

Universidad Siglo 21



Trabajo Final de Graduación

El niño en conflicto con la ley penal en Argentina:
El proceso de menores en la provincia de Corrientes

Abogacía

Autora: Rocío Vanesa Acuña

2019

Índice

Introducción.....	5
Capítulo 1: Aspectos generales.....	7
a) Status jurídico del niño, niña y adolescente.....	7
b) Amparo de las normas internacionales.....	9
c) Derechos y Garantías.....	12
Capítulo 2: El niño en conflicto con la ley penal.....	16
a) Características y antecedentes del sistema penal juvenil.....	16
b) La edad mínima de responsabilidad penal.....	19
c) Debate acerca de bajar la edad de imputabilidad: argumentos y controversias.....	22
Capítulo 3: El sistema penal juvenil en Argentina.....	27
a) Ley 22.278: Características y contradicciones con los parámetros internacionales.....	27
b) El proceso penal juvenil en la provincia de Corrientes.....	31
Capítulo 4: Las medidas de protección y alternativas al proceso.....	37
a) La privación de la libertad del niño como medida excepcional.....	37
b) Medidas alternativas en el proceso penal juvenil.....	40
Conclusión.....	46
Referencias.....	48
a. Doctrina.....	48
b. Legislación.....	50
c. Jurisprudencia.....	51

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo describir el sistema penal juvenil en Argentina y las posibles contradicciones que pudiera presentar con los derechos y garantías reconocidos a los niños, niñas y adolescentes por un amplio *corpus iuris* que incluye las normas internacionales, admitidas con jerarquía constitucional en el país. Asimismo, se aborda la cuestión controvertida sobre la necesidad de reformar la ley 22.278 a fin de bajar la edad mínima de responsabilidad penal, las diferentes posturas y sus fundamentos. En particular, se aborda el proceso penal seguido a una persona menor de edad en la provincia de Corrientes. Por otra parte, se exponen los supuestos excepcionales en que procede la privación de la libertad de un adolescente imputado y los criterios jurisprudenciales al respecto. Por último, aquellas medidas alternativas que, conforme la oportunidad, sirven para descomprimir el sistema penal juvenil y se adecuan a los fines socio-educativos del mismo.

Palabras clave: sistema penal juvenil, derechos del niño, responsabilidad penal, privación de la libertad.

Abstract

The present work has as objective to describe the juvenile penal system in Argentina and the possible contradictions that could present with the rights and guarantees recognized to the children by a wide corpus iuris that includes the international norms, admitted with constitutional hierarchy in the country. Likewise, the controversial issue on the need to reform Law 22,278 is addressed in order to lower the minimum age of criminal responsibility, the different positions and their foundations. In particular, the criminal process followed by a minor in the province of Corrientes is addressed. On the other hand, the exceptional cases in which the deprivation of liberty of an imputed adolescent and the jurisprudential criteria in this regard are exposed. Finally, those alternative measures that, according to the opportunity, serve to decompress the juvenile penal system and are adapted to the socio-educational purposes of it.

Keywords: juvenile penal system, criminal responsibility, child rights, institutionalization.

Introducción

El presente trabajo pretende analizar el sistema penal juvenil en Argentina en virtud del desconocimiento general del ciudadano al respecto y en particular a la responsabilidad penal del joven menor de edad. A menudo se advierte que la opinión pública relaciona al adolescente infractor de la ley penal como impune ante cualquier ilícito y se abre un debate superficial acerca de bajar la edad imputabilidad del mismo como solución a la inseguridad.

La infancia se encuentra amparada por un extenso marco de normas internacionales que han sido ratificadas y que poseen jerarquía constitucional en Argentina a partir de la última reforma de la Constitución en 1994. A nivel nacional, el sistema penal juvenil es regulado por la Ley 22.278 - sancionada en el año 1980 durante la dictadura militar – y modificada por la Ley 22.803. La principal crítica que ha recibido dicha norma es que la misma no se adecua a los actuales parámetros internacionales que rigen al juzgar a una persona menor de edad, provocando serias contradicciones y dificultades para los magistrados al momento de su interpretación.

Antaño, el niño era considerado un objeto de protección, lo cual otorgaba un amplio margen de discrecionalidad al Juez, quien adoptaba un rol paternalista. Este mismo paradigma es el que sostiene la Ley 22.278, ya que además de definir la edad mínima de responsabilidad penal, establece que en cualquier caso el Juez dispondrá provisoriamente del niño en conflicto con la ley penal.

En tal sentido, el problema de investigación planteado se traduce en la pregunta ¿Es constitucional la ley 22.278 en relación a los parámetros internacionales de los derechos de los niños reconocidos y ratificados en el país?

A modo de hipótesis se formula que el modelo tutelar que sustenta dicha norma vulnera ciertos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. En particular, el principio de legalidad al disponerse la privación de la libertad considerando las circunstancias personales y de su entorno familiar, sin guardar relación ni proporción con el delito que se le atribuye. Por su parte, el proceso penal de menores en la provincia de Corrientes menoscaba el principio de especialidad en ciertas disposiciones.

No obstante haberse promulgado la ley nacional 26.060 de Protección Integral de los Derechos del Niño en el año 2005, la cual deroga expresamente la Ley 10.903- génesis del sistema paternalista del Estado- no se ha integrado suficientemente la misma al sistema de responsabilidad penal juvenil, sesgando dicha normativa al fuero no penal en la mayor parte de los casos.

En tal sentido, existe escasa jurisprudencia que ha declarado la inconstitucionalidad de la ley nacional N° 22.278 y nuestra Corte Suprema de Justicia ha sentado criterio respecto a la remisión directa de las normas de jerarquía superior. Lo cierto es que en nuestro viejo pero aun vigente sistema penal juvenil quedan resabios del sistema tutelar, aquél que dispone del niño con amplio margen discrecional, el cual vulnera los principios rectores y garantías dispuestas por normas supra nacionales.

En efecto, el objetivo general es evaluar si el sistema penal juvenil argentino es constitucional respecto a las normas internacionales ratificadas por el derecho interno. Como objetivos específicos se dispone identificar las contradicciones de la Ley 22.278 y las normas internacionales como asimismo explicar el proceso penal de menores y sus particularidades en la provincia de Corrientes.

Conforme el problema de investigación planteado en el presente trabajo, el tipo de estudio es esencialmente descriptivo. Su elección responde a la intención de analizar en qué consiste y cómo se manifiesta el mismo, sus dimensiones, características y propiedades (Hernández Sampieri, Fernández Collado, Baptista Lucio, 2010).

Asimismo, será abordado a través de modo correlacional a fin de establecer la relación entre las normas de jerarquía constitucional con el Régimen Penal de la minoridad (ley nacional) y el proceso penal seguido a los menores de edad en la provincia de Corrientes. Respecto a la metodología de investigación, se adopta el enfoque *cualitativo*, a fin de abordar el problema a través de una construcción e interpretación integral.

Capítulo 1: Aspectos generales

a) Situación jurídica del niño, niña o adolescente

El status jurídico del niño, niña o adolescente se construye a través del *corpus juris* que ampara al mismo, el cual será desarrollado en este capítulo.

El niño es un sujeto pleno de derecho. Ello implica garantizar el ejercicio de sus derechos por su condición de persona humana y además proporcionar una protección especial en razón su edad. A decir de Bellof (1999) los niños son personas completas y como tales se les reconocen todos los derechos más otros específicos porque están creciendo.

Cabe mencionar que con anterioridad a esta construcción jurídica, al niño se lo consideraba como un objeto de protección, es decir, alguien incapaz de ejercer sus derechos y que en caso de infringir la ley, encontrarse falto de asistencia por parte de sus padres, en estado de abandono o riesgo, quedaba a disposición del Estado el que asumía un rol paternalista al respecto.

La doctrina es conteste en afirmar que este status jurídico del niño como objeto de protección se inscribe en el positivismo criminológico de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, el cual sentó las bases de un paradigma tutelar o también llamado de “situación irregular”. A decir de Crivelli (2014) este modelo se centró en estudiar las causas de la criminalidad a fin de identificar las medidas de intervención adecuadas para eliminarlas o neutralizarlas, dirigidas principalmente hacia el sujeto. El mismo autor indicó que “los fundamentos de esta ideología influyeron en la consideración del menor como un ser débil, enfermo, incompleto, vulnerable y por ello, necesitado de ayuda, fortalecimiento y tratamiento” (p. 80).

Particularmente en Argentina este paradigma tutelar se vio fielmente reflejado en la Ley de Patronato de Menores N° 10.903- hoy derogada por la Ley 26. 061- y sus resabios en la vigente Ley 22.278 que más adelante desarrollaremos.

A través del tiempo ha mutado esa antigua concepción del niño, y en particular en Argentina a partir de la reforma de la Constitución en 1994, la cual reconoce en su

art. 75 inc. 22 la jerarquía constitucional de todos los tratados internacionales aprobados y ratificados por el país. Desde entonces, la jurisprudencia argentina ha cimentado valiosos criterios que reconocen al niño su status como sujeto de derecho.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que la Convención sobre los Derechos del Niño:

No ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la “evolución” de las facultades del niño (arts. 5° y 14.2), a la evolución de su madurez (art. 12), y al impulso que debe darse a su “desarrollo” (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). (Fallos: 331:2691)

La característica fundamental que distingue al niño del adulto es la edad, definido por la CDN como el ser humano menor de dieciocho años de edad, categoría objetiva que delimita la niñez. El Código Civil y Comercial argentino en su art. 25 también establece la edad de 18 años para delimitar la minoría de edad indicando además la existencia de la persona humana desde su concepción (art. 19).

Por esta razón, el niño no resulta equiparable a un adulto y es el Estado quien debe garantizar un trato diferenciado ante cualquier conflicto en el que el mismo se encuentre involucrado. No obstante, ello no implica desconocer los mismos derechos y garantías que posee una persona mayor de edad. Al contrario, el niño goza de tanto más por su condición de tal (CSJN, Fallos: 328:4343).

Asimismo, conforme las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (Reglas de Brasilia) los niños son personas en estado de vulnerabilidad que merecen “una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 17 (2002) ha caracterizado a los niños como:

Un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos.

El niño como sujeto de derecho se inscribe en un sistema de responsabilidad, distinto al tutelar, pues ya no se centra en el niño como un objeto necesitado de protección estatal, sino a un niño capaz de responsabilizarse de sus actos y motivarse ante la norma, no obstante las especiales consideraciones que por su condición de tal merece (Crivelli, 2014).

Por su parte, la Ley 26.061, sancionada y promulgada en Argentina en el año 2005 reconoce en el Art. 3 inc. a) al niño como sujeto de derecho, en el marco de un sistema de protección integral de los derechos y garantías del mismo, sostenidos en el ordenamiento jurídico nacional. Dicha ley debe considerarse e interpretarse como complemento de la Ley N° 22.278 la cual regula el Régimen Penal de Minoridad, como asimismo de los tratados internacionales ratificados en el país y reconocidos con jerarquía constitucional.

b) Amparo de las normas internacionales

Al hablar de *corpus juris* nos remitimos a una serie extensa de documentos internacionales que se inicia con la Declaración de los Derechos del Niño (1924), al ser el primer documento internacional que abordó el tema (Bellof, 2014). A través de éste la humanidad reconoce y se obliga a proveer al niño todos los medios necesarios para su íntegro desarrollo (Terragni, 2015).

Asimismo la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño (1959), específicamente el Art. 7 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y el Art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En este orden, cabe destacar la Convención sobre de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 y en vigencia desde 1990. La misma fue ratificada

en Argentina por Ley N° 23.849 y reconocida con jerarquía constitucional por la Constitución Nacional en su Art. 75, inc. 22, 2° párrafo. A decir de Bellof (2008) dicho tratado es la expresión más completa sobre el niño como sujeto de derecho internacional, un hito a lo largo del proceso de la protección jurídica de la infancia.

A los fines de este trabajo, resulta necesario abordar un principio rector de esta Convención que reviste relevancia:

El Interés Superior del Niño establecido en el Art. 3 de la Convención, se define como el deber del Estado de priorizar ciertos derechos de los niños cuando se encuentren en conflicto con otros derechos individuales. No obstante, el ISN no es una regla general y no puede ser utilizado discrecionalmente, ya que no es absoluto, sino que se limita a un contenido mínimo de derechos del niño que resultan superiores frente a otros derechos individuales o intereses colectivos.

En Argentina, la ley 26.061 ha definido el interés superior del niño como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. La Corte Suprema de Justicia en nuestro país consideró que ISN debe ser valorado por el Juez en el caso concreto sin basarse en cuestiones abstractas. (Fallos 331:941)

En efecto, esta disposición resulta compleja pues es el caso concreto el que determinará si es acertado aplicar la misma, sopesando los derechos en conflicto para no hallarnos ante un abuso de discrecionalidad al acudir a esta norma como un comodín vacío de contenido.

El principio del ISN se encuentra en íntima relación con el *derecho a ser oído* reconocido por la Convención de los Derechos del Niño en su art. 12. Ello por cuanto éste último es el método para determinar el efectivo interés superior del niño. Son principios complementarios que han de aplicarse simultáneamente (Observación General 12, 2009). El mismo es definido por la Convención como el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose en cuenta la misma, en función de su edad y madurez.

La limitación de este derecho se deduce por la edad o grado de madurez. Es decir que a mayor edad y/o madurez mayor autonomía y participación en el proceso. Esta condición que se reduce a términos proporcionales es el fundamento de la adopción de medidas de protección que muchas veces no se condice con la voluntad del niño lo cual sesga su autonomía, lo que se denomina “paternalismo justificado” (Garzón Valdés, 1994).

La Corte IDH ha dicho que

La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior (Opinión Consultiva 17, 2002, párr. 101).

Por otra parte, los instrumentos no convencionales, que forman parte del derecho consuetudinario, deben ser considerados al interpretar las normas convencionales. Entre ellos se encuentran las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), entre las que se pueden mencionar la Regla 5.1, indicando que la respuesta estatal ante los menores que delinquen siempre será proporcional a sus circunstancias y al delito; el margen suficiente de las facultades discrecionales de las autoridades (Regla 6.1); las garantías procesales básicas reconocidas a todos los menores durante el proceso (Regla 7.1); lo atinente a la remisión de casos como alternativa a la judicialización (Regla 11.1) y las disposiciones sobre la prisión preventiva o privación de libertad como último recurso y durante el menor tiempo posible (13.1).

Asimismo, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de la Libertad y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad que oportunamente serán desarrollados en su parte pertinente a los fines del presente trabajo.

c) **Derechos y Garantías**

En este apartado nos centraremos particularmente en las garantías esenciales que rigen la justicia penal juvenil. Como ya se ha mencionado con anterioridad, los niños que se encuentran imputados o involucrados en una causa penal gozan de todos los derechos y garantías reconocidas a una persona adulta pero además un plus especial por su condición de niño (Corte IDH, Opinión Consultiva 17, 2002). Como bien señala Terragni (2015) “esto debe traducirse en que las personas menores de edad deben tener iguales garantías que los adultos como un piso legal y cuando correspondiere deben regir estándares más estrictos en su beneficio” (pág.145).

A nivel internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 40. 2 establece el principio de *legalidad*, que es aquél que exige que nadie puede ser juzgado por una conducta que no se encuentre prevista, tipificada y penada por ley al momento de su comisión. La Constitución Nacional argentina también lo garantiza en su Art. 18 y es fundamental, puesto que toda persona debe conocer lo que la ley prohíbe y prevé como acto o conducta antijurídica y las respectivas consecuencias de su comisión u omisión. De lo contrario, no puede reprocharse un acto que no estaba previsto por ley como delito al momento de cometerlo.

Asimismo, la Convención garantiza en el mismo art. 40. 2 inc. b) la presunción de inocencia hasta que se compruebe su culpabilidad conforme la ley, el derecho a la información sin demora de los cargos que se le acusan, asistencia jurídica, defensa técnica, juez competente, independiente e imparcial, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, condiciones de igualdad en el proceso (principio de bilateralidad), entre otras.

En su art. 40. 3 dicho tratado establece específicamente el principio de especialidad como garantía exclusiva del niño. El mismo dispone el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para niños en conflicto con la ley penal, lo que implica según Terragni (2015) que los recursos y procesos se tramiten con debida diligencia y dedicación especial cuando se trata de niños, a fin de brindar un correcto acceso a la justicia.

Conforme la Corte IDH los menores de edad en conflicto con la ley penal deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales exclusivos y específicos para éstos. Ello por el trato diferencial que debe darse a personas en desarrollo, de lo contrario “se violaría el principio de equidad si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada” (Fallos: 330:5294, considerando 7° del voto de los Jueces Higton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda)” [Terragni, 2015]

Este principio es la base del sistema penal juvenil, a partir del cual debe organizarse el Poder Judicial de cada provincia a fin de no vulnerar el trato diferenciado que requieren los niños al ser juzgados. El mismo también implica el establecimiento de una edad mínima de capacidad para infringir la ley y la adopción de medidas alternativas a la judicialización, ambas cuestiones que serán desarrolladas oportunamente.

Por otra parte, la garantía de un proceso en plazo razonable, reconocida por tratados internacionales con jerarquía constitucional. Al respecto Bidart Campos (2008) expresó “incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, defendiendo su posición ante la ley y la sociedad, ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre” (pág. 195).

Conforme la Regla 20 de las Reglas de Beijing, todas las causas deben ser tramitadas de manera expedita y sin demoras innecesarias. Si bien a toda persona le asiste el derecho a un proceso en plazo razonable, máxime al niño sometido a proceso. Las dilaciones procesales no pueden perjudicar al niño en el goce de sus derechos y garantías procesales.

A su vez, la Regla 38 de las Reglas de Brasilia indicó que se deben adoptar las medidas necesarias para evitar retrasos en el trámite de las causas, garantizando la pronta resolución judicial y su ejecución, otorgando prioridad en la atención por parte de los órganos judiciales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) expresó “los procedimientos judiciales deben adaptarse para que sean ágiles, accesibles apropiados y comprensibles para los NNA”.

La ley nacional 26.061 también estableció que el Estado debe garantizar al niño en cualquier procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, además de todos los derechos constitucionales, tratados internacionales ratificados por el país y leyes, los siguientes derechos y garantías:

“a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite; b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en la niñez; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (Ley 26.061 art. 27).

En efecto, el niño que de cualquier modo se encuentre involucrado en un proceso judicial debe ser escuchado y además su opinión tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión o resolución del caso. Para que este derecho pueda ser ejercido eficazmente por el mismo, debe proporcionarse toda la información necesaria al respecto para formar su opinión, del modo más accesible para él en términos de lenguaje, tiempo y lugar.

En el orden provincial, la Constitución de la provincia de Corrientes en el Capítulo V art. 41 reconoce el derecho del niño a su desarrollo integral y los derechos y garantías contemplados en la Constitución Nacional, tratados y leyes. Respecto a cualquier procedimiento judicial o administrativo en el que se encuentre involucrado el derecho a ser oído, a que su opinión se tenga en cuenta al resolverse cualquier cuestión que lo afecte, a ser asistido por un letrado y en caso de detención que sean alojados en establecimientos especiales en resguardo de su integridad física y psíquica.

Por último, el Código Procesal Penal de la provincia de Corrientes en el Título II, Capítulo II, art. 439, al regular el proceso de menores establece como regla general que el juzgamiento de aquéllos será conforme a las normas comunes del Código con excepción a las regladas en el mencionado capítulo que oportunamente se desarrollará. En efecto, se reconoce que todas las garantías procesales comunes que conciernen a los adultos también le son aplicables al menor sometido a proceso. Cabe destacar entre ellas las mencionadas en el art. 1 de éste Código provincial, las garantías constitucionales de juez natural, presunción de inocencia, a no ser juzgado por el mismo hecho más de una vez, la interpretación restrictiva de la privación de la libertad y el principio de *In dubio pro reo*, es decir que en caso de duda fallar a favor del imputado.

Conclusiones parciales

El niño es un sujeto pleno de derecho, reconocido y amparado por un extenso *corpus iuris* que incluye tratados y documentos internacionales, la Constitución Nacional argentina y leyes nacionales y provinciales. Este status jurídico implica reconocerle al mismo todos los derechos y garantías que detenta cualquier persona humana más una protección especial por ser menor de edad. Ello porque el niño es una persona que aún se encuentra en formación, física y psicológica, por lo tanto es vulnerable y merece por parte del Estado y la sociedad ciertas garantías específicas que procuren un trato diferenciado.

En el marco de las normas internacionales que regulan la infancia, se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual supo aunar todos los derechos y garantías reconocidos por otros instrumentos que nombra en su preámbulo. Además de aquellos a que le asiste a todo niño tanto como a un adulto, específicamente respecto a los menores se encuentran los principios rectores de especialidad y el Interés Superior del Niño.

En conclusión, al juzgar a un niño todos los órganos jurisdiccionales deben adoptar y exigir los mayores recaudos a fin de cumplimentar y garantizar al niño el ejercicio de sus derechos.

Capítulo 2: El niño en conflicto con la ley penal

a) Características y antecedentes del sistema penal juvenil

En primer lugar es importante definir qué es un sistema penal juvenil. Según expresa Crivelli (2014) es un “mecanismo formal de control social en un contexto determinado”. Es decir, la reacción estatal ante la conducta del niño que resulta inadecuada a las normas impuestas en una sociedad y tiempo particular. A su vez, este sistema de control depende de la representación social del niño, la cual se determina por los factores sociales, económicos y culturales.

A fin de no extendernos, nos centraremos en los antecedentes en Argentina. El sistema penal juvenil surge a principios del siglo XX, con el nacimiento de la industria, al mismo tiempo que el paradigma tutelar que predominó en el país durante varias décadas.

Este sistema comienza a gestarse a raíz del aumento de la población en las grandes urbes, por la creciente inmigración que atrajo la industria, lo cual también acarrió pobreza. En este contexto se visibilizaron los niños que delinquían o que estaban en situación de abandono. He aquí donde el Estado comienza a intervenir en un rol paternalista con amplia discrecionalidad a fin de suplir las carencias de los niños.

Así se instala el modelo de patronato de Estado, rápidamente adoptado en muchos países y en Argentina con la Ley 10.903 de Patronato de menores -también llamada “Ley Agote” por el diputado que la impulsó- sancionada y aprobada en 1919, siendo la primera norma en materia de minoridad en toda Latinoamérica.

Si bien la Ley 10.903 de Patronato de Menores no era en rigor una normativa de carácter penal, establecía como deber del Estado la tutela de menores infractores de la misma y aquellos abandonados, otorgando a los jueces la potestad de disponer de ellos de modo preventivo y por tiempo indeterminado. Dicha disposición consistía en medidas de

seguridad –vigilancia o internación- adoptadas por el órgano jurisdiccional con fundamento en el interés del niño, considerado como un objeto de protección, carente de discernimiento.

Una cuestión importante a tener en cuenta, es que dicho modelo no distinguía a los niños infractores de la ley penal de aquellos que eran víctimas o se encontraban en situación de riesgo y abandono, lo que vulneraba principios constitucionales como el de legalidad, inocencia y culpabilidad, dejando al niño al margen del Derecho penal y procesal penal (Crivelli, 2014).

Asimismo, las medidas de intervención se imponían con absoluta independencia de la comprobación del delito atribuido al menor, inclusive respecto al que no alcanzaba la edad penal mínima de responsabilidad penal.

Específicamente esta ley estaba destinada a aquellos niños pertenecientes a sectores marginados, bajo el estigma de “peligrosos”. Conforme Kohan y Liguori (2012) la discusión parlamentaria previa se basó en una suerte de relación causal entre el abandono y la delincuencia, propio de la ideología positivista del momento.

De esta manera, se marca una suerte de destino inevitable que les espera a aquellos niños que se encuentran en situación de abandono. En este sentido, ante la posible amenaza que podían generar a la sociedad, era necesario controlar a esta población de alto riesgo. Ubican de esta manera a los más jóvenes en un lugar social cuya definición está atada a los contextos geográfico-culturales, una otredad que encarna al sujeto excluido en cuanto portador de peligrosidad y sobre el cual debe caer el peso del control estatal (Kohan y Liguori, 2012, p. 11-12).

En este orden, se propendía a la criminalización del niño pobre, siendo necesario “elaborar un andamiaje jurídico que legitimara la posibilidad de “expulsarlos al interior de instituciones dedicadas al control represivo de la pobreza” (Crivelli, 2014, p.23.)

Por otra parte, el Código Penal de 1921 establecía en su Art. 36 que el menor de 14 años no era punible. No obstante, si resultaba peligroso dejarlo a cargo de sus padres o

guardadores, el tribunal podría dejarlo en una institución de corrección de menores hasta que cumpla 18 años de edad. Asimismo, su salida se podía anticipar por buena conducta o de lo contrario prolongar su estadía hasta los 21 años si en base a su mala conducta el menor resultaba “peligroso” o “pervertido”. Ello, con independencia de comprobarse o no su autoría en el delito que se le atribuía.

El siguiente artículo de dicho código consideraba punibles a los niños mayores de 14 hasta los 18 años, distinguiendo dos posibilidades respecto a la pena del delito atribuido: si el mismo permitía condena condicional, el menor podía ser internado en un centro correccional, si fuese peligroso dejarlo al cuidado de sus padres y anticipar o retardar su estadía hasta los 21 años si fuese necesario. De lo contrario, si la pena del delito no admitía condena condicional el tribunal podía reducirla a la prevista para el delito tentado, sin determinar ningún parámetro para ello.

Conforme indica Fellini (2007) esta norma de fondo adoptó un criterio doble, consagrando la fórmula de peligrosidad del menor y la gravedad del hecho. Es evidente que el criterio de “peligrosidad” dejaba a libre consideración del Juez qué circunstancia o conducta consideraba incluida en el mismo, lo que en el peor de los casos legitimaba su internación hasta los 21 años, inclusive respecto a los menores que carecían de responsabilidad penal. Cabe mencionar que este análisis de conducta era la que el menor mantenía durante su internación en un instituto correctivo, no respecto al delito que se le imputaba.

Finalmente, la ley 14.394, aprobada en 1954, llamada “Modificación al Régimen de los Menores y de Familia”, derogó los artículos relativos a los menores del Código Penal hasta entonces vigente, elevando la edad mínima de responsabilidad penal a 16 años e imponiendo amplio margen de discrecionalidad judicial para adoptar medidas tutelares, basadas en las circunstancias personales del menor y su entorno.

De las leyes hasta aquí mencionadas se puede distinguir que todas tienen en común la construcción social del niño como objeto de protección, aquél “desviado” que mantiene conductas desadaptadas o que se encuentra en estado de abandono y precisa la tutela del Estado.

Cabe mencionar que este paradigma de Patronato continúa subyacente en la Ley 22.278 sancionada en 1980, la cual regula el sistema penal juvenil en el país y que será desarrollada en el siguiente capítulo. No obstante, la Ley 26.060 (2005) viene a romper con aquél modelo basado en el positivismo criminológico, derogando la antigua Ley 10.903 e instaurando un sistema de protección integral del niño, en consonancia con lo dispuesto por la Constitución Nacional y los tratados internacionales reconocidos por la misma con jerarquía constitucional.

b) La edad mínima de responsabilidad penal

En primer lugar, a los fines del presente trabajo, es necesario diferenciar la imputabilidad de la punibilidad en el sistema penal juvenil.

En jurisprudencia citada por el Dr. Donna (2003) podemos encontrar una definición clara y precisa:

La imputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad. Un sujeto es imputable cuando tiene aquella capacidad, pero ésta es al mismo tiempo la de responder a la exigencia de que comprenda la antijuricidad y de que adecue su conducta a esta comprensión. De ello se deriva que la imputabilidad es una condición y que ella ha de ser referida al caso concreto, según la infracción concreta que se atribuye (TOCr. de Capital Federal N° 2, 14-5-2001, “B., J. C.” c. 1294) [pág. 270].

Por su parte, Creus (1994) define la *inimputabilidad* como "la incapacidad del sujeto para ser culpable, o sea, para saber lo que hace y conocerlo como contrario al derecho (o) para dirigir sus acciones de acuerdo con ese conocimiento" (pág. 341)

En decir, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Si no hay imputabilidad no es posible que el imputado sea culpable y por ende punible (pasible de sanción penal). En un proceso ordinario seguido a un adulto, dicha imputabilidad se comprueba a través de pericias psicológicas y/o psiquiátricas en cada caso concreto.

Sin embargo, respecto a las personas menores de edad la imputabilidad se encuentra delimitada previamente y de manera general a partir del establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal en virtud de un deber del Estado (Art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño).

Según la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 17, esta edad mínima de responsabilidad penal opera como “ficción útil” ya que no debe ser el magistrado quien con amplias facultades discrecionales decida si el niño ha alcanzado la madurez requerida para ser responsable penalmente.

En efecto, puede que un menor de 14 años sea lo suficientemente maduro para comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones, basándonos en que no todos los niños evolucionan al mismo tiempo, sino en virtud de factores históricos y culturales, pero la edad mínima de responsabilidad penal establecida no puede admitir excepciones. Pues de ser así, se propiciaría a la desigualdad y discriminación (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10).

Al respecto, los instrumentos internacionales no han definido una edad determinada como la más apropiada, no obstante la Regla 4.1 de las *Reglas de Beijing* indica que “su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.”

Así, Deymonnaz y Freedman (2017) expresaron que en general los niños menores de 14 años no son imputables por su inmadurez, su dificultad para comprender el orden legal y dominar sus emociones. Asimismo, por la alta influencia que ejerce el contexto familiar y social del menor en razón de su estrecho margen de autodeterminación.

En Argentina, la Ley 22.278 establece en su art. 1° que el menor de 16 años de edad es inimputable. Quienes no alcanzan dicha edad mínima de imputabilidad fijada por la ley al momento de cometer un ilícito deben quedar fuera del sistema penal. Es decir, son inimputables absolutos por presumir que antes de dicha edad carecen de capacidad para comprender sus actos y dirigir sus acciones.

La Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño expresó respecto las personas que no alcancen esta edad mínima establecida “el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños”.

El mismo artículo de dicha ley establece otra categoría o supuesto, que es aquella franja etaria de personas menores de edad entre 16 y 18 años no cumplidos imputados de delitos de acción privada o cuya pena no exceda dos años, multa o inhabilitación. Los mismos son imputables pero no punibles respecto a dichos delitos. Es decir, es una decisión adoptada por el legislador como política criminal, una excepción a la regla respecto a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

En el siguiente párrafo la norma refiere “si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres”. Dicha disposición incluye a ambas categorías, es decir la persona menor de edad inimputable en razón de no alcanzar la edad mínima prevista de responsabilidad penal (16 años) y los menores que si superan la misma pero no son punibles respecto al delito atribuido. Entonces, pese a la incapacidad de ser sometido a proceso, se investiga el hecho delictivo y simultáneamente se llevan a cabo las medidas necesarias a fin de conocer las circunstancias en que se halla el menor involucrado.

En términos procesales, cabe mencionar que si bien ha de llevarse a cabo la investigación del hecho, ello no implica que previamente no se declare la inimputabilidad o en su caso la no punibilidad del niño o adolescente y su sobreseimiento.

No obstante, la jurisprudencia ha dicho que previo a dicha sentencia es necesario evaluar los elementos probatorios para resolver si resulta o no suficiente para comprobar la posible autoría del menor, respetando un orden de prelación respecto a las causas establecidas por el Código Procesal Penal de cada provincia para dictar sobreseimiento del mismo, siendo la última la que se basa en su minoría de edad, una vez descartadas las

anteriores (CNCrim. Y Correc., sala IV, causa n° 20.623, “G., J. P. y otros”, del 20/03/2003).

Dicha postura se basa en la presunción de inocencia de todo imputado y al derecho de defensa en juicio. Pues, si no obstante la inimputabilidad o no punibilidad del menor el mismo resulta desvinculado por otra causa ello lo beneficiaría en su honor, lo que también otorgaría certidumbre respecto a su posición frente a la ley y la sociedad.

En contraposición, se ha sostenido que no respetar el orden de prelación respecto a las causas de sobreseimiento no constituye agravio, ya que al evaluarlas durante el avance de la investigación se perjudica al menor inimputable o no punible (CNCrim. Y Correc., sala VII, causa n° 27.540, “C.,G.A. y otro” del 29/09/2005).

En tal sentido, Vázquez (2010) ha dicho:

Ninguno de todos los incumplimientos conocidos de las prescripciones constitucionales que procuran tutelar integralmente a los adolescentes de 14 y 15 años, puede habilitar el eventual sometimiento de todos ellos a un proceso penal para que puedan defenderse de las imputaciones en su contra y ejercer las garantías del debido proceso penal. Para el adolescente el proceso también representa una pena en sí misma (párr. 50).

En definitiva, a fin de arribar a una sentencia que considere los elementos probatorios y se expida sobre la autoría del menor respecto al delito que se investiga, es necesario llevar a cabo todas las diligencias probatorias conducentes a tal fin, lo que implica cierto tiempo. A su vez, durante la investigación el menor se encuentra supeditado y a disposición del Juez no obstante carecer de responsabilidad o no ser punible frente al hecho que se le imputa.

La investigación del hecho es necesaria en protección de la víctima y la sociedad lo que se traduce en interés de orden público, pero también se encuentra en pugna el interés superior del niño. Entonces, a tal fin, no resulta ineludible que el mismo permanezca supeditado a la causa durante la investigación por su incapacidad de ser sometido a proceso por imperio legal.

c) Debate acerca de bajar la edad de imputabilidad: argumentos y controversias

Este apartado responde al interés de exponer las diferentes posturas y las razones del debate acerca de reformar la ley para disminuir la edad mínima de responsabilidad penal. El principal argumento de aquéllos a favor es la inseguridad, alegando la cantidad de delitos que cometen los menores inimputables. Sin embargo, conforme han expuesto Beloff y Kierszenbaum (2017) las estadísticas publicadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, indican que en la ciudad Buenos Aires sólo un 1% de los hechos graves son cometidos por menores no punibles.

Asimismo, Vázquez (2010) ha expresado que respecto a un estudio de campo realizado por la Procuración General de la Nación durante el año 2001, de todos los casos ingresados en la ciudad de Buenos Aires solo el 3% involucraba a menores de edad. A su vez, de la población total de menores en la ciudad, los menores no punibles representaban sólo el 1%.

No obstante, aunque le asistiera razón a quién afirma tal situación, el sistema penal no parece ser útil como solución, ya que en rigor de verdad el mismo actúa luego de haberse perpetrado el delito y no hay manera de comprobar que la pena prevista para el mismo sea una efectiva amenaza capaz de disuadir a quien piense delinquir (Beloff y Kierszenbaum, 2017).

En tal sentido, no se pueden depositar todas las expectativas de solución en la reforma de una ley, máxime cuando se trata de una norma penal ya que “los mecanismos de persecución y reacción penal constituyen una especie de válvula de escape que habilita el sacrificio expiatorio que recae en determinados jóvenes y resulta funcional para aquietar o calmar el estado de alarma social” (Crivelli, 2014 p.387).

Otro argumento utilizado es que los adultos y el crimen organizado se aprovechan de los menores no punibles a fin de cometer delitos. En este sentido, si se bajara la edad mínima de responsabilidad, por ejemplo a los 14 años de edad, serán utilizados aquellos por debajo de esa edad. Conforme indican Beloff y Kierszenbaum (2017) se debería bajar la

edad hasta que no sea posible físicamente cometer delitos, circunstancia que resulta absurda. En su caso, la solución acertada a este problema es la que rige actualmente en el Código Penal, el agravante de la pena para el adulto que se aprovecha de un menor para perpetrar el delito.

Por su parte, Villada (2017) y Sansó (2017) coinciden en que bajar la edad de responsabilidad penal es necesario para que el menor se haga cargo de sus actos, es decir, asuma las consecuencias del hecho y reflexione al respecto a fin de superarse. Así también, argumentan, contribuirá a la reparación y respuesta estatal para la víctima y beneficiará al menor en cuanto que le otorgará mayores garantías procesales, en un marco de intervención interdisciplinaria para evitar que se agrave su conducta antisocial.

A fin de refutar la postura de dichos autores, cabe mencionar que conforme se ha expuesto anteriormente, los delitos cometidos por menores inimputables y no punibles son investigados y en todos los casos el Juez de Menores dispone de los mismos a fin de adoptar medidas tutelares, utilizando todas las herramientas interdisciplinarias que conlleva el sistema. Si bien dichos menores no pueden ser penados no es posible afirmar que el menor que si es punible recapacite sobre su conducta y que ello lo motive a no cometer nuevos delitos. Ello sería anticiparnos a una reacción o consecuencia sobre el comportamiento humano en base a una teoría conductista. La responsabilidad y sanción no garantiza que el adolescente no vuelva a delinquir.

También se argumenta que ante hechos graves el Estado debe dar una respuesta a la víctima y a la sociedad en general. Como se ha mencionado con anterioridad, al fijar una edad mínima de responsabilidad penal el Estado renuncia a responder e intervenir respecto a quienes no alcancen la misma. Se presume que antes de esa edad no son capaces de comprender ni dirigir sus acciones, por ende, no pueden ser responsables. En este sentido, distinguir la responsabilidad respecto a la gravedad del hecho no resulta coherente, pues el discernimiento del niño no cambia respecto a la mayor gravedad o afectación del bien jurídico protegido.

Por otra parte, en gran medida los medios masivos de comunicación son quienes instalan en la opinión pública la criminalidad de los jóvenes. A partir de hechos aislados –

de suficiente gravedad- que toman relevancia, se crea en el imaginario social una afluencia de niños inimputables que delinquen sin ser penados por ello, dejando a la sociedad en desamparo.

Conforme Baquero (2017) al estudiar el abordaje de un caso de gran repercusión pública en un diario nacional concluyó:

Lo que se omite a través de este encadenamiento de lugares comunes que pone en circulación el discurso informativo (*los jóvenes delincuentes son cada vez más peligrosos; roban y matan porque saben que no van presos*) son las transformaciones sociales estructurales; las explicaciones del delito se fijan en la naturaleza intrínseca de los sujetos y en una maldad inherente a esta. y dejan a la sombra las concepciones sobre los niños y adolescentes como sujetos de derechos y la frecuente vulneración de los mismos. (p.9)

A decir de Crivelli (2014) la inseguridad y su relación con la delincuencia juvenil se manipula con fines políticos, y es exacerbada por los medios de comunicación, lo que genera un círculo vicioso que tiende a demonizar a los niños y adolescentes. Asimismo, pese a que tales circunstancias no se condicen con la realidad, no se procura resolver la problemática con rigurosidad en los análisis y estudios.

En tal sentido, Manguía (2004) señaló “la representación de la delincuencia en los medios se convierte en una caja de resonancia y estigmatiza los elementos conflictivos sin aportar elementos para un debate serio, completo, eficaz, democrático y amplio.” (p. 14)

En definitiva, los medios de comunicación construyen y afirman un estereotipo de “menor delincuente” sin rigurosidad en la información que exponen y en base a hechos aislados que toman gran relevancia por las circunstancias en que ocurrieron, instalando en la opinión pública que la mayor razón de inseguridad se debe a los menores inimputables que delinquen sin ser penados.

En términos de Althusser (1970) los medios de comunicación funcionan como un aparato ideológico del Estado (AIE) y su razón de ser es la de *reproducir las relaciones de producción*. Es decir, sostienen el status quo construido dentro de un sistema dominante en el cual se inscribe al niño pobre e ignorante como delincuente y que delinque sin reparo porque no es penado por la ley.

Conclusiones parciales

La edad mínima de responsabilidad penal debe ser fijada por cada Estado con arreglo a los tratados internacionales, como política criminal. En tanto que aquellos menores que no alcanzan dicha edad no pueden ser imputados ni sometidos a proceso ya que resulta irrelevante para el Derecho Penal la conducta antijurídica cometida. Asimismo, tampoco resulta admisible distinguir dicha edad respecto a la gravedad del delito cometido o al menor o mayor discernimiento del menor involucrado.

El debate acerca de modificar la ley a fin de bajar la edad de responsabilidad penal acoge muchas posturas disímiles pero hay que considerar los principios y derechos adquiridos que le asisten al niño a fin de no perjudicar o agravar su status jurídico actual. La inseguridad como argumento resulta de un análisis superficial y vacío de contenido, pues conforme las estadísticas, los menores punibles inciden ínfimamente en el mapa del delito. No obstante, el sistema penal no parece el medio idóneo para resolver el problema de la inseguridad ciudadana, sino solo un paliativo que sólo sirve para acallar el clamor de la opinión pública dejando a un margen un análisis serio y profundo respecto a la mejor manera de solucionar la cuestión.

El estado tiene el deber de garantizar a los niños y adolescentes la satisfacción de sus necesidades básicas y destinar los recursos necesarios para lograrlo. Ello resulta la medida preventiva más eficaz a fin de abordar la cuestión de la delincuencia juvenil como asimismo otorgar al niño que se encuentra involucrado en un proceso penal todos los derechos y garantías que requiere la protección especial como ser vulnerable.

Capítulo 3: El sistema penal juvenil en Argentina

a) Ley 22.278: Características y contradicciones con los parámetros internacionales

La ley 22.278, denominada “Régimen Penal de la Minoridad” regula el sistema aplicable a las personas menores de edad que infringen la ley penal en Argentina. La misma fue sancionada y promulgada en 1980, momento en que el país se encontraba atravesando la última dictadura militar. Esta circunstancia no es un dato menor, pues como ya se ha mencionado, un sistema penal juvenil está forjado por la situación socio- política de la época y la representación del niño que se encuentre legitimada en el momento.

En este sentido, dicha ley adopta similar redacción a la ley 14.394 (ya expuesta en el capítulo anterior), no obstante haber derogado los artículos del 1° al 13 de la misma, la cual según Fellini (2007) introdujo el criterio de discrecionalidad judicial. Asimismo, adopta casi idéntica fórmula a la ley 10.903 de Patronato de Estado al definir las circunstancias en que se funda la disposición definitiva del Juez respecto al menor.

No obstante, la ley se encuentra vigente desde entonces y es propósito de este apartado exponer las características de dicha norma y las principales críticas que recibe de su contenido.

Como ya se expuso en el capítulo que antecede, la Ley 22.278 en su primer artículo define la edad mínima de responsabilidad penal a partir de los 16 años, por lo que aquellos que no alcanzan la misma son inimputables absolutos. A su vez, quienes tengan entre 16 y 17 años son imputables. Sin embargo, éstos últimos no son punibles respecto a delitos de acción privada o cuya pena no exceda de 2 años, con multa o inhabilitación.

Párrafo aparte, indica que en ambos casos, el juez dispondrá provisionalmente del menor a fin de tomar conocimiento directo del mismo, de sus padres y entorno, ordenando los informes y pericias conducentes a dicha finalidad.

Asimismo, en el Art. 2 dicha norma expresa que los menores imputables y punibles, es decir, aquellos de 16 a 18 años de edad no cumplidos imputados de delitos de acción

pública que excedan los 2 años de prisión, también serán puestos a disposición del juez a los mismos fines mencionados anteriormente. Ello, es un requisito previsto en el art. 4 de la ley 22.278 para el momento de decidir aplicar o no una sanción al menor, siempre que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y el mismo haya cumplido 18 años. Es decir, el resultado de dicha disposición será un elemento a considerar al resolver la pena y su quantum o desistir de la misma.

Por último, ambos artículos in finem que si “el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor, o guardador.”

Por el momento es necesario detenerse aquí en el avance del contenido de la norma, en lo que respecta a la disposición provisional del menor inimputable e imputable y punible en el marco de un proceso penal, por resultar una cuestión controvertida en la doctrina.

Fellini (2007) y Crivelli (2014) coinciden en que la mentada ley otorga al juez atribuciones discrecionales para tomar medidas indeterminadas respecto al menor a su disposición. Es decir, la ley no versa sobre qué medidas pueden disponerse, no se encuentran tipificadas ni refiere, en su caso, sobre qué circunstancias de hecho deben fundarse en el caso concreto.

Asimismo, expresan dichos autores que al adoptarse dichas medidas se prescinde por completo del hecho ilícito que dio origen a la disposición del menor, lo que sitúa al mismo fuera del Código Penal, vulnerando garantías y derechos constitucionales, entre otros, el *principio de legalidad*.

A decir de Fellini (2007) dicha característica del régimen penal juvenil, se basa en un modelo de *defensa social*, lo que significa que las medidas tutelares no son tomadas en protección del menor sino de la sociedad. A su vez, señala que este modelo se legitima en el propósito educativo que persigue la ley. La misma expresa:

En la actualidad tenemos que advertir la vulnerabilidad que surge de la transición de los llamados modelos de pura defensa social, en los cuales se considera que el menor por su corta edad no comprende los imperativos legales, y constituye por lo

tanto una fuente de peligro para los bienes jurídicos de la comunidad; cuestión que se soluciona cuidando al menor para que no atente contra ellos. Los cuidados ejercidos sobre esa fuente de peligro han estado confundidos durante mucho tiempo con la legitimidad y finalidad del cuidado (pág. 46).

La prescindencia del delito respecto a las medidas ordenadas por el juez, se afirma en el 2º art. in fine al expresar “cualquiera fuese el resultado de la causa”. Asimismo, en el primer artículo, aunque no lo expresa, va de suyo que es irrelevante el ilícito penal cometido, pues el mismo se refiere a menores inimputables y no punibles, los primeros absolutos por no alcanzar la edad mínima establecida y los demás por el delito que se le imputa cuya pena no excede de los 2 años de prisión.

La consecuencia reprochable de dicho sistema es la privación de la libertad del adolescente por sus circunstancias personales y no por las razones en que dicha medida preventiva se funda cuando se trata de imputados adultos. No obstante, esta cuestión será desarrollada en detalle más adelante.

En rigor, la disposición provisoria y eventualmente definitiva se funda en la función paternalista del Estado, al encontrarse el menor falto de asistencia o abandonado por sus padres o tutores. Resulta lógico y acertado que en estos casos sea la autoridad quien intervenga a fin de suplir las carencias del menor que en muchas ocasiones hasta se encuentra en situación de calle. Lo que no se contempla es que la privación de la libertad en establecimientos cerrados, sea una medida impuesta bajo dicho fundamento.

En efecto, parte de la doctrina sostiene que la ley 22.278 es contradictoria e incompatible con los parámetros internacionales, por vulnerar derechos y garantías reconocidos a los niños, niñas y adolescentes al ser una ley basada en un modelo tutelar.

Al respecto, Crivelli (2014) expresó:

Es preciso reconocer que el Régimen Penal de la Minoridad se encuentra situado en una especie de *callejón sin salida*. En efecto, la evidente y declarada invalidez de sus preceptos ha terminado *desdibujando* tanto sus presupuestos de intervención como el confuso sistema de sanciones y consecuencias jurídicas que contiene. Este

desbarajuste normativo ha generado un vacío legal difícil de cubrir que entorpece su correcta interpretación y aplicación (pág.245).

Por el contrario, Beloff y Kierszenaum (2017) han dicho:

Debe decirse que hoy en día aquellas críticas que tuvieron lugar en la década de los 90 deben ser reformuladas, pues tal como se exponían ya no se corresponden con la realidad. En primer lugar, no es cierto que al niño no se le reconozcan sus garantías procesales, y ello se debe, por un lado, a que las garantías procesales se regulan en los ordenamientos de forma, y no de fondo, y muchas provincias han sancionado leyes procesales de la niñez para dotar de esas garantías a los jóvenes. Por otra parte, la jurisprudencia reconoce y aplica directamente las reglas de garantías clásicas a los procesos con menores (aun con menores inimputables).

En tal sentido, resulta pertinente exponer el fallo “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537” del 02/12/2008 (Fallos: 331: 2691) en que la Corte Suprema de Justicia revocó una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad del art. 1° de la Ley 22.278. Dicho fallo reconoce que existe una fuerte tensión entre los derechos especiales que tienen los niños y lo dispuesto por la ley 22.278 la cual:

“Se manifiesta principalmente en dos características tan distintivas como criticables, a saber: el “retaceo” de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la subsistencia de la doctrina de la “situación irregular” en el régimen de la ley 22.278, especialmente en su art. 1°, párrafos segundo, tercero y cuarto” (párr. 11)

No obstante, la Corte expresó que no es posible que arbitrariamente se pretenda sustituir dicho régimen penal juvenil con una sentencia de alcance general como medio para solucionarlo, no solo porque ello significa atribuirse competencias propias de otros poderes del Estado, sino también porque para superar tal tensión es necesario el diseño y adopción de políticas públicas previo debate serio y profundo para evaluar la idoneidad de las mismas.

A su vez, estableció que la ley 22.278 no debe ser interpretada de manera aislada sino junto a todo el corpus iuris aplicable a la materia en forma sistémica, en particular con

la Ley 26.061, la cual ha derogado la ley 10.903, la Constitución Nacional y los tratados internacionales que la misma reconoce.

b) El proceso penal juvenil en la provincia de Corrientes

En este apartado se expondrá la organización judicial y las disposiciones del Código Procesal Penal en la provincia de Corrientes respecto a las personas menores de edad, para luego analizar las cuestiones críticas y contradictorias con principios y normas constitucionales que rigen la justicia penal juvenil.

En la provincia de Corrientes, la organización del Poder Judicial se encuentra reglada por el Decreto Ley N° 26, Ley Orgánica de la Administración de Justicia (LOAJ) aprobada el 29 de mayo del año 2000. En dicha norma se establece la competencia territorial dividida en cinco circunscripciones, siendo la primera la que incluye a la ciudad de Corrientes, capital de la provincia y localidades próximas a ésta. Las demás circunscripciones abarcan otras ciudades y departamentos del interior.

Por su parte, el Decreto- ley 21/00 “Ley Orgánica del Ministerio Público” regula las funciones, atribuciones y obligaciones del Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Pupilar y el Ministerio Público de la Defensa, todos parte en un proceso penal seguido a una persona menor de edad.

En la primera circunscripción existen tres Juzgados de Menores situados en la ciudad de Corrientes. En las demás circunscripciones los Juzgados de Menores se limitan solo a uno por circunscripción y en algunas de ellas la competencia de dicho magistrado es concurrente con la función de Juez de instrucción y correccional.

Asimismo, en la capital de la provincia hay cinco Asesorías de Menores, las que intervienen en representación de los intereses del niño o adolescente imputado o víctima en cualquier proceso que lo involucre, so pena de nulidad. A su vez, cuatro Defensorías Oficiales Penales que representan a los imputados mayores y menores de edad y dos Fiscalías Correccionales y de Menores. En las demás circunscripciones del interior existe

una dependencia de cada ministerio y en ciertas localidades concurre en un funcionario la competencia de Asesor y Defensor, lo que acarrea serias dificultades en la práctica.

Respecto a los tribunales de juicio en el fuero penal, hay dos con asiento en capital, los cuales no son especializados ni exclusivos de menores, sino que entienden respecto a personas mayores y menores de edad procesados por delitos que exceden los tres años de pena privativa de libertad.

El Código Procesal Penal de la provincia de Corrientes (en adelante C.P.P.) establece en su art. 27 la competencia del Juez de Menores, quien investigará a los menores de 18 años de edad al momento de la comisión del delito, y los juzgará cuando la pena no exceda los tres años de prisión, multa o inhabilitación, excepto en los casos en que hubiera participado un mayor de edad en la ejecución.

Esta excepción comprende que si un menor se encuentra imputado por un mismo hecho junto a un adulto, ambos serán investigados por un Juez de instrucción o correccional conforme la pena del delito atribuido. Así, si en el hecho solo hay imputados *menores de edad* interviene el Juzgado de Menores durante la etapa de instrucción (primera instancia) si el delito fuere penado con pena que excede los tres años de prisión. Si no excediera dicha pena el Juez de Menores juzgará en etapa de juicio.

El Juzgado de Menores se divide en dos secretarías, una denominada “correccional” que es la que interviene únicamente en el fuero penal, y otra secretaría “prevencional” que es la que interviene en cuestiones de orden civil, familia y respecto a los menores *víctimas* de delitos que se tramitan en todos los Juzgados del fuero penal. En lo que respecta a nuestro tema de investigación, solo interviene la secretaría Correccional.

A sus efectos, se inicia un expediente denominado “principal” donde se investiga el hecho delictivo y otro expediente llamado “tutelar” a través de cual se tramitan todas las medidas ordenadas por el Juez a fin de conocer las circunstancias personales y familiares del menor.

El expediente tutelar es único pese a que el imputado menor de edad tenga más de una causa penal en trámite, siempre y cuando éste se encuentre vigente. Es decir, si hay un

expediente tutelar respecto al adolescente tramitando controles mensuales de conducta por un hecho delictivo y éste comete un nuevo delito, se procede a certificar en el tutelar tal situación y se llevarán a cabo las diligencias a fin de corroborar las nuevas circunstancias en que se encuentra.

A fin de tramitar las pericias e informes necesarios en cualquier proceso penal, el Poder Judicial cuenta con organismos auxiliares dependientes de éste. Ellos son el Cuerpo de Psicología Forense, el Instituto Médico Forense y los Trabajadores Sociales Forenses. Este equipo interdisciplinario es el que efectúa las evaluaciones e informes respecto a los imputados y víctimas de delitos en un proceso penal. Cabe mencionar que la intervención de dichos organismos no se limita a las causas seguidas a personas menores de edad ni al fuero penal.

En el C.P.P. el proceso de menores se regula en el capítulo 2, el cual establece en el art. 439 que por regla general el proceso penal seguido a las personas menores de edad se rigen por las reglas comunes del código, a excepción de la dispuestas en dicho capítulo que desarrollaremos en los aspectos más relevantes.

El art. 442 del código dispone que el juez de instrucción que investigue a una persona menor de edad en virtud de coparticipación con un adulto, debe poner al primero a disposición del Juez de Menores luego de recibirle declaración indagatoria.

Este artículo debe complementarse con la prevista por el artículo 27 ya expuesto respecto a la competencia del Juzgado de Menores y la excepción prevista de coparticipación con una persona mayor de edad. Dicha disposición consiste sólo en lo atinente a las medidas de protección integral del menor y no a la investigación del delito, es decir, la cuestión de fondo. Entonces, será el Juez de Instrucción – o correccional en su caso- quien resolverá la situación legal del imputado menor.

Asimismo, en tal caso, si la causa se ha elevado a juicio el Tribunal Oral Penal se limitará a declarar su responsabilidad penal si correspondiere pero será el Juez de Menores quien resolverá la sanción aplicable, cumplimentados los requisitos previstos por la Ley 22.278, lo que será desarrollado más adelante.

Por su parte, el Juez de Menores es quien ejerce las facultades otorgadas por la Ley N° 22.278 para disponer del mismo y adoptar las medidas que crean necesarias a fin de conocer las circunstancias personales del menor. Asimismo, será quien tiene la potestad de ordenar la privación de su libertad si considera que no se encuentran dadas las condiciones para que el mismo sea entregado en guarda a sus progenitores.

De lo expuesto se desprenden dos cuestiones críticas. En primer lugar, respecto al principio de especialidad que exige el proceso de menores. Pues, no parece lógico que sea la persona menor de edad, quien necesita de una atención especializada por su condición vulnerable, quien deba ser juzgado por un Juez o tribunal ordinario al existir coparticipación con un adulto en el hecho que se le imputa.

Cabe mencionar, que el principio de especialidad, tal como se ha mencionado en el primer capítulo de este trabajo, posee una dimensión procesal y de organización judicial a fin de garantizar el efectivo *trato diferenciado* que requieren los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal o involucrados en cualquier proceso.

No obstante que el Juez de Instrucción le reconoce a la persona menor de edad todos los derechos y garantías procesales, es exigible un refuerzo y especial consideración en todos los aspectos que atañen al mismo. Ello implica la especialización del Juez instructor en la materia penal juvenil y en todos los funcionarios intervinientes. Puesto que, en estos casos, el Fiscal que resulta competente tampoco es de Menores sino de Instrucción.

Asimismo, esta disposición acarrea una absoluta desconexión entre ambos Juzgados. Es decir, el Juez de Instrucción que investiga el delito atribuido al menor y el Juez de Menores quien entiende en las medidas de carácter tutelar al respecto. Ello es un aspecto importante, porque en los casos en que el menor se encuentra privado de su libertad por orden y a disposición del Juez de Menores, el Juzgado de Instrucción no otorga al proceso la mayor celeridad exigible cuando existe un imputado en tal circunstancia, siendo que en muchas ocasiones el adulto se encuentra excarcelado y el adolescente permanece internado por mayor tiempo.

Ello corresponde a lo expuesto anteriormente, respecto a que la privación de libertad de un menor no se rige por los mismos fundamentos que un adulto, lo que no implica vulnerar su derecho a un proceso en plazo razonable y de carácter urgente por su situación intramuros.

En tal sentido, cabe mencionar a modo de ejemplo, que en ámbito de la justicia nacional, la Ley N° 24.050 dispone que los Juzgados Nacionales de Menores entienden en casos en que resulten imputados de un mismo hecho personas mayores y menores. Así, la Cámara Nacional de Casación Penal ha dicho que tal norma:

Tiene por finalidad contribuir con un sistema penal juvenil, atribuyendo competencia a tribunales que garanticen una mejor respuesta a las circunstancias y necesidades del menor que ha delinquido. Por ello, estimamos que, resulta errado excluir de la justicia especializada a los menores imputados de la comisión de delitos comunes, en tanto ello justamente, importaría desconocer el interés superior del niño (CNCasación Penal, Sala III, causa n° 8.367, “P.P.,J.A. y Gómez Rodríguez, Julio s/ recurso de inconstitucionalidad”, del 11/12/2007)

En efecto, tal como dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, es deber del Estado garantizar procedimientos y autoridades específicas para los niños que infringen la ley penal en afán de otorgar a los mismos el mayor reconocimiento de los derechos y garantías procesales por su condición de personas en desarrollo.

Conclusiones parciales

La ley 22.278, al sustentarse en un modelo de situación irregular o tutelar, otorgando al Juez amplias facultades sobre la disposición del menor, contradice los principios, derechos y garantías contemplados en los tratados internacionales reconocidos por la Constitución Nacional.

Asimismo, el proceso penal juvenil en la provincia de Corrientes, reglado por el Código Procesal Penal, presenta algunas características que resultan vetustas e incompatibles respecto a ciertas garantías constitucionales.

No obstante, se debe considerar que tanto la ley nacional como los códigos procesales no pueden ser interpretados aisladamente, sino en consonancia con las normas de jerarquía constitucional y la Ley N° 26.061, teniendo en cuenta los principios de especialidad, legalidad y el interés superior del niño.

Capítulo 4: Las medidas de protección y alternativas al proceso

El presente capítulo tiene por objetivo establecer la naturaleza y alcances de la privación de la libertad de la persona menor de edad sometida a un proceso penal, como asimismo exponer diferentes posturas al respecto a fin de analizar las vertientes de dicha medida en cuanto a su legitimación y fundamentos. Por otra parte, en estrecha relación a ello, se describe en qué consisten las medidas alternativas a la privación de la libertad que se adoptan en general y en particular en la provincia de Corrientes en el marco del proceso penal juvenil.

a) La privación de la libertad del niño como medida excepcional

En principio, cabe mencionar las normas y principios que regulan la privación de la libertad de un adolescente. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en la regla n° 11 inc. b) define a la privación de la libertad como “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Asimismo, la regla n° 2 de dicho cuerpo legal expresa que “la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”. Lo dicho es conteste con el art. 37 inc. b) de la Convención sobre los Derechos

del Niño establece que la detención de un niño se llevará a cabo “como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

En efecto, la privación de libertad de un niño o adolescente debe ser ordenada por autoridad judicial competente en el marco de un proceso penal, como última medida de carácter excepcional y por el menor tiempo posible que a su vez tiene que ser determinado. Es decir, que antes de adoptar dicha decisión, el juez debe considerar la viabilidad de medidas alternativas a la privación de la libertad considerando las que resulten idóneas y más beneficiosas para el adolescente. La regla es permanecer en libertad durante el proceso y la excepción es la institucionalización por tiempo determinado, siempre y cuando ésta se justifique como la medida más conveniente a los fines de protección del propio menor y de la prosecución del proceso.

En este sentido, la pregunta es ¿en base a qué fundamentos el magistrado puede ordenar la privación de la libertad de un menor? Resulta pertinente la enumeración realizada por Freedman y Terragni (2017) al respecto, los cuales son: la satisfacción de fines procesales, la valoración de los elementos probatorios que vinculan al imputado con el hecho ilícito, la proporción entre el delito que se le imputa y la sanción posible que le correspondería y aquella ordenada cuando el niño resulta un peligro para sí o para terceros.

En la provincia de Corrientes, el Código Procesal Penal en su art. 440 dispone “la detención de un menor solo procederá, siempre que pueda ser sometido a proceso, cuando hubiere motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices”. Dicha disposición es conteste con los fundamentos para la privación de la libertad de los adultos (peligro procesal).

No obstante, cabe mencionar que en la actualidad dicho fundamento ha sido considerado contradictorio al principio de inocencia, como un supuesto de carácter positivista que pretende anticipar la conducta de una persona. En este sentido, es pausable los argumentos expresados en el fallo “Maldonado” al analizar la peligrosidad:

La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción

de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona (Fallos: 328:4343).

A su vez, el art. 441 indica que los institutos de prisión preventiva y excarcelación no rigen respecto a los menores. No obstante, dicha disposición no debe ser de interpretación restrictiva, pues en cualquier caso la prisión preventiva dispuesta a un adulto resulta equiparable con la privación de la libertad de un adolescente conforme criterio sentado por la Suprema Corte de Justicia:

Que en lo que respecta a la situación de privación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el "embuste de las etiquetas" (**Fallos:** 330:5294 Cdo. pto.10).

Es decir, que el plazo máximo y todos los parámetros previstos de la prisión preventiva en tanto garantías constitucionales, son aplicables a los menores de edad por el principio de igualdad y tanto más por su especial condición de vulnerabilidad.

No obstante, existe un factor diferencial propio del sistema especializado que requiere el procedimiento seguido a niños o adolescentes que infringen la ley penal; aquél que responde a las circunstancias personales del mismo, su entorno familiar y condiciones de vida. Tal como se ha desarrollado en el capítulo anterior, dicho factor es parte de la disposición provisoria que el juez detenta sobre el joven a fin de conocer si en el caso existen derechos vulnerados que deben ser subsanados a través de la intervención Estatal.

En su caso, es tarea del magistrado adoptar las medidas necesarias conducentes a tal fin a través de organismos auxiliares de carácter interdisciplinario, la autoridad administrativa a cargo de la infancia y servicios públicos. Sin temor a la redundancia, cabe mencionar que dichas medidas pueden ser llevadas a cabo con el adolescente en libertad, excepto que no estén dadas las condiciones necesarias.

A fin de figurar dicha situación, puede suceder que el menor involucrado viva en una familia cuyos padres o tutores carecen de medios para contenerlo e imponerle los límites necesarios. A ello se podría sumar que el joven tiene problemas de adicción a sustancias tóxicas y que no asiste a la escuela. A su vez, que la familia se encuentra en precarias condiciones habitacionales y carecen de recursos económicos para sustentar una vida digna, etc. Es decir, existen circunstancias que en cada caso concreto deben ser valoradas a fin de otorgar al adolescente los recursos necesarios para superar las mismas.

Sin embargo, además de las condiciones y circunstancias personales del menor involucrado, debe considerarse aquellos ítems mencionados supra respecto a la gravedad del delito que se le imputa, los elementos probatorios que lo vinculan al mismo y específicamente si, en rigor, existe algún tipo de riesgo procesal para los fines del proceso al permanecer en libertad el imputado, tal como lo estipula el código de forma en su art. 440.

En definitiva, tenemos dos aspectos de naturaleza diferente al analizar la legitimidad de la privación de la libertad de un menor: por un lado aquellos aspectos objetivos que figuran cierto riesgo procesal y por otra parte las circunstancias personales del adolescente a disposición del Juez.

En este sentido, cabe preguntarse si resulta suficiente fundamento solo uno de los dos aspectos a fin de privar de la libertad ambulatoria a un menor. Por la complejidad que implica tal análisis no es posible anticipar una respuesta de carácter general, pues es el caso concreto el que debe estudiarse conforme las circunstancias particulares del mismo. No obstante, existen diferentes posturas jurisprudenciales que se inclinan por uno u otro fundamento como legítimo y justificado.

Así, se produce una síntesis de ambos factores que engloban aquél *peligro procesal* entendido no solo como contrario a los fines del proceso sino también en pos del interés superior del adolescente.

Por su parte, las positivas circunstancias personales, familiares y socio-ambientales de un menor imputado son beneficiosas para el mismo en el marco de un proceso penal, pues, en una interpretación armónica e integrada de la normativa internacional, nacional y procesal, es el factor determinante de la privación o no de la libertad del involucrado.

Ello, porque aquellas limitaciones del beneficio de excarcelación, como la pena prevista para el delito que se le atribuye, no rigen respecto a la persona menor de edad. Aunque dicha circunstancia no signifique desprestigiar el nivel antijurídico del mismo, por figurar en sí mismo una necesaria alerta a la personalidad del imputado.

Sin embargo, atento a las estrictas razones objetivas que justifican la privación de la libertad y el principio de la misma como medida excepcional y por el menor tiempo posible, es procedente que el adolescente permanezca en libertad bajo las condiciones que el magistrado disponga, lo que no implica que el mismo eventualmente no sea penado por el delito que se le imputa. En otros términos, permanecer en libertad *durante* el proceso es una garantía constitucional pero no lo exime de la eventual responsabilidad y oportuna pena respecto a la conducta ilícita atribuida al menor.

En todo caso, lo que debiera primar es el *interés superior del niño*, entendido como aquél que procura la protección integral del mismo, evitando exponerlo a situaciones de riesgo para su propia persona, asegurando otorgarle los recursos y propiciando las circunstancias para garantizar su integración social y desarrollo personal.

b) Las medidas alternativas el proceso penal juvenil

Las medidas alternativas, tal como su nombre lo indica, son aquellas vías posibles sustitutivas de otras más gravosas durante el proceso penal seguido a un imputado menor de

edad, tal como la privación de la libertad durante el mismo o al culminar éste si correspondiere (pena privativa de libertad). Asimismo, son mecanismos de solución del proceso que tienden a descomprimir el sistema penal, que en caso de los menores responde a los principios de mínima intervención penal, también denominada *desjudicialización* y a la excepcionalidad de la privación de la libertad conforme el trato diferenciado que los mismos requieren.

En tal sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 40. 3 inc. B) establece “siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”. A su vez, “se dispondrá de diversas medidas, posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción” (art. 40. 4 CDN).

Tal como in fine el citado artículo, las medidas adoptadas deben ser proporcionales al delito que se atribuye al imputado como a sus circunstancias personales. Es decir, que en casos de delitos graves no es posible acudir a ciertas medidas alternativas al proceso, pues no cumplen con los requisitos previstos para los institutos alternativos en aras de proteger a la víctima.

En todo caso, la procedencia de las medidas alternativas se rige por el principio de oportunidad que tal como lo estipulan las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil se produce cuando “una conducta no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás” y cuando se considera que no afecta “la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas” (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, Regla 5.1).

En lo que respecta a la privación de la libertad durante el trámite del proceso, tal como se ha desarrollado precedentemente, existen alternativas que deben ser prioritarias cuando las circunstancias así lo ameriten. En la provincia de Corrientes, no existe una ley o normativa que regule las mismas pero si se ha adoptado la modalidad de *libertad vigilada*

en los menores imputables y punibles que requieren seguimiento tutelar por al menos un año, conforme el art. 4 de la ley 22.278.

La misma consiste en un período de *observación judicial* durante el cual el imputado permanece en libertad, bajo la guarda de sus padres o tutor, apto para asumir la responsabilidad inherente al cargo, con ciertas reglas que cumplir y controles de conducta. Tal control es llevado a cabo por un trabajador social forense del Poder Judicial en la periodicidad que el Juez lo establezca, pudiendo ser mensual, bimestral o trimestral. Asimismo, las reglas de conducta pueden consistir en continuar los estudios, abstenerse de consumir alcohol y/o sustancias tóxicas, realizar tratamiento psicológico, etc. y concurrir ante el llamado de la autoridad judicial cuando ello sea requerido.

Respecto al plazo de dicho seguimiento, si bien no se determina previamente, se infiere que el mismo culmina cuando se cumplimenta de manera favorable durante un año, por ser éste el término mínimo requerido por la ley a los fines del tratamiento tutelar. Ello porque si bien al cumplir 18 años cesa dicho seguimiento, no resulta razonable que el mismo transcurra hasta tal acontecimiento cuando un imputado tiene 16 años al inicio del régimen de libertad vigilada. No obstante, si previo a tal plazo el imputado cumple la mayoría de edad se dispone el cese del mismo por tal motivo.

Cabe mencionar que dicha modalidad es una medida alternativa a fin de llevar a cabo el tratamiento tutelar al imputado menor de edad *en libertad* durante el proceso penal. Sin embargo, cuando se trata de adolescentes inimputables en razón de la edad (menor de 16 años) y no punible respecto al delito, el Juez puede prescindir de adoptar un seguimiento tutelar, pues no resulta un requisito exigible al no ser aplicable a los mismos el art. 4 de la ley 22.278.

Otra modalidad que se aplica en ciertos casos es aquella que, pese a que el imputado se encuentra privado de su libertad en un centro de régimen cerrado, otorga al imputado las llamadas salidas transitorias o pre-egreso. Ello consiste en una resolución judicial que dispone dicho beneficio a favor del adolescente con determinada frecuencia a fin de evaluar su comportamiento durante tales permisos, bajo ciertas condiciones, previo a un eventual

egreso. Es decir, es una especie de prueba con el propósito de observar si se encuentran dadas las circunstancias propicias a fin de otorgarle la libertad al mismo.

Por otra parte, se encuentran las medidas alternativas y compositivas que escapan a la vía ordinaria de un proceso. Las mismas son la conciliación, la mediación penal juvenil y la suspensión del juicio a prueba, que en honor a la brevedad serán desarrolladas solo en lo que respecta a sus características principales.

En la provincia de Corrientes, se aprobó el Protocolo de Mediación Penal Juvenil el 12/06/18 por Acuerdo N° 16/18 punto vigésimo tercero – ANEXO IV del Superior Tribunal de Justicia. El mismo establece entre sus objetivos “permitir a las víctimas expresarse y que su opinión sea tenida en cuenta; reducir el impacto que produce la estigmatización en los adolescentes y/o jóvenes involucrados en hechos ilícitos para ser vistos como sujetos inmersos en un conflicto de convivencia e integración entre los miembros de la comunidad de la cual son parte; establecer un mecanismo alternativo, rápido y justo, gratuito y accesible tendiente a la composición pacífica del conflicto”.

Dicho protocolo tiene en cuenta los principios de especialidad, subsidiariedad y proporcionalidad del sistema penal juvenil dirigido a imputados menores de edad punibles. Así, tal herramienta procede para delitos dolosos y culposos en todas las etapas del proceso inclusive hasta la ejecución de la condena. El procedimiento se lleva a cabo a través del Centro Judicial de Mediación del Poder Judicial en el cual las partes (adolescente ofensor y persona ofendida) pueden llegar a un acuerdo que deberá ser homologado judicialmente.

Como nota distintiva se prevé la “mediación en contexto de encierro” cuando el adolescente se encuentra privado de su libertad, la cual se puede habilitar a petición del equipo interdisciplinario del lugar donde se encuentra institucionalizado. Dicha disposición resulta incompleta o bien confusa, pues no parece lógico restringir la petición a un equipo interdisciplinario que desconoce la investigación del hecho ilícito que se imputa al joven y que a su vez tiene esporádicas intervenciones respecto al mismo. Ello porque la mayoría de las evaluaciones e informes se realizan a través de los organismos auxiliares del Poder Judicial, lo que no obstante tampoco pueden considerar la viabilidad de las circunstancias a fin de petitionar la medida alternativa en cuestión.

Si bien la mediación penal ya se encontraba regulada por la ley provincial N° 5931, este protocolo incluye especificidad en la materia penal juvenil, el cual se ha comenzado a implementar progresivamente conforme el criterio de oportunidad en las causas penales seguidas a imputados menores de edad.

Por otra parte, la conciliación es aquella voluntad de las partes (imputado y víctima) de entablar un diálogo en el cual se asumen compromisos a fin de arribar a una solución, a través de la cual conforme el Art. 59 inc. 6) del Código Penal extingue la acción penal. En la provincia de Corrientes dicha alternativa no se encuentra regulada por el Código Procesal Penal, lo que no impide su aplicación frecuente en delitos correccionales cuando cede a los criterios propicios para ello, en particular la conformidad de la víctima o damnificado del delito.

La característica de esta medida compositiva, a diferencia de la mediación penal, es que no interviene un mediador sino que se fija una audiencia en la cual asistirán el imputado y la víctima ante el Juez, como asimismo las partes del proceso (defensor técnico, Fiscal, Asesor de Menores, etc.), para exponer sus pretensiones o requerimientos a fin de lograr un compromiso que incluye modos de conducta o acciones. Dicho acto jurídico queda plasmado en acta por escrito en el expediente, lo que en efecto, concluido el mismo extingue la acción penal.

Por último, la suspensión del juicio a prueba, instituto previsto por el Código Penal en los arts. 76, 76 bis y 76 ter, el cual no se encuentra regulado por las normas procesales de la provincia de Corrientes por lo que se rige directamente por dicha norma de fondo.

Si bien dicho instituto, en principio, solo procede por delitos cuya pena no excede de tres años de prisión, conforme criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta también procedente en aquellos casos en que aunque el delito supere la pena de tres años, se considera una eventual condena de ejecución en suspenso.

Ello, en interpretación con el Art. 4 de la ley 22.278 encuentra una particularidad respecto a procesos seguidos a menores de edad, pues ante la posibilidad de reducir al

mínimo la fórmula prevista para la tentativa de los delitos, se amplía la viabilidad de la suspensión del juicio a prueba.

A su vez, cierta jurisprudencia ha señalado que el instituto no resulta aplicable a los adolescentes porque la ley 22.278 es más benigna, al considerar hasta una posible absolución al momento de definir la sanción penal. Por el contrario, tal como cita Santoianni (2017):

Teniendo en cuenta que ‘en la eventualidad de la celebración de un debate oral, el mismo puede finalizar con una sentencia con la reducción a la escala de la tentativa, o bien, con una absolución del joven (...) *quien puede lo más, puede lo menos*, entonces, he ahí también la procedencia del instituto’ (pág. 334).

En tal sentido, cabe mencionar que las reglas de conducta impuestas en tal instituto son asimilables a las que se adoptan durante el tratamiento tutelar -el cual por lo menos debe durar un año- y que en efecto, en caso de ser cumplimentadas favorablemente se dispone el sobreseimiento del mismo por extinción de la acción penal. Es decir, que en rigor de verdad esta alternativa siempre resulta favorable al joven a fin de evitar el futuro juicio, que no obstante las posibilidades, puede ser penado. Ello, a fin de concluir la causa por un medio menos estigmatizante y afín a los principios y objetivos educativos del sistema penal juvenil.

Conclusión

A lo largo de este trabajo se han descripto y expuesto las cuestiones críticas que presentan las diferentes aristas del Régimen Penal de la Minoridad en el país, lo que ha evidenciado en primer término que no es posible adoptar una postura absoluta respecto de aquéllas. Ello porque la complejidad que conllevan las circunstancias planteadas merecen un análisis integrador que sopesa en cada caso concreto qué resulta mejor para el interés superior del niño sin desconocer otros intereses de orden público.

Entonces, la tarea del magistrado debe ser minuciosa a fin de resolver adecuándose a los parámetros y precedentes jurisprudenciales respecto a los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, quienes merecen una especial atención por parte del Estado y la sociedad.

En particular, se concluye que la ley 22.278 es inconstitucional respecto a los parámetros internacionales por basarse en un modelo tutelar que figura al niño o adolescente como un objeto de protección, lo que se traduce en una disposición provisoria o definitiva del mismo por parte de Juez sin delimitar los supuestos y fundamentos de manera restrictiva. No obstante, pese a que en términos generales es posible obviar ciertas contradicciones de dicho sistema con la remisión de normas de jerarquía superior, el mismo sigue vigente y respalda medidas de última ratio en pos del interés superior del niño y su protección sin ajustarse a límites previstos y claros.

Por ello, resulta materia pendiente la reforma de la vetusta ley 22.278 pero no para bajar la edad mínima de responsabilidad penal como paliativo para la opinión pública que clama mayor seguridad, sino para adaptar la misma a las disposiciones constitucionales que amparan al niño, a fin de dotar de sentido todo el marco jurídico nacional aplicable y facilitar la tarea de los magistrados al momento de interpretar la norma.

Por su parte, la provincia de Corrientes también requiere de una ley provincial destinada a regular el proceso de menores con mayor especificidad y considerando prever medidas definidas alternativas a la privación de la libertad acotando el margen de discrecionalidad al Juez. Ello porque el vigente código procesal penal resulta insuficiente

para abordar todas las aristas del mismo respecto a las personas menores de edad, dejando ciertos vacíos legales que se han suplido por criterios jurisprudenciales.

A su vez, la privación de la libertad de los menores de edad es una cuestión que requiere especial consideración, por el efecto nocivo y estigmatizante que conlleva para un adolescente, debiendo ordenarse en casos excepcionalísimos, cuando en rigor sea la medida de último recurso y en su caso por el lapso más breve y definido.

En efecto, se confirma la hipótesis planteada respecto a que el sistema penal juvenil vulnera ciertos derechos fundamentales de las personas menores de edad imputados en un proceso penal, tales como el principio de especificidad y especialidad, de legalidad y de mínima intervención penal.

A modo de reflexión final, cabe mencionar que conforme el principio de subsidiariedad, tal sistema no es suficiente ni idóneo para abordar el principal problema que presenta la infancia que es aquella falta de asistencia de necesidades básicas, las cuales deben ser atendidas por el Estado a través de políticas públicas que refuercen el acceso e integración de los sectores marginados.

Referencias

a. Doctrina

ALTHUSSER, (1970) *Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan*. Buenos Aires: Nueva Visión.

BAQUERO, R. (2017). "El crimen de Brian". *La legitimación de la baja en la edad de imputabilidad en el discurso del diario Clarín*. Question, Vol. 1 N° 56.

BELLOF, M (1999) *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*. UNICEF.

BELLOF, M. (2008) Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección de la niñez en América Latina. *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, Defensoría General de la Nación. Buenos Aires: La Ley.

BELLOF, M (2017) *Nuevos problemas de la justicia juvenil*. (1° Ed.) Buenos Aires: Ad-Hoc.

BIDART CAMPOS, G. J. (2008) *Compendio de Derecho Constitucional*. (1° ed. 1° reimp.) Buenos Aires: Ediar.

CREUS, C. (1994) *"Derecho Penal. Parte General "*. Buenos Aires: Astrea.

CRIVELLI, A. E. (2014) *Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil*. Montevideo: B de F.

D'ALESSIO, A. J. (2005) *Código Penal Comentado y Anotado*. Parte (1° Ed.) Buenos Aires: La Ley.

DONNA, E. A. (2010) *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*. Tomo I Arts. 1° al 161. (1 Ed.) Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

FELLINI, Z. (2007) *Derecho Penal de Menores* (1° Ed. 2° reimp.) Buenos Aires: Ad-Hoc.

GARZÓN VALDÉS, E (1994) *Desde la modesta propuesta de J. Swift a las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Vol. II.

HERNANDEZ SAMPIERI, R; FERNANDEZ COLLADO, C., BAPTISTA LUCIO, M. (2010) *Metodología de la Investigación* (5° Ed.). México: McGraw-Hill.

INGLESE, S. M. (2015) *El Régimen Penal Argentino a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño*.

KOHAN V. y LIGUORI M. (2012). *Los Menores bajo la lupa: la Infancia en disputa. La historia de la infancia es la historia de su control. VII Jornadas de Sociología de la UNLP*. Departamento de Sociología de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, La Plata. Recuperado de <https://www.aacademica.org/000-097/311>.

LEIVA, R. (2010) *Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes. Comentado y anotado*. (2° Ed. Actualizada). Buenos Aires: La Ley.

MANGUÍA, S. (2004). *Los medios de comunicación y el delito de ser menor. VI Jornadas de Sociología*. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Recuperado de <http://www.aacademica.org/000-045/304>.

SANSÓ, G. (2017). *Baja de la edad de punibilidad*. Revista de Derecho Penal y Criminal. Buenos Aires: La Ley.

TERRAGNI, M. (2010) *Justicia Penal de Menores* (2° Ed.) Buenos Aires: La Ley.

VÁZQUEZ, R. V. (2010) *¿Imputabilidad penal de adolescentes de 14 y 15 años de edad?* Revista de Derecho Penal y Criminal. Buenos Aires: La Ley.

VILLADA, J. L. (2017) *Responsabilidad Penal de Menores. Una mirada y propuesta diversa*. Revista de Derecho Penal y Criminal. Buenos Aires: La Ley.

ZAMORA, J. J. (2011) *Tipos de investigación. Metodología de la Investigación Jurídica* (pp. 22-130) Veracruz, México: Xalapa.

b. Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación.

Código Procesal Penal de la provincia de Corrientes.

Constitución Nacional argentina.

Constitución Provincial de la provincia de Corrientes.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Convención Americana de Derechos Humanos.

Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17 (2002).

Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 10 (2007).

Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12 (2009).

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Decreto Ley n° 26 “Ley Orgánica de la Administración de Justicia”. Corrientes, 2000.

Decreto Ley n° 21 “Ley Orgánica del Ministerio Público”. Corrientes, 2000.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del Riad).(1990)

Protocolo de Mediación Penal Juvenil (2018) Acuerdo N° 16/18 punto 23– ANEXO IV del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes.

Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las personas vulnerables (Reglas de Brasilia).

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). (1985)

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de la Libertad. (1990)

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (1990)

Ley 10. 903 (1919) Derogada.

Ley 14.394, “Modificación al Régimen de los Menores y de Familia” (1954).

Ley 22.078 “Régimen Penal de la Minoridad” (1980).

Ley 26.061 “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (2005).

c. Jurisprudencia

CSJN, Fallos: 328:4343.

CSJN, Fallos: 331:2691.

CSJN, Fallos 331:941

CNCrim. Y Correc., sala IV, causa n° 20.623, “G., J. P. y otros”, del 20/03/2003

CNCrim. Y Correc., sala VII, causa n° 27.540, “C.,G.A. y otro” del 29/09/2005

CNCasación Penal, Sala III, causa n° 8.367, “P.P.,J.A. y Gómez Rodríguez, Julio s/ recurso de inconstitucionalidad”, del 11/12/2007