta planteada como hipótesis de trabajo: ¿ Es constitucionalmente posible una reforma de nuestro régimen penal juvenil con el objetivo de disminuir la edad mínima de imputabilidad en nuestro país?

La respuesta a esta pregunta es SI, es posible una disminución de nuestro régimen penal de minoridad para disminuir la edad de imputabilidad. Esta reforma no implica ni significa contradecir nuestra Constitución Nacional o los Tratados Internacionales que tratan el tema de la minoridad frente a ley penal, y los argumentos jurídicos para llegar a esta respuesta son los que se exponen a continuación.

En primer lugar, nuestra Carta Magna no lo prohíbe, como así tampoco lo hace de manera expresa ninguna ley nacional, incluyendo principalmente al régimen penal de minoridad vigente en nuestro país.

En segundo lugar, para aquellos quienes consideran que no sería posible reformar nuestro régimen penal de minoridad argumentando que el art. 75 inciso 22 de la CN le otorga jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño, podemos refutar ese argumento diciendo que este instrumento jurídico solo establece que los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para fijar una edad mínima a partir de la cual se debe considerar al menor con capacidad para infringir la ley penal, sin especificar cuál debe ser esa edad.

A su vez las Reglas de Beijing, tal como vimos, realiza la recomendación de que la edad mínima de responsabilidad penal no sea establecida a una edad demasiado temprana, pero tampoco este instrumento precisa con exactitud cuál debe ser precisamente esa edad mínima de imputabilidad.

Por último, el Comité de los Derechos del Niño tal como se expuso en este capítulo, en su Observación General N°10 alienta a los Estados Partes a no fijar una edad de

responsabilidad penal mínima por debajo de los 12 años, ya que una edad menor no sería internacionalmente aceptable.⁷⁶

Por todo lo expuesto anteriormente y con los argumentos jurídicos correspondientes, creo estar en condiciones de dar una respuesta positiva para la hipótesis de trabajo planteada, pero sin responder con ello acerca de la conveniencia o no de disminuir la edad de imputabilidad como única solución y medida para frenar el incremento de la delincuencia juvenil.

Si bien la respuesta a la hipótesis de este trabajo concluye que es jurídicamente posible disminuir la edad mínima de responsabilidad penal en nuestro país, esto no significa pensar en una ley o reforma que considere por igual a un menor de 12 años, a uno de 14 o bien de 16 años ya que, a pesar de que en esas edades se encuentran en proceso de desarrollo mental, emocional e intelectual, uno de otros presenta diferencias en su nivel de maduración.

Creo importante también en este sentido que al momento de establecer una pena o sanción se debe tener en cuenta el daño ocasionado mediante el delito cometido, se debe considerar la peligrosidad del sujeto para no “estandarizar castigos” y que a través de las medidas sancionatorias también se pueda restaurar el daño ocasionado si esto fuera posible. Debemos pensar y hacer una justicia juvenil especializada, con personal idóneo para el tratamiento de situaciones conflictivas en donde intervengan menores, ya que estos deben recibir un trato diferente a un adulto.

Considero que este es un debate que debe realizarse no solo incluyendo representantes de nuestro Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino también debe incluirse a expertos en materia de educación, de salud, de justicia penal juvenil y diferentes profesionales que puedan aportar argumentos orientados no a una justicia sancionatoria y de castigo, sino a un sistema de justicia preventivo, un sistema en el cual podamos comenzar a incluir el concepto de justicia restaurativa.

Hoy en día hay muchas y diferentes posiciones ideológicas respecto de si es conveniente o no disminuir la edad de imputabilidad, pero poco se dice y se propone de incluir medidas distintas a la privación de la libertad como sanción, medidas que busquen restablecer la paz entre el autor del delito y la víctima a través de instancias de conciliación y mediación, hecho que se considera actualmente como medidas de una justicia restaurativa.

Debemos plantearnos (o replantearnos) como sociedad que pretendemos cuando hablamos de disminuir la edad a partir de la cual nuestro derecho debe considerar responsable

⁷⁶ Observación General N°10 del Comité de los Derechos del Niño, 2014.

penalmente a un menor de edad, reflexionando acerca de cuál es la finalidad que debe buscar la pena o sanción que se le impone al menor delincuente y si esta finalidad efectivamente se cumple, diseñando programas en los cuales se pueda reinsertar en la sociedad al menor que haya cumplido su sanción, para que pueda vivir una vida cuanto menos en libertad, pero no solo de la libertad que significa estar fuera de las cárceles y lugares de encierro y/o tutela, sino de la libertad de prejuicios que en muchas ocasiones tenemos hacia estos jóvenes.

Finalizo este trabajo con el deseo de haber contribuido en alguna manera a un tema de tanta importancia y sensibilidad, y comparto una frase de Eduardo Galeano que leí durante el proceso de construcción de este proyecto, frase que me pareció muy apropiada y oportuna ya que, en lo personal estoy convencido que nuestro entorno, nuestro contexto, nuestro pasado y nuestro presente, nuestra herencia familiar nos puede condicionar en muchas ocasiones, pero no debe bajo ningún motivo determinarnos como personas, y en especial determinar nuestro futuro.

“¿Qué faceta humana nos destruye? El conformismo, la aceptación de la realidad como un destino y no como un desafío que nos invita al cambio, a resistir, a rebelarnos, a imaginar en lugar de vivir el futuro como una penitencia inevitable”

Eduardo Galeano.

Referencias Bibliográficas

Doctrina

- Arias, F. (2006). *Proyecto de Investigación: introducción a la metodología científica* (5° ed.) Caracas, Venezuela: Espíteme.
- Bacigalupo, Enrique. (2007). “Derecho Penal Parte General”, 2da. Edición totalmente renovada y ampliada 1ra. reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi S.R.L .
- Baratta, A. (1995). La Niñez y la Adolescencia en conflicto con la ley penal: El nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad. Artículo “Elemento de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia”, San Salvador: Hombres de Maíz.
- Beloff, Mary. (2006). Los derechos del niño en el sistema interamericano, Buenos Aires, Argentina: Ed. del Puerto.
- BCN. (2008). Ley Penal Juvenil. Recuperado de <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-penal-juvenil>
- Castro Moreno, Abraham (2011). Teorías unificadoras, eclécticas o mixtas. Recuperado de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/iacute-unificadoras-eacute-mixtas-54079438>
- Cillero Bruñol, M. (2001). El Interés Superior del Niño. En M. Beloff, J. Cortés, J. Couso (Eds.), *Justicia y Derechos del Niño* (pp. 45-56). Santiago de Chile, Chile: Nuevamérica Impresores.
- Creus, Carlos. (1992). Derecho Penal Parte General 3^{ra} ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Dorado Montero, Pedro. (1915). “El derecho protector de los criminales”. Madrid: Victoriano Suarez.
- Estrada, Francisco. (2007). *40 Años del caso Gault*. Justicia Penal Adolescente. Recuperado de <http://justiciapenaladolescente.blogspot.com.ar/2007/05/40-aos-del-caso-gault.html>
- Fernández Gonzalo & Aboso Gustavo. (2004). Derecho Penal, Parte General “Maestros del Derecho Penal” -pag. 177-. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Ferri, Enrico. (1917). Sociología Criminal. Buenos Aires, Argentina: Valletta Ediciones.

- Garcia Mendez, Emilio. (2004). Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Analisis de la Ley 26.061, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- González Valdez, Violeta. (2017). “La justicia penal juvenil en Paraguay”. Recuperado de <http://www.cuestionsocial.com.ar/noticia.php?id=30>
- Greco, Luis. (2015). Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Madrid, España: Marcial Pons.
- Gunther, Jakobs. (1998). *Sobre la Teoría de la Pena*. Bogotá, Colombia: Cargraphics S.A.
- Hegel, Georg. (1994). *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Libertarias.
- Kant, Immanuel. (1778). *Críticas a la Razón Práctica*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue.
- Lorenzetti, R. (2008). XI Congreso Argentino y Jornadas Internacionales de Derecho del Consumidor. *Penalización de Menores*. Recuperado de <http://noticiasdeinfancia.blogspot.com.ar/2008/11/penalizacion-de-los-menores-un-debate.html>
- Maldonado, Enrique Daniel. (2005). Causa N° 1174. CSJN.
- Morales, Ximena. (2009). Imputabilidad de Menores. *Propuesta & Debate*. Recuperado de http://www.iaepenal.com/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=1556:imputabilidad-de-menores&catid=296:numero-2&Itemid=391
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Civitas S.A.
- Sampieri, Rigiberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación (5ta ed.)*. México: Mc Graw- Hill.
- Seoane, Natalia Lorena. (2010). Baja de Edad de Imputabilidad. *Seminario sobre aportes técnicos teóricos recientes*, 7-9.
- Servini de Cubría, Maria; Moras Mom, Fernando. (2004). El Régimen de imputabilidad de los Menores. *La Reforma Propuesta*. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/595451-el-regimen-de-imputabilidad-de-los-menores>
- Soto Ríos, Sonia. (2010). Justicia Penal Juvenil en Bolivia. *De la realidad que tenemos a la justicia que queremos*. Cochabamba, Bolivia: Industria Gráfica JV editora.

- UNICEF. (2006). Glosario para el correcto tratamiento de la información sobre infancia y adolescencia. Recuperado de <https://www.unicef.org/argentina/spanish/3.Glosario.pdf>
- UNICEF. (2006). “Justicia y Derechos del Niño” Número 8. Recuperado de <https://www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf>
- UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html
- UNICEF. (2014). Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Recuperado de <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>
- Viña, Gonzalo. (2007). “Los sistemas procesales en América Latina: ¿Un nuevo régimen? Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica07.pdf
- Yuni & Urbano, (2006). *Técnicas para Investigar (vol.1)*. Córdoba, Argentina: Brujas.

Legislación

Internacional

- Declaración de los Derechos del Niño. Adoptada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la V Asamblea de las Naciones Unidas.
- Ley N° 903/81. Código del Menor. Paraguay.
- Ley N° 17.823. Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay.
- Ley N° 16.618. Ley de Menores de Chile.
- Ley N° 20.084. Ley de Responsabilidad Penal Adolescente de Chile.
- Ley N° 8.069. Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil.
- Ley N° 2.026. Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia.
- Decreto Ley N° 7.760. Código del Menor de Bolivia.
- Decreto Ley N° 10.428. Código Penal de Bolivia.
- Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Nacional

- Ley N° 22.278 Regimen Penal de Minoridad.
- Ley N° 22.803 Régimen Penal de Minoridad.
- Ley N° 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley N° 10.903 Ley de Patronato de Menores.
- Ley N° 26.061 Ley de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley N° 24.430 Constitución Nacional Argentina.

Jurisprudencia

- Cámara de Casación Penal, Capital Federal, Sala 2, Goitea, Raúl Fernando Nicolás s/ Recurso de Casación, (2012).
- Cámara de Casación Penal, Capital Federal, Sala 2, Alvarez, Guillermo y otro s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, (2000).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Capital Federal, Sala 3, M., M. s/ Pena, (1991).
- Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería, Trelew, Chubut, Sala Procesal Penal, M., V. s/ Lesiones Graves, (1993).
- CSJN, García Méndez Emilio y Musa Laura s/ causa N° 7537”, (2008).
- CSJN, Sala Penal, Maldonado Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado, Causa N° 1174, (2005).
- CSJ, Rosario, Santa Fe, Erbetta – Falistocco – Gutierrez – Netri –Spuler – Gastaldi, s/ Revisión Penal, (2012).
- CSJ, San Miguel, Tucumán, Sala Civil y Penal, Gandur – Estofan – Posse, s/ Recurso de Casación, (2015).
- Juzgado Penal Juvenil, Córdoba, Córdoba, Merlo de Rossi, Acción Colectiva presentada por Defensor de Niñas, Niños y Adolescentes de la pcia. de Córdoba, (2013).

- STJ, Rawson, Chubut, Sala Penal, Fernando Royer- José Luis Pasutti-Agustín Torrejón, N., M.G. s/ Homicidio Simple, (2000).