



Trabajo Final de Graduación

Menores en conflicto con la Ley Penal Argentina como objeto de
Tutela Judicial

Zayas, Daiana Magalí

DNI: 34681107

Universidad Empresarial Siglo 21

Abogacía

2019

Agradecimientos

A mis padres Susana y Alcides, pilar fundamental en todas las etapas de mi vida y ejemplo de lucha, de perseverancia.

A mis hermanos, María Luz, Nicolás y Morena, por darme fuerzas para seguir adelante.

A Tomás, mi compañero de vida, por apoyarme siempre, creer en mí, y recordármelo cada vez que era necesario, gracias por tanto amor y contención.

A mis amigas de toda la vida por su energía en todos los momentos, en los buenos y en los no tanto.

Fue un largo camino, lleno de aprendizajes y experiencias, agradezco a Dios que haya sido así porque me ha dejado un gran crecimiento personal, superando todos los obstáculos, que me hacen ser la mujer que hoy soy.

Todo llega para quien sigue luchando.

Mi felicidad es completa, hoy puedo decir... ¡lo logré!

Resumen

El presente Trabajo Final refiere al actual Régimen Penal de Minoridad, específicamente se intentará dilucidar si el artículo primero del mencionado régimen resulta inconstitucional.

El mentado artículo estipula que no son punibles los menores de 16 años, a raíz de ello, se infiere que si bien el adolescente puede ser no punible, sí es susceptible de imputación.

Con lo cual, ello faculta al juez a disponer de él provisionalmente por tiempo indispensable permaneciendo en establecimientos e instituciones, no tan solo en el caso de ser culpable, sino también si se detectan factores como faltos de asistencia, en peligro moral o material.

Sumado a ello, se verifica además que el menor no cuenta con la posibilidad de defenderse y que continúa siendo un objeto de tutela judicial y no un sujeto de derecho y de esa manera se violan normas constitucionales como la debida defensa en juicio.

En consecuencia, se puede manifestar que resulta inconstitucional el artículo 1 del Régimen Penal de menores, ya que como se indica supra brinda la posibilidad al juez a disponer del menor si encuentran dadas las circunstancias de peligro moral o material, conceptos ampliamente vagos y hasta discriminatorios según la situación económica del mismo.

Palabras Claves:

Inconstitucionalidad, Régimen Penal de Minoridad, Menores, Discrecionalidad

Abstract:

The present Final Work refers to the current Criminal Minority Regime, specifically it will try to clarify if the first article of the mentioned regime is unconstitutional.

The aforementioned article stipulates that children under 16 years of age are not punishable, as a result of which, it is inferred that although the adolescent may be non-punishable, yes it is susceptible to imputation.

Thus, it empowers the judge to have him provisionally for essential time remaining in establishments and institutions, not only in the case of being guilty, but whether factors as lacking assistance, moral hazard or material is detected.

Added to this, it is also verified that the minor does not have the possibility of defending himself and that he continues to be an object of judicial protection and not a subject of law and thus violates constitutional norms such as due defense in court.

Consequently, one can say that it is unconstitutional Article 1 of the Criminal Regime of minors, since as indicated above provides the possibility for the judge to have the child if they find the circumstances of moral hazard or material widely vague concepts and even discriminatory according to the economic situation of the same.

Keywords:

Unconstitutionality, Minority Criminal Regime, Minors, Discretion

Índice

Capítulo I.....	9
Del Régimen de los menores como objeto de tutela al reconocimiento como sujetos de derecho	9
Introducción	10
1. Menores como objeto de tutela	10
1.1 Régimen Penal de Minoridad	12
1.2 Sistema de Protección Integral.....	14
1.2.1 Ley de Protección Integral de los derechos de la niñas, niños y adolescentes – Análisis.....	14
1.3 Menores como sujetos de derecho	17
1.4 Principios Constitucionales que se deben tener en cuenta y se vulneran por aplicación del Régimen Penal de Minoridad.....	19
Conclusión Parcial	22
Capítulo II	23
Alcance del Ley Régimen Penal de Minoridad sobre los menores	23
Introducción al capítulo.....	24
2. La incidencia de la Convención Sobre Derechos del niño sobre los menores en el proceso penal	24
2.1 Régimen Penal de Minoridad y sus normas	27
2.1.1 La disposición del menor por parte del juez – alcances y límites	29
2.1.1 Falto de asistencia – alcances.....	32
Conclusión Parcial	34
Capítulo III	35
Doctrina – Jurisprudencia y Derecho Comparado	35
Introducción	36
3. Doctrina Sobre el Régimen Penal de Minoridad y la Discrecionalidad impuesta sobre el mismo	36
3.1 Doctrina que propugna la inconstitucionalidad del artículo 1º del Régimen Penal de Minoridad.....	39
3.3 Jurisprudencia referida al Régimen Penal de Minoridad	42
3.3.1 "M., D. E. y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado"	42
3.3.2 Recurso de hecho deducido por la defensa de A. A. M. en la causa M., A. A. s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas	47

3.4 Derecho Comparado.....	49
Conclusión Parcial	51
Conclusión Final	53

Introducción

El Régimen Penal de Minoridad en su artículo 1° estipula que no son punibles los menores de 16 años. De aquí se desprende que el adolescente puede ser no punible pero si susceptible de imputación, ya que el artículo continúa sosteniendo que en caso de que haya imputación contra alguno de ellos, se faculta al juez a disponer de él provisionalmente por tiempo indispensable.

Por otro lado, como se observa la ley permite al juez disponer provisionalmente del menor donde este último indique, incluyendo establecimientos e instituciones, y ello no solo en el caso de ser culpable, sino que aun si se detectan factores como faltos de asistencia, en peligro moral o material, también faculta al juez a disponer de ellos.

Por su parte, la norma en cuestión no menciona la facultad del menor a defenderse, ni la duración razonable del proceso, ni del hecho de tener graves sospechas de que ha cometido un delito para poder institucionalizarlo, más aun, faculta al juez a hacerlo fundando su decisión en la posición económica del menor, sin haber cometido ningún delito, por resultar "abandonado" o en "peligro moral o material" o "falta de asistencia".

Con lo cual, ello contraria disposiciones propias de la Carta Magna, específicamente estipuladas en su artículo 18 y lo reglado por la Convención Sobre los Derechos del Niño ratificada por la misma.

Con la sanción de la Ley 26.061 de la Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, se pasó en Argentina de un paradigma del menor como objeto de tutela a uno de protección integral, reconociendo a los menores como sujetos de derechos. De esta realidad se desprende que el Régimen Penal de Minoridad ha quedado muy desfasado, en un sistema que ya el país ha intentado dejar atrás.

Por todo lo expuesto se formula el siguiente interrogante: ¿Resulta inconstitucional el artículo 1° del Régimen Penal de Menores, el cual deja a facultad del juez la suerte del menor?

En este contexto, a los fines de responder dicho interrogante, se plantea como objetivo general analizar si resulta inconstitucional dicho artículo y como objetivos específicos, se definirá que se entiende por la facultad del juez de disponer del menor y por tiempo indispensable y por otro lado peligro material o moral, se compararan los modelos de la situación irregular y el de protección integral, se describirán la debida

defensa en juicio estipulada constitucionalmente, se analizaran las posturas doctrinarias existentes y la jurisprudencia en torno a la temática en cuestión.

A modo de hipótesis se afirma que resulta inconstitucional el artículo 1 del Régimen Penal de menores ya que estipula que el menor es susceptible de imputación aunque no es punible y le permite al juez a disponer provisionalmente al adolescente, por lo que éste debe estar donde éste lo indique, lo que incluye establecimientos e instituciones. Aún para el caso de quedar absuelto, el juez puede disponer de él si encuentran dadas las circunstancias de peligro moral o material, conceptos ampliamente vagos y hasta discriminatorios según la situación económica del menor. Sumado a esto, jamás se le da posibilidad al menor de defenderse, continúa siendo un objeto de tutela judicial y no un sujeto de derecho.

En lo que concierne a la metodología de la investigación que se utilizará será el descriptivo-correlacional, descriptivo porque se intentara describir la situación de los menores en conflicto con la ley penal y correlacional en cuanto se abordara en el contexto del derecho penal (ley 22.278) pero relacionándolo con los estándares internacionales, como la Convención sobre los derechos del niño y como derecho interno la ley 26.061.

Por último, referido a la organización del presente Trabajo Final de Graduación, el mismo estará dividido en tres capítulos, en donde en el capítulo número uno se analizará lo relativo al régimen de los menores como objetos de tutela al reconocimiento de sujetos de derecho.

El capítulo número dos, estará destinado a desarrollar y analizar el Régimen Penal de Minoridad, a tal fin, se esbozará el alcance del término falta de asistencia; peligro moral; peligro material, etc. y sobre todo la disposición del juez sobre los menores.

En el capítulo número tres se desarrollarán las posturas doctrinarias que esbozan sus opiniones encontradas con respecto al tema sujeto a análisis. Y finalmente se expondrá la jurisprudencia sobre menores en conflicto con la Ley Penal y el derecho comparado.

Capítulo I

Del Régimen de los menores como objeto de tutela al reconocimiento como sujetos de derecho

Introducción

A modo introductorio del presente capítulo, cabe poner de manifiesto que con el pasar de los años los niños/as y adolescentes han recibido legalmente diferentes tutelas. Ello es así dado que antes de la reforma constitucional del año 1994 los menores eran sujetos de tutela, con lo cual, las normas no los concebían como sujetos de derechos.

Este enfoque condujo al reemplazo de las penas por distintas medidas de seguridad, determinando que los objetos de protección de las leyes son los menores que se hallan en situación irregular, esto es, en estado material o moral de abandono, riesgo o peligro, en circunstancias especialmente difíciles o en situación de disfunción familiar

Sin embargo, luego de la citada reforma y la aplicación de la Convención Sobre Derechos del Niño, las normas que protegen a los menores, los consideran como sujetos de derecho para el ordenamiento jurídico, tal como se verá infra.

Es por ello que el presente capítulo estará destinado a desarrollar lo atiente a las normas que protegen a los menores en cuanto a la temática en cuestión. Se realizará un pasaje a lo largo del tiempo determinando como se los consideraba objeto de tutela a sujetos de derecho en la actualidad.

1. Menores como objeto de tutela

A partir de la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Aquella transformación se conoce como la sustitución de la doctrina de la situación irregular por la de protección integral.

Sin embargo, es relativo el impacto real de su incorporación, pese al tiempo transcurrido en este país, siguen rigiendo leyes basadas en las directrices de la situación irregular, que resultan ser a todas luces inconstitucionales, pues se contradicen con aquélla, que al poseer rango constitucional, configura una norma básica y suprema (Vanella, 2010).

Por lo que, resulta evidente la necesidad de implementar una política criminal y una legislación adecuadas al cambio de paradigma, tal como fuere expuesto al comienzo del presente Trabajo Final de Graduación.

Aunado a ello, es menester afirmar que las normas surgidas al amparo de esta situación irregular, presentan características comunes, ya que habilitan un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coercitivas frente a infractores

de la ley penal, a partir de las ideas de tratamiento y resocialización y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos.

Este enfoque condujo al reemplazo de las penas por distintas medidas de seguridad, determinando que los objetos de protección de las leyes son los menores que se hallan en situación irregular, esto es, en estado material o moral de abandono, riesgo o peligro, en circunstancias especialmente difíciles o en situación de disfunción familiar (Anselmino, 2014).

Sin embargo, tal como se verifica de las normas que protegen a los menores, se vislumbra que los mismos ya no son sujetos de tutela, sino que se han convertido en sujetos de derecho para el ordenamiento jurídico, tal como se verá infra.

Por otra parte, cabe resaltar que no se considera al niño como un sujeto de derecho íntegro, sino como objeto de protección, control y represión por parte de los adultos y del Estado. Ello conduce a no reconocerle todos los derechos y garantías fundamentales, colocando a los niños y jóvenes en un plano de desigualdad jurídica respecto de los demás integrantes de la sociedad.

De igual manera se desconoce el principio de legalidad¹, pilar fundamental en un Estado de Derecho, sometiendo al mismo tratamiento tanto al joven infractor de la ley penal como a aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos.

En consecuencia, quedan habilitadas las reacciones estatales, sean por tiempo indeterminado o limitadas por la mayoría de edad. Se justifica la intervención de la justicia penal independientemente de que hubieran o no realizado conductas perseguidas por el derecho criminal.

En estas condiciones, la actividad de la defensa es innecesaria. La defensa se encuentra en cabeza del propio Estado, representado por un juez guardián de los derechos del niño. La función jurisdiccional se desvirtúa, el juez pasa a cumplir

¹ Artículo 18 Constitución Nacional Argentina

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice

funciones propias de las políticas sociales, actuando en forma paternalista (Penna, 2016).

Se verifica entonces, que el procedimiento difiere del que se utiliza para enjuiciar a un adulto, porque no se acusa a un niño por la comisión de un ilícito, sino se le ofrece ayuda y guía para que pueda desenvolverse, en el futuro, dentro de la ley.

Dentro de este ámbito, el juez posee facultades ilimitadas respecto de la disposición e internación de los menores (máxima medida de coerción), sin que las mismas puedan ser puestas en crisis por los interesados (padres o defensores), a quienes no se los admite como parte y, en muchos casos, no se les permite el acceso a las actuaciones.

En definitiva, estos modelos niegan la responsabilidad del niño pero no renuncian a penar, haciéndolo bajo el pretexto de proteger o educar, y negándole las garantías del sistema penal (Vanella, 2010).

1.1 Régimen Penal de Minoridad

En lo que concierne a este Régimen, el mismo se encuentra regulado a través de la Ley 22.278, con su modificatoria más destacada la ley 22.803 publicada en el Boletín Oficial el 9 de mayo de 1983.

De la presente ley se desprende la imputabilidad de los menores, pudiendo realizarse la siguiente distinción:

1. Menores que no han cumplido los dieciséis años: no son punibles. Son absolutamente incapaces, constituyendo su inimputabilidad una presunción iure et de iure. Si se les llegase a culpar o imputar de un delito se cierra el expediente penal y se abre un expediente tutelar. Si del análisis del caso el juez llega a la conclusión de que el niño está en peligro moral o material "puede disponer de él". Teniendo así en este caso relevancia nuevamente, como en la ley de Patronato de Menores, la situación económica del niño y sus familiares.
2. Menores que han cumplido los dieciséis años pero que no tienen dieciocho: Al llegar a los 16 años de edad, la ley presume que ya han alcanzado madurez mental suficiente, siendo por ellos imputables y punibles. Pero también, respecto a los jóvenes comprendidos en esta edad, la ley establece una excepción, y dirá que no serán punibles, cuando cometan delitos reprimidos con multa o inhabilitación, o tengan asignadas penas privativas de la libertad de menos de 2 años, y los que sean perseguibles por acción

privada.²A los jóvenes comprendidos en esta edad se les realiza un proceso pero la pena se fijará cuando cumplan los 18 años.

Por otro lado, ley en su artículo 1° modificado por ley 22.803 en 1983, contempla la situación del niño en conflicto con la ley penal o abandonada, falta de asistencia, en peligro material o moral, del cual el juez podrá disponer libremente, diciendo:

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

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.³

Se infiere de lo esbozado ut supra, que aún sigue existiendo una normativa que versa sobre situaciones y términos muy amplios y vagos y no determinados previamente, lo que afecta la seguridad jurídica y deja a discrecionalidad del juez la mirada que tenga sobre cada caso particular donde él considere que exista peligro o problemas conductuales para que disponga de la forma que el crea oportuna de ellos.

De acuerdo con ello, se establece que los niños, niñas y adolescentes no son punibles hasta los 16 años. Empero, se le confiere al juez la facultad de disponer del menor hasta los 21 años, si éste se encuentra en peligro material o moral.

²Ley 22.278. Artículo 1°.- No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación(...)

³ Art. 1 Ley 22.278

1.2 Sistema de Protección Integral

1.2.1 Ley de Protección Integral de los derechos de la niñas, niños y adolescentes – Análisis

El 28 de septiembre de 2005 se sanciona la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual supo cosechar las enseñanzas de los instrumentos internacionales y las sugerencias de los organismos especializados en la materia.

La nueva ley propone un sistema de protección integral que, además de enumerar derechos y garantías a favor de los menores, indica medidas, establece responsabilidades, crea organismos, diseña funciones y dispone condiciones para llevar a cabo este sistema de protección integral de derechos.

La conformación del sistema está dada por organismos, entidades y servicios que planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privada, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, ello conforme a su artículo 32⁴.

Es del caso añadir que, si bien se incluyen disposiciones de posible aplicación en el derecho penal juvenil, el régimen de la ley 22.278 continúa vigente a pesar de concebir al menor como objeto y no como sujeto de derecho.

⁴ Artículo 32 Ley 26.061

CONFORMACION. El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional.

La Política de Protección Integral de Derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios.

Para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe contar con los siguientes medios:

- a) Políticas, planes y programas de protección de derechos;
- b) Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos;
- c) Recursos económicos;
- d) Procedimientos;
- e) Medidas de protección de derechos;
- f) Medidas de protección excepcional de derechos.

Si se repasan algunos de los conceptos apuntados por esta ley, se verifica que todos se encuentran inspirados en la protección integral de los derechos de los niños, los cuales quedan asegurados y sustentados en el principio del interés superior del niño⁵.

Dicho interés consiste en la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, conforme surge de su artículo 3^o⁶ y prevalece en caso de que exista algún tipo de conflicto con otros intereses.

Por su parte y a mayor abundamiento, la ley exige que se implementen políticas públicas que tiendan a efectivizar tales derechos (artículo 4^o)⁷ y, consecuentemente, prevé la responsabilidad gubernamental de establecer, controlar y garantizar el

⁵ Artículo 1 Ley 26.061

OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

⁶ Artículo 3 Ley 26.061

INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

⁷ Artículo 4 Ley 26.061

POLITICAS PÚBLICAS. Las políticas públicas de la niñez y adolescencia se elaborarán de acuerdo a las siguientes pautas:

- a) Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;
- b) Descentralización de los organismos de aplicación y de los planes y programas específicos de las distintas políticas de protección de derechos, a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia;
- c) Gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles en coordinación con la sociedad civil, con capacitación y fiscalización permanente;
- d) Promoción de redes intersectoriales locales;
- e) Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

cumplimiento de esas políticas, para lo cual deben asignarse recursos públicos que las garanticen (artículo 5º)⁸.

Cabe agregar además, que en el catálogo de derechos asegurados, se reconocen a favor del menor diversas libertades, entre ellas la personal. La privación de la libertad personal, entendida como la ubicación del niño en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse conforme a la normativa vigente; y de ningún modo puede ser ordenada ilegal o arbitrariamente (artículo 19)⁹.

En consecuencia, se infiere que, esta disposición remite a la ley 22.278, pues allí están indicadas las pautas de internación de menores, acusados o no de un delito, es decir, la norma hace un retroceso.

Pero la ley 26.061 señala que en ningún caso las medidas de protección pueden consistir en la privación de la libertad (artículo 36¹⁰ y 41, inciso "e")¹¹ ni tampoco la falta de recursos materiales puede justificar la institucionalización del menor (artículo 33)¹².

⁸ Artículo 4 Ley 26.061

RESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL. Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

- 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia;
- 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;
- 3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;
- 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice;
- 5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales.

⁹ Artículo 19 Ley 26.061

DERECHO A LA LIBERTAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad.

Este derecho comprende:

- a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos;
- b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela;
- c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.

Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente.

La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente.

¹⁰ Artículo 36 Ley 26.061

PROHIBICION. En ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad conforme lo establecido en el artículo 19.

¹¹ Artículo 41 Ley 26.061

Por último y no menos relevante, cabe poner de manifiesto que el artículo 27 plantea un tema engorroso, ya que los procesos judiciales que hoy en día se siguen contra menores lejos están de garantizarles los derechos contemplados en la Constitución Nacional, en la Convención de los Derechos del Niño y en los tratados internacionales ratificados por Argentina.

Con lo cual, corresponde a los organismos del estado adoptar medidas administrativas legislativas, judiciales o de otra índole para hacer efectivo ese cumplimiento, lo cual hasta la fecha no ha sucedido (Rodríguez, 2015).

1.3 Menores como sujetos de derecho

Cabe poner de manifiesto que la Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso como ley 23.849 en septiembre de 1990, promulgada el 16 de octubre de 1990, con jerarquía constitucional a partir de 1994, resulta del marco mínimo de reconocimiento y respeto a

APLICACION. Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios:

- a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes;
- b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;
- c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes;
- d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;
- e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;
- f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.

¹² Artículo 33 Ley 26.061

MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS. Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.

los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado, entre ellos Argentina.

Retomando lo expuesto supra con relación a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cabe destacar que la misma posee igual jerarquía que la Carta Magna, a partir de la reforma del año 1994 de esta última.

Con lo cual, ello trajo aparejado la obligación al Estado Nacional de dar respuesta jurídica y social y que esta se traduzca en la construcción de normas fundadas a la luz del cambio de paradigma propugnado por dicha Convención, la cual en su norma reconoce la dignidad del niño/a y adolescente como persona y por ende, de sus derechos inalienables (Rodríguez, 2015).

Se infiere entonces, que de ello se vislumbra la clara finalidad de la norma, ello es, considerar y reconocer a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho.

Cuando se habla de menores como sujetos de derecho, surge lo que se denomina como protección integral, la cual implica la protección de derechos, la cual propugna el interés superior del niño, el cual ha sido interpretado como un principio garantista para la satisfacción de los derechos del niño.

Así, la protección integral significa protección de derechos e interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos. La Convención formula este principio como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra, lo que debe recordarle a la autoridad de que no elabore soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, tanto en forma y como en contenido, a los derechos del niño sancionados legalmente (Sanso, 2017).

El niño, joven o adolescente ya no es tratado como un objeto de tutela, control y represión, sino como un sujeto de derecho pleno. No se lo define de manera negativa desde lo que no es, no puede o no tiene, sino de manera afirmativa como sujeto pleno, como persona en continua evolución y crecimiento, titular de derechos y obligaciones, teniendo en cuenta la evolución de sus facultades.

Razón por la cual, deberá de tenerse en cuenta la capacidad progresiva de los niños niñas y adolescentes (en adelante NNyA), la cual implica la participación personal de los mismos en la realización de sus derechos, atendiendo de esa manera el grado de desarrollo madurativo y discernimiento (Rodríguez, 2015).

En consecuencia, surgen a colación de suma importancia los artículos 5 y 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los cuales rezan:

ARTÍCULO 5:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.¹³

ARTÍCULO 12:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.¹⁴

Con lo cual, se infiere que de esta manera la Convención recepta el principio de ejercicio progresivo de los NNyA, por lo que, el juez debería ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional y no asistencial.

En cuanto a la política criminal, reconoce a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales, fijando una edad mínima por debajo de la cual el niño no tiene capacidad para infringir la ley penal por lo que no puede ingresar al sistema penal, pero no por ello dejan de reconocerle las mismas garantías.

1.4 Principios Constitucionales que se deben tener en cuenta y se vulneran por aplicación del Régimen Penal de Minoridad

En principio, cabe afirmar que la Constitución Nacional no distingue entre personas mayores y menores de edad, por el contrario su artículo 16¹⁵ sienta el principio

¹³ Artículo 5 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

¹⁴ Artículo 12 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

¹⁵ Artículo 16 Constitución Nacional Argentina

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

de igualdad, al establecer que todos los habitantes son iguales ante la ley, por lo que se postula que todas las personas en igualdad de condiciones han de tener la misma posibilidad de ser juzgadas ante los mismos jueces con iguales formalidades, facultades, poderes y sujeciones. De aquí se advierte que los actos de los mayores y los menores están garantizados de la misma manera.

Sin embargo, se verifica que actualmente se les da un trato diferencial a niños y adolescentes, con la única finalidad de someterlos a un régimen penal en el que les son retaceados todos sus derechos y garantías constitucionales.

Aunado a ello, deberá de estarse a lo prescripto por el artículo 18 del mismo cuerpo normativo, el cual reza:

Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.¹⁶

A raíz de la citada norma cabe resaltar que las leyes que rigen el sistema penal de menores en Argentina incriminan, en algunos casos, estados y no conductas tipificadas en la ley penal que sirvan de antecedentes para la aplicación de una sanción.

Con lo cual, la consecuencia inmediata del hecho delictivo, realizado por un menor entre 16 y 18 años, consiste en que el juez toma a su respecto una disposición provisoria que es una medida de neta índole tutelar. En primer lugar, de custodia obligada del menor por juez, que procurará su protección integral y, con ella, su adecuada formación y en segundo lugar, puede restringir los derechos propios de la patria potestad.

¹⁶ Art. 18 - Constitución Nacional

Esta disposición provisoria (que puede durar hasta los 18 años sin que el imputado sepa aún si, finalmente, va a ser sancionado penalmente o no), se convierte en definitiva, cuando se determina a través de los estudios que se le realizan al joven, que éste se haya abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta. El juez, en estos casos, dispondrá definitivamente del joven por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Esa resolución no es apelable, por lo que también se estaría violando la garantía constitucional del “doble conforme” o de la “doble instancia” (art. 18 de la C.N.). Ello es así, ya que la asistencia técnica del joven no cuenta con otros mecanismos, para poner en crisis una medida de tamaña gravedad, debido a que la así llamada “disposición” constituye, sin lugar a dudas, la aplicación de una pena por parte del Estado (Viñas, 2005).

Por otro lado, se puede mencionar el principio de reserva (art. 19 CN)¹⁷, el cual entra claramente en conflicto con las leyes que integran el sistema penal de menores, pues éstas otorgan al juez dentro del expediente tutelar una absoluta discrecionalidad para la “disposición” (provisoria o definitiva) del menor, no sobre la base de lo que hizo sino de lo que es (Friele, 2014).

En lo que concierne a la garantía de juicio previo, la misma se vulnera dado que por vía de la llamada “disposición” equivalente a una pena, se le aplica al menor una sanción punitiva, sin que exista un juicio previo de reprochabilidad, pasado en autoridad de cosa juzgada.

Por último, en lo que refiere a la garantía de defensa en juicio cabe destacar que es evidente que la defensa de un menor, en el proceso penal vigente, sufre un menoscabo absoluto, ya que no tiene la más mínima posibilidad de hacer valer sus derechos, frente a la excesiva discrecionalidad que tiene un juez de menores (Friele, 2014).

¹⁷ Art. 19 Constitución Nacional

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Conclusión Parcial

A momentos de concluir el presente capítulo, cabe afirmar que a partir de la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Aquella transformación se conoce como la sustitución de la doctrina de la situación irregular por la de protección integral.

Sin embargo, es relativo el impacto real de su incorporación, pese al tiempo transcurrido en este país, siguen rigiendo leyes basadas en las directrices de la situación irregular, que resultan ser a todas luces inconstitucionales, pues se contradicen con aquélla, que al poseer rango constitucional, configura una norma básica y suprema.

Ya no se no se considera al niño como un sujeto de derecho íntegro, sino como objeto de protección, control y represión por parte de los adultos y del Estado.

Ello conduce a no reconocerle todos los derechos y garantías fundamentales, colocando a los niños y jóvenes en un plano de desigualdad jurídica respecto de los demás integrantes de la sociedad.

De igual manera se desconoce el principio de legalidad, pilar fundamental en un Estado de Derecho, sometiendo al mismo tratamiento tanto al joven infractor de la ley penal como a aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos.

En consecuencia, quedan habilitadas las reacciones estatales, sean por tiempo indeterminado o limitadas por la mayoría de edad. Se justifica la intervención de la justicia penal independientemente de que hubieran o no realizado conductas perseguidas por el derecho criminal.

Se verifica entonces, que el procedimiento difiere del que se utiliza para enjuiciar a un adulto, porque no se acusa a un niño por la comisión de un ilícito, sino se le ofrece ayuda y guía para que pueda desenvolverse, en el futuro, dentro de la ley.

Capítulo II

Alcance del Ley Régimen Penal de Minoridad sobre los menores

Introducción al capítulo

Tal como fuere expuesto en el capítulo anterior, desde 1994 Argentina asumió la responsabilidad de referirse a los niños, niñas y adolescentes, como individuos portadores de los mismos derechos y garantías que se le reconoce a un adulto, pero con un plus extra que es otorgado por el mencionado instrumento internacional. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños no deben ser considerados incapaces o meros objetos del proceso, sino sujeto de derecho.

La Ley 26.061 pregonaba un sistema de protección integral el cual enumera derechos y garantías sobre las cuales debe llevarse a cabo un proceso en donde se encuentre involucrado un menor.

Sin embargo, el Régimen Penal de Minoridad por un lado presenta un discurso de protección, pero en el trasfondo se puede verificar un fin de resguardo social a través de la figura tutelar del elemento peligroso para el discurso manifiesto, el sujeto de derechos vulnerados y en riesgo.

Es por ello que en el presente capítulo se analizará la Ley 22.278 de Régimen Penal de Minoridad a los fines de verificar cuál es su alcance y de qué manera puede vulnerar los derechos de los niños/as y adolescentes.

2. La incidencia de la Convención Sobre Derechos del niño sobre los menores en el proceso penal

En el capítulo anterior se afirmó que la Ley 26.061 propone un sistema de protección integral que, además de enumerar derechos y garantías a favor de los menores, indica medidas, establece responsabilidades, crea organismos, diseña funciones y dispone condiciones para llevar a cabo este sistema de protección integral de derechos.

Por lo que es dable esclarecer que la doctrina de la protección integral, constituye un cambio sustancial, determinado a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño; de la cual se infiere que el niño no es un objeto a proteger, sino un sujeto de derecho con responsabilidades, derechos y obligaciones.

Entonces, la Convención sobre los Derechos del Niño diferencia claramente dos situaciones distintas entre sí, una es la de los niños imputados de delitos y otra la de niños que tienen sus derechos vulnerados. Con lo cual, dicha convención pregona que ambas situaciones merecen diferentes tratamientos.

Así las cosas, la primera incumbe a la política criminal y la segunda es una cuestión de políticas sociales que el Estado debe abordar por otras vías diferentes de la justicia penal. Criterio que es seguido por la ley 26.061 la cual deroga la antigua ley Agote (Alonso, 2015).

En consecuencia a lo esbozado anteriormente se infiere que la existencia del expediente tutelar solo es compatible siguiendo la doctrina de la situación irregular y dado que hoy ha sido dejada de lado por la aplicación de la doctrina de la protección integral esto conlleva a la desaparición del expediente tutelar del mundo penal.

Aunado a ello la normativa internacional mencionada ut supra refiere al tema que concierne en diversos artículos, ellos son los artículos 12, 37 y 40, en donde el primero de ellos refiere a que el Estado es quien debe garantizar que el niño pueda formar su juicio de valor y ser escuchado en los procesos en los que sea parte.¹⁸

Por su parte, el artículo 37 pregona que también es el Estado quien debe disponer de medidas para que el niño no esté sujeto a torturas; sea privado de su libertad arbitrariamente y si ello sucediera que el mismo sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana y por último, el derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada.¹⁹

¹⁸ Artículo 12 Convención Sobre los Derechos del Niño

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

¹⁹ Artículo 37 Convención Sobre los Derechos del Niño

Los Estados Partes velarán por qué:

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

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

El último artículo, es decir el 40 refiere a los Estados partes y contiene disposiciones sobre las cuales los mismos deben respetar en caso de que se alegue que un niño ha infringido la ley.²⁰

Resulta fundamental lo citado supra dado que la normativa vigente de la Convención Sobre los Derechos del Niño, es la norma básica que se debe tener en

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción

²⁰ Artículo 40 Convención Sobre los Derechos del Niño

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán , en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales , que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella , serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) 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.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras 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.

cuenta a la hora de llevar adelante un proceso en donde se encuentren en juego los derechos de los niños.

Con lo cual, siguiendo la línea de pensamiento del autor Maneiro (2015) se puede afirmar que los artículos citados supra tienen íntima relación con las garantías procesales a saber: Principio *Nullum Crimen Sine Lege* el cual refiere a que nadie puede ser penado por un delito que no haya sido plasmado en una ley con anterioridad a la comisión del hecho; Presunción de Inocencia, el cual pregona que todo niño será considerado inocente hasta que se pruebe lo contrario mediante sentencia firme dictada en un debido proceso. Es decir que antes y durante el proceso penal se debe considerar que el niño es inocente.

Por su parte, se encuentra ligado a la obligación de información de los cargos que pesan contra el niño, ya que todo niño sometido a un proceso penal tiene derecho a ser informado acerca de la acusación que existe en su contra. Esta garantía mínima se refiere al conocimiento efectivo que debe tener el niño del hecho que se le atribuye.

Además de ello, se debe velar por el derecho a ser oído durante el proceso derecho, el cual se encuentra expresamente previsto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; la garantía del debido proceso que es una garantía que de no cumplirse, provoca la nulidad absoluta del proceso y se refiere a que se efectuó una acusación detallada, una defensa, prueba y sentencia acorde a la reglamentación vigente.

Garantía de imparcialidad, la cual perfila al juez como un verdadero tercero neutral entre las dos partes, que decidirá el proceso con objetividad; la garantía de justicia especializada, tendiente a que todo niño, niña y/o adolescente sometido a proceso penal, sea juzgado por un juez especializado en lo que a justicia de niños, niñas y adolescentes refiere, debiendo la especialidad primar por encima de la materia del delito en cuestión. Por último, y no menos importante la garantía de *indubio pro reo*, que expresa que en caso de duda debe estarse a favor de la inocencia del niño, niña y/o adolescente.

2.1 Régimen Penal de Minoridad y sus normas

Retomando lo mencionado anteriormente cabe recordar las palabras de la norma en cuestión. Así las cosas su artículo número 1 afirma:

ARTÍCULO 1° - No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de

acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.²¹

Del texto de la Ley se puede inferir que es el juez quien posee diversas facultades a los fines de resolver cuando se presenta un menor que ha delinquido. Ello es así dado que la norma estipula que será el mismo quien determine además de los aspectos legales, los aspectos del entorno del menor, la peligrosidad y la disposición del mismo.

Aunado a ello, tal como se verifica, el adolescente puede ser no punible pero susceptible de imputación, porque imputar es atribuir a un sujeto la responsabilidad de un hecho reprobable, aunque efectivamente no se lo pueda reprochar penalmente. Pero la ley permite al juez a disponer provisionalmente al adolescente, lo que significa que éste debe estar donde el juez lo indique, lo que desde luego incluye establecimientos e instituciones. Aún para el caso de quedar absuelto, el juez puede disponer de él si encuentra que están dadas las (muy amplias) circunstancias señaladas (Rodríguez, 2015).

Es por ello que lo que se intenta esclarecer en este trabajo es cuál es el alcance de la norma, dado que a priori pareciera que el juez puede actuar discrecionalmente ya que puede disponer del menor.

Por su parte, el artículo 2 de la mentada ley enseña que se considerará punible al menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º; y establece en su párrafo 2º que “(...) En esos casos la

²¹Art. 1 - Régimen Penal de Minoridad

autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación.²²

Mientras que el 3º párrafo del mismo artículo indica que “(...) Si apareciera que el menor se haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.

Además de lo citado supra, cabe resaltar que el artículo 3º de esta ley dispone que:

La disposición determinará:

- a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;
 - b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;
 - c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.
- La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

2.1.1 La disposición del menor por parte del juez – alcances y límites

Como análisis integral de los alcances de la ley en cuestión de disposición por parte del juez, primero cabe destacar que la misma reside en que no se trata de un sistema independiente de justicia juvenil, sino de la aplicación del Código Penal a personas menores de 18 años, en ciertas condiciones.

²² Art. 4 Ley 22.278

Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4º. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se haya abandonado, falto de asistencia en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Con lo cual, estas condiciones le otorgan al juez un enorme margen de discrecionalidad, y este es efectivamente, un problema. Se espera que las leyes dejen un margen para que el juez la aplique a situaciones concretas mediante el ejercicio de la sana crítica, pero la ley debe establecer límites precisos para ese ejercicio.

El Régimen Penal de Minoridad, extiende esos márgenes desde la absolución hasta los plazos máximos de condena, lo que no parece una discrecionalidad aceptable. Es el juez el que define la situación de riesgo, y obra en consecuencia mediante la tutela judicial.

Por otra parte, se observa el criterio de que la disposición judicial depende de las circunstancias personales y no del hecho cometido. Cualquiera fuera la gravedad del delito o el resultado de la causa, si de los estudios realizados surgiera que el menor se encuentra abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta; el juez puede disponer del mismo. Opera como un derecho penal de autor, no de acto (Rodríguez, 2015).

Es por ello que estas medidas “tuitivas” han sido duramente criticadas por la arbitrariedad de los fundamentos que las habilita, en tanto ni siquiera tenían porqué guardar relación con la transgresión endilgada al autor, y en muchos casos implicaban la reclusión en centros, cuyo sistema de ejecución implica, como medida benéfica de corrección y orientación según los eufemismos que se utilizaban en esa época, una indiscutible privación de la libertad, con fundamento en la personalidad díscola del niño o en su estado de riesgo material o moral, conformando entonces la contradicción de protección y represión al propio tiempo (Beloff, 2005).

Aunado a ello cabe recordar que a los menores de edad inimputables o imputables en forma relativa les cabe la disposición tutelar si el juez los entiende en situación de riesgo o peligro moral o material y las medidas implican restricciones más o menos gravosas para los niños, adolescentes y jóvenes.

El extremo es la privación de libertad, que a partir del Art. 11 inc. b)²³ de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, asume un rango que excede la cuestión punitiva. En efecto, en dicho artículo la

²³ Artículo 11 Reglas de las Naciones Unidas

A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley;

b) Por privación de libertad se entiende 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.

privación de la libertad se define en sentido amplio y no sólo como detención y encarcelamiento.

Vale destacar que en estos legajos, las facultades recursivas se encuentran limitadas, las medidas de injerencia pueden gozar de escasa fundamentación y no necesariamente deben guardar relación con el hecho objeto de imputación. Si ello es así, es porque se parte de la ficción inquisitiva de que no existe contraposición de intereses entre el menor y el juez que dispone de él, lo que va acompañado de otro embuste: el encierro sufrido no es privación de libertad sino una medida tutelar para el bienestar del menor (Crivelli, 2007).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la ley 26.061 solamente se declara derogatoria de la antigua ley de patronato, el inconveniente que se plantea es la subsistencia de las facultades tutelares previstas en los arts. 1° y 2° de la ley 22.278, las que aparecen como manifiestamente incompatibles no solo con las prescripciones constitucionales, sino también con los postulados de la CDN, cuya aplicación deviene obligatoria para el Estado Argentino en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° de la misma Convención.

Desde ese punto de vista, se verifica la incompatibilidad entre ambas normas y la vigencia de ésta última a través de la declaración de inconstitucionalidad e impartiendo las directivas necesarias para intentar hacer posible la vigencia efectiva de tales derechos, entre ellas, dejando en claro la prohibición absoluta de encierro de menores inimputables con fines tutelares, la constitución de una mesa de diálogo interdisciplinaria y la exhortación al Poder Legislativo para adecuar la legislación penal de menores.

En efecto, la situación de los menores de 16 años en conflicto con la ley no debiera diferenciarse en lo absoluto del tratamiento brindado a los niños con carencias asistenciales, respecto de quienes actuará directamente la administración, con intervención de la justicia local de familia en el caso de que surja como indispensable la necesidad de adoptar a su respecto las medidas excepcionales previstas en el artículo 39 de la ley 26.061 (Turano, 2008).

Se infiere entonces de lo citado supra que en los supuestos contemplados por el artículo 1° de la ley 22.278 precedentemente citado, el sobreseimiento se impone por la mera constatación de la edad sin que exista discusión alguna sobre la participación del niño en el hecho delictivo. Esta circunstancia, impide poder considerar de modo diferente la situación de estos menores respecto de aquellos que no han pasado por el

sistema penal, teniendo en cuenta que a su respecto solo subsistirá la sospecha de que hubieran podido estar eventualmente vinculados a un hecho delictivo.

Sin embargo, esa sospecha, por imperio de la presunción de inocencia, en modo alguno permite brindarles un trato diferenciado y mucho menos ser utilizada como excusa para que en definitiva, continúe la potestad sobre los mismos de jueces en materia penal.

Lo único que diferencia la situación de los menores inimputables con aquellos que no han pasado por el sistema penal, es justamente la aleatoria situación de haber sido captados por un sistema que se sabe opera con extrema selectividad. Esta situación meramente aleatoria en modo alguno habilita el tratamiento diferenciado que pretende brindárseles.

2.1.1 Falto de asistencia – alcances

El artículo 1º de la ley 22.278 afirma como se ha mencionado supra que “(...) si de los estudios realizados resultare que el menor se haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado (...)”²⁴

Aquí se observa que el Juez tiene la potestad de comprobar si los padres del joven tienen las aptitudes de contener al menor, pudiendo asegurar su asistencia económica, psicológica, su control, y así permitirles trasladarlo a su domicilio. De no contar los padres con estas herramientas, el Juez probablemente pueda ordenar una internación en algún tipo de institución. El Juez aquí entonces no dice por hecho cometido, sino por tipo de familia que sostiene (Casanova, 2016).

Actualmente existe un gran número de niños, especialmente los niños de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar, con lo cual, el Comité ha manifestado al respecto que sólo se internen a los niños únicamente como medida extrema, a los fines de cumplimentar lo referido en la Convención Sobre los Derechos del Niño y normas atinentes que los protegen.

En consecuencia a ello, cabe poner de manifiesto que con respecto a los niños privados del medio familiar, el comité de los Derechos del Niño sigue siendo un llamado de atención para el Estado Argentino. Ello es así dado que existe una profunda

²⁴ Art. 1 - Régimen Penal de Minoridad

preocupación por el hecho que la Ley 10.903 derogada de 1919, y la Ley 22.278 se basan en la doctrina de la situación irregular, y no distinguen, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia.

Por lo que, el Comité recomendó a la Argentina que establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección con la aplicación de la ley 26.061 y no la aplicación de las leyes 10.903 y 22.278 (Pasarín, 2015).

Aunado a ello, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, declaró la inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley 22.278 por entender que es ilegítima cualquier medida de encierro dispuesta sobre personas que no son punibles en razón de su edad, por lo que la disposición sobre el menor genera afectación a los principios constitucionales básicos de un estado de derecho donde, pese a no tener consecuencias penales la conducta desplegada (por no ser punible), y sin que exista debido proceso para habilitar la medida, se priva de la libertad de modo desproporcionado e inconstitucional.

A su vez, en la práctica existe un margen bastante amplio de discrecionalidad sobre las medidas a adoptar y se aplican criterios de derecho penal de autor, al fundarse la decisión en aspectos que hacen a la personalidad del menor.²⁵

Se puede esbozar entonces que el Régimen Penal de Minoridad por un lado presenta un discurso de protección, pero en el trasfondo se puede verificar un fin de resguardo social a través de la figura tutelar del elemento peligroso para el discurso manifiesto, el sujeto de derechos vulnerados y en riesgo.

Queda demarcado entonces que esta norma en general coexiste con un sistema penal de adultos, no es un sistema distinto adaptado a la singularidad del problema. Si bien se defienden garantías y derechos, este Régimen da herramientas al magistrado para vulnerar a los niños/niñas/adolescentes si las condiciones lo ameritan (Casanova, 2016).

Para concluir cabe afirmar que en efecto, la ley 22.278 todavía confunde menores vulnerables con menores delincuentes, medidas de protección con medidas cautelares procesales, y somete al joven infractor a un tratamiento tutelar de dudosa constitucionalidad y cuasi imposible observancia en algunos casos.

²⁵ Cámara Nacional de Casación Penal “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación”

Conclusión Parcial

Este capítulo numero dos se encontraba destinado a verificar cual era el alcance del Régimen Penal de Minoridad. Para ello se debe tomar como punto de partida la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual diferencia claramente dos situaciones distintas entre sí, una es la de los niños imputados de delitos y otra la de niños que tienen sus derechos vulnerados. Con lo cual, dicha convención pregonaba que ambas situaciones merecen diferentes tratamientos.

Aunado a ello y es consonancia con la Ley 26.061 los niños ya no son considerados como sujeto de tutela, sino como sujetos de derechos, razón por la cual el piso mínimo es la protección de esos derechos y la no transgresión de la mencionada Convención.

Por lo que, la existencia del expediente tutelar solo es compatible siguiendo la doctrina de la situación irregular y dado que hoy ha sido dejada de lado por la aplicación de la doctrina de la protección integral esto conlleva a la desaparición del expediente tutelar del mundo penal.

Sin embargo, la Ley 22.278 pregonaba que el juez quien posee diversas facultades a los fines de resolver cuando se presenta un menor que ha delinquido. Ello es así dado que la norma estipula que será el mismo quien determine además de los aspectos legales, los aspectos del entorno del menor, la peligrosidad y la disposición del mismo.

Con lo cual, estas condiciones le otorgan al juez un enorme margen de discrecionalidad, y este es efectivamente, un problema. Se espera que las leyes dejen un margen para que el juez la aplique a situaciones concretas mediante el ejercicio de la sana crítica, pero la ley debe establecer límites precisos para ese ejercicio.

Es por ello que se considera que ello resulta en contraposición con la norma 26.061 y la Convención Sobre los Derechos del Niño, dado que el juez no verifica la acción antijurídica del menor, sino que comprueba si los padres del joven tienen las aptitudes de contener al menor, pudiendo asegurar su asistencia económica, psicológica, su control, y así permitirles trasladarlo a su domicilio, por lo que, el Juez aquí entonces no dice por hecho cometido, sino por tipo de familia que sostiene vulnerando nuevamente las normas mencionadas supra.

Capítulo III

Doctrina – Jurisprudencia y Derecho Comparado

Introducción

El presente capítulo estará destinado a desarrollar lo atinente al Régimen Penal de Minoridad. Relacionando al mismo al ámbito jurisprudencial doctrinario y el derecho comparado.

3. Doctrina Sobre el Régimen Penal de Minoridad y la Discrecionalidad impuesta sobre el mismo

La ley de patronato de menores, de 1919, y las leyes que conforman el llamado Régimen Penal de la Minoridad (22.278 y 22.803), de la última dictadura militar, recogen minuciosamente esta tradición de la discrecionalidad ilimitada que se autojustifica en la aparentemente paradójica pregunta: ¿Cómo poner límites al "bien"?

Según estas leyes, cuando una persona menor de 16 años supuestamente ya que no prevén procedimientos, mecanismos ni garantías para su efectiva comprobación ha cometido un delito, le puede corresponder una medida de protección si se encuentra en "peligro moral o material". Estas medidas de protección o tutelares, por lo general, resultan un mero eufemismo que encubre verdaderas privaciones de libertad sin límites, garantías ni controles.

Lo curioso, sin embargo, es que si el delito no se ha cometido o si a la persona menor de edad no le ha cabido ninguna responsabilidad en su comisión, o bien si el niño o adolescente ha llegado al juzgado no por la imputación de un delito sino como víctima de uno, o por razones de pobreza, el juez igualmente posee las facultades para ordenar las mismas medidas de "protección", si en su criterio el menor se encuentra en "peligro material o moral".

Aunado a ello se puede afirmar que el Régimen Penal de Minoridad no se trata de un sistema independiente de justicia juvenil, sino de la aplicación del Código Penal a personas menores de 18 años, en ciertas condiciones. Estas condiciones le otorgan al juez un enorme margen de discrecionalidad, y este es efectivamente, un problema. Se espera que las leyes dejen un margen para que el juez la aplique a situaciones concretas mediante el ejercicio de la sana crítica, pero la ley debe establecer límites precisos para ese ejercicio.

Por lo que, el régimen en cuestión extiende esos márgenes desde la absolución hasta los plazos máximos de condena, lo que no parece una discrecionalidad aceptable.

Es el juez el que define la situación de riesgo, y obra en consecuencia mediante la tutela judicial (García Méndez, 2000).

Por otra parte, se observa el criterio de que la disposición judicial depende de las circunstancias personales y no del hecho cometido. Cualquiera fuera la gravedad del delito o el resultado de la causa, si de los estudios realizados surgiera que el menor se encuentra abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta; el juez puede disponer del mismo. Opera como un derecho penal de autor, no de acto.

Esto significa que si el juez comprueba que los padres pueden contener al menor entendiéndose por ello que puedan asegurar su asistencia económica, psicológica y el control de sus acciones puede permitirles llevarse al adolescente a su casa. En cambio, si los padres no pueden asegurar estas condiciones, seguramente ordenará su internación. Es decir, aplicará una medida diferente según el tipo de familia. Por otro lado, aun cuando el juez no comprobase que el menor ha cometido un delito y decidiese absolverlo, puede ordenar igual la internación por considerar que se encuentra en una situación de riesgo.

El RPM establece, también en ciertas condiciones de consideración muy amplia, la posibilidad de una medida tutelar. Pero no es posible negar la evidencia de que la medida tutelar opera, tanto para el joven como a los ojos de la comunidad, como una sanción concreta y de límites difusos. Como no menciona las posibles medidas que puede adoptar el juez, las consecuencias de su acto significan una completa incertidumbre para el imputado. No tiene posibilidad de saber cuándo finalizará la medida, lo que resulta más dramático si ella implica la privación de libertad.

La categoría central de esta ley es la de abandono o peligro material o moral que funciona como un dispositivo para captar selectivamente el sector de la Infancia al que se aplica: los niños y adolescentes pobres y excluidos. El dispositivo de control social instituido es el de la internación, que se realiza en instituciones totales. Mientras el Régimen tiene un fin declarado de protección, lo anima un propósito implícito de defensa social. Es subsidiario de la Ley de Patronato, ya que el régimen que establece no tiene una verdadera naturaleza penal, sino que conserva el carácter tutelar (Rodríguez, 2015).

Por su parte la autora Guemureman (2011) afirma que es tan amplia la discrecionalidad desplegada por los jueces en su ejercicio que aún un ante un hecho

nimio, origen de la intervención penal, pueden dictaminar medidas restrictivas del grado de privación de la libertad y alojamiento en alguna institución específica de tratamiento; y más aún, extender esas medidas hasta la mayoría de edad de los menores en cuestión. Esta naturaleza omnímoda de las decisiones judiciales ha sido duramente criticada desde distintas posiciones doctrinarias, cuestionando severamente la ley en su conjunto.

Por su parte, Tamar Pitch (2003) analiza el tema de madurez, afirmando que es factible detectar un encuentro entre derecho penal y ciencias sociales ya que en el caso de los jóvenes no está tan claro cuáles son los expertos para dictaminar su capacidad de entender y querer como en el caso de los adultos, en que el saber psiquiátrico dirime la cuestión.

Esta zona gris produce distintos alineamientos entre los magistrados, algunos que son partidarios de pedir la separación de competencias y redefinen así su propio rol como jueces, renunciando a cualquier pretensión correccional y reeducadora, afianzándose en el juzgamiento del hecho y no en la personalidad de su autor: así, delegan en los dictámenes del cuerpo médico forense la cuestión de la imputabilidad en tanto capacidad de discernimiento. Por otro lado, están los jueces que se hacen cargo de la ambivalencia institucional y amplían sus competencias y responsabilidades, asumiendo como tarea propia la evaluación de la inmadurez. Para estos jueces, sus tareas son diferentes de las de la justicia ordinaria y pretenden erigirse como guardianes del bienestar de los niños y adolescentes.

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

Por último cabe afirmar que la facultad de disponer, en forma definitiva, ante la constatación de estado de abandono, riesgo o peligro moral o material, agrava y potencia la vulnerabilidad del niño o joven que a partir de tal dictamen puede ver restringida la libertad por tiempo indeterminado. Justamente, a partir de lo que legisla, admite una amplia y discrecional esfera de intervención de los jueces de menores sobre personas menores de edad (García Méndez 2001).

3.1 Doctrina que propugna la inconstitucionalidad del artículo 1º del Régimen Penal de Minoridad

La cuestión sobre la inconstitucionalidad del Régimen Penal de Minoridad específicamente su artículo primero, es un tópico que se presenta ya de antaño. Así las cosas la autora Beloff (1993) examina la legislación de menores desde la Constitución Nacional realizando una revisión sobre los principios constitucionales básicos. Este estudio abarca no solamente el régimen penal de la minoridad, sino también la ley 10.903/19, que para entonces estaba vigente.

A raíz de ello llega a concluir que respecto del principio de legalidad, el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"²⁶. Sin embargo, es fácilmente comprobable que estas leyes incriminan estados, no conductas previstas en la ley penal general como antecedentes de la aplicación de una sanción.

Y continúa sosteniendo que para la ley de Patronato los jueces nacionales en lo criminal y correccional ante quienes comparece un menor de 18 años acusado de un delito o víctima de éste, dispondrán preventivamente de él si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral (Art. 15 ley 10.903 y artículo 1º ley 22.278), no rigiendo a tales efectos las disposiciones legales sobre prisión preventiva.

Otro principio constitucional que según la autora de marras se ve violentado es el que pregona el artículo 19²⁷ de la Constitución Nacional al atribuirse tanta discrecionalidad al juez para disponer provisoria o definitivamente del menor, no sobre la base de lo que hizo sino sobre la base de lo que es, y al confeccionarse innumerables diagnósticos e informes socio ambientales tanto sobre él como sobre su familia.

²⁶ Artículo 18 Constitución Nacional

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

²⁷ Artículo 19 Constitución Nacional

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Idénticos problemas aparecen con la garantía de juicio previo, que imponen a la necesidad de la existencia de una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien, ya que como ha quedado demostrado, la disposición implica en sentido material la aplicación de una pena sin sentencia condenatoria.

Continuando con este análisis Douglas (1996) afirma que la violación del principio de inocencia, ya que como se consignara, aún siendo sobreseído o absuelto, el menor puede ser dispuesto debido a los criterios peligrosistas que caracterizan las leyes. Finalmente, aparece vulnerado el criterio de culpabilidad por el acto, al ser estas leyes ejemplos claros de un derecho penal de autor es decir aquel que penaliza a la persona por lo que es por su ser, y no por lo que hizo su hacer.

Cabe poner de manifiesto que según dispone la legislación interna, los menores de 16 años de edad resultan inimputables. Quienes superen esa edad, lo son sólo relativamente.²⁸ La justicia penal de menores hasta no hace mucho tiempo estaba constituida por la Ley de Patronato de Menores (ley 10.903), el Régimen Penal de Minoridad (leyes 22.278 y 22.803) y el Código Procesal Penal de la Nación. Todas estas leyes encuadran en el llamado modelo de situación irregular. Bajo esta denominación se ha agrupado a las leyes que tienen por característica considerar a los niños tan solo como objetos de tutela, como incapaces, desconociéndoles los derechos que los sistemas jurídicos modernos reconocen a los adultos.

Este modelo se basa en una concepción positivista de la desviación con el que se justifica la injerencia sistemática del Estado en la vida e intimidad de los menores de edad so pretexto de encontrarse en situación de peligro material o moral. La ficción es que todas estas medidas carecen de carácter punitivo y tienden, a través de los diversos tratamientos psicológico, médico con o sin internación a la readaptación del menor. Por ello es que se consideraba posible su internación en el caso de abandono moral o material, más allá de la comisión de delito alguno.

²⁸ Artículo 1 Ley 22.278

No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación. Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

El menor víctima o inimputable, según disponía el artículo 15 de la ley 10.903 y actualmente contempla el art. 1° *in fine* de la ley 22.278, respectivamente, bien podía ser coactivamente privado de su libertad hasta la mayoría de edad, privación de libertad, en nada difiere de la sufrida por los adultos.

Como se ve, los principios de legalidad y reserva quedan fuera de toda consideración en estos casos. Asimismo, estas normas se encuentran reñidas con otras previsiones de la Constitución Nacional muy principalmente por establecer un derecho penal de autor en violación del principio de culpabilidad por el hecho, además de resultar contrarias al principio de proporcionalidad, inocencia y debido proceso legal (Turano, 2008).

En el caso del artículo 1° de la ley 22.278, el interés manifiesto no se centra en si el menor ha cometido una infracción penal, puesto que en la práctica, una vez ingresado al sistema penal en su calidad de presunto infractor, y sin que se dirima su responsabilidad en el hecho, es inmediatamente sobreseído con la sola comprobación de la edad. Sin embargo, paralelamente se tramita un expediente tutelar, donde se ventilan todas las cuestiones relativas a la restricción de sus derechos incluida la libertad con fundamento en que es la comisión del delito presunto la que daría la pauta del estado de abandono que justifica las medidas coactivas.

Por lo que, los lugares de internación de menores inimputables en nada difieren de las unidades de detención de los mayores. En este sentido, y tal como señala Zaffaroni, no puede dejarse de lado que "...la prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona..." (Zaffaroni, 2000 pág. 178).

Por último, con la adhesión del Estado Argentino a la CDN y su posterior inclusión como instrumento con jerarquía constitucional (art.75 inc.22)²⁹ se impuso la

²⁹ Artículo 75 inc. 22 Constitución Nacional

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella

obligación a todos los poderes del Estado, de materializar el cambio de paradigma que allí se contempla, vinculado a considerar al menor como sujeto en lugar de objeto de derechos.

En efecto, la CDN prevé la aplicación de políticas diferenciadas según que el niño se encuentra en situación de desamparo o en conflicto con la ley penal, supuestos estos que la ley Argentina no distingue en lo absoluto, previendo la aplicación de medidas coercitivas ante situaciones asistenciales tal como lo dispone el artículo 1° de la ley 22.278.

Asimismo, vienen a completar este marco normativo Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil Reglas de Beijing, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil directrices de Riad, que siguen la misma línea impuesta por la citada Convención.

Estos últimos instrumentos, son aquellos que sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y por ello son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la ONU como es el caso del ordenamiento jurídico argentino (Crivelli, 2007).

3.3 Jurisprudencia referida al Régimen Penal de Minoridad

3.3.1 "M., D. E. y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado"³⁰

En el presente fallo el Tribunal Oral de Menores n. 2 de la Capital Federal condenó al joven D. E. M. a la pena de catorce años de prisión como autor del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad.

reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

³⁰ Corte Sup., Fallos 328:4343, "M., D. E. y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa nro. 1174

Si bien la pena prevista para el delito de homicidio calificado era la privación de la libertad perpetua, el tribunal decidió atenuarla mediante la aplicación de la escala penal prevista para el delito tentado en función del art. 4º de la ley 22.278 (de quince a veinte años para los delitos con penas de reclusión perpetua y de diez a quince años para los delitos con penas de prisión perpetua).

Por su parte, el fiscal general interpuso el recurso de casación para cuestionar la atenuación de la pena en este caso. La sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal revisó esta resolución condenatoria y consideró necesario aplicar a M. una pena privativa de la libertad perpetua en los términos del entonces vigente art. 80 del Código Penal. Para ello consideró que la minoría de edad del joven condenado no era razón suficiente para atenuar la escala penal.

Por otro lado, valoró que la buena conducta en el ámbito institucional e intramuros no se tradujo en un éxito en su tratamiento tutelar, ya que cuando el joven egresó del centro de régimen cerrado en el cual se hallaba alojado incurrió en nuevos y violentos delitos.

Así las cosas, la condena fue recurrida por la defensa al cuestionar la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua aplicada a D. E. M. por contrariar la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37.a) en función de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 5.2, 5.5, 5.6, 7.2 y 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22).

En consecuencia, sostuvo que la aplicación de esta pena suponía dejar de lado el principio del "interés superior del niño" y el principio de aplicación subsidiaria de la pena privativa de libertad respecto de personas menores de edad al tener en cuenta que la prisión sólo debía utilizarse como último recurso y por el tiempo más breve posible.

Por su parte, entre otras cuestiones, la defensa aclaró que la posibilidad de obtener la libertad condicional o de gozar del régimen de semi libertad, que permitieran la liberación de M., requerían de plazos demasiados extensos que no se ajustaban a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, sostuvo que la pena privativa de la libertad perpetua resultaba desproporcionada al no tener en cuenta la evolución favorable del tratamiento tutelar y la edad del joven al momento de los hechos. Finalmente señaló que se obvió el conocimiento personal del joven condenado como lo preveía el art. 4º de la ley 22.278.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso planteado, dejó sin efecto la condena establecida por la Cámara Nacional de Casación Penal y ordenó que se dictara una nueva sentencia de acuerdo a los estándares establecidos en su resolución.

Se puede inferir que la Corte admitió en este caso que no había realizado interpretaciones previas del Régimen Penal de la Minoridad ley 22.278. Por lo que dicho tribunal indicó que era censurable que la justicia de menores hubiera utilizado eufemismos tales como internación, reeducación o disposición tutelar para aplicar la privación de la libertad de las personas menores de edad en centros de régimen cerrado, eufemismos que permitían retacear garantías constitucionales como el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de presunción de inocencia, el de proporcionalidad y el de defensa en juicio.

Sin embargo, al mismo tiempo, la Corte precisó que la aplicación de las garantías constitucionales a los menores de dieciocho años imputados de la comisión de delitos no debía significar que fueran tratados de igual forma que las personas adultas, sino que debían contar con los derechos especiales derivados de su condición de niños reconocidos por las normas internacionales de derechos humanos.

A mayor abundamiento la Corte expresamente afirmó:

Partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado —como aquel elaborado por la doctrina de la 'situación irregular'— de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54) (...) estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados

internacionales suscritos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica.³¹

En relación con el caso, la Corte Suprema analizó si era compatible con el régimen constitucional la aplicación de una pena de prisión perpetua según lo regulado por las normas de la República Argentina de ese momento, que habilitaban la concesión de la libertad condicional a los veinte años de cumplimiento de la pena a un adolescente por la comisión de un delito grave (robo agravado por su comisión mediante el uso de armas en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad).

Consideró, en primer lugar, que debía tenerse en cuenta la edad de la persona condenada (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40), el principio de culpabilidad y el art. 41 del Código Penal. A continuación precisó que las personas menores de edad se veían afectadas por ciertos factores (situación emocional, posibilidad real de dominar el curso de los acontecimientos y actuación impulsiva) que debían ser examinados al momento de determinar la pena.

Aunado a ello y al tomar como base bibliografía vinculada con la psicología evolutiva, la Corte sostuvo que los adolescentes no tienen el mismo grado de madurez emocional que las personas adultas, lo cual justificaba un menor reproche de culpabilidad:

No escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental (...) Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional (...) en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño,

³¹ Corte Sup., Fallos 328:4343, considerandos 32 y 33 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti

la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto (...)³²

En consecuencia, el reproche de la culpabilidad del adolescente debe ser siempre menor que el efectuado a una persona adulta por ese mismo hecho, ello a la luz de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de la infancia.

Éstas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños y, además, precisó que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad.

Por otro lado, la Corte consideró la compatibilidad con la Constitución Nacional de la valoración de la peligrosidad del adolescente, al momento de determinar la necesidad de imposición de una pena. No fue parte del análisis el resultado exitoso (o no) del tratamiento tutelar, sino la probabilidad de que el joven volviera a cometer un acto delictivo.

Con una abundante y sólida argumentación, el tribunal estableció que no era admisible constitucionalmente la valoración de la peligrosidad del adolescente por afectar el principio de inocencia, el de *ne bis in idem* y el derecho penal de acto. Por ende, no resultaba relevante considerar la conducta del joven posterior al hecho, por más que evidenciara cierta "peligrosidad".

Al referirse a los criterios que debían utilizarse para determinar la necesidad de la aplicación de una pena a quien era menor imputable al momento de cometer el hecho, el tribunal descartó que ésta se justificará sólo sobre la base de la gravedad del hecho cometido con lo que renunció a utilizar consideraciones exclusivamente retributivas al momento de la individualización judicial de la pena juvenil.

³² Corte Sup., Fallos 328:4343, considerandos 37 y 40 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

Con lo cual se considera interrogarse ¿cuándo entonces, resulta necesaria una pena privativa de la libertad respecto de una persona menor de edad declarada responsable de la comisión de un delito?

La Corte Suprema respondió que la pena en materia de menores de edad era necesaria cuando cumplía preponderantemente con el fin de resocialización previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, la sanción penal juvenil debe cumplir predominantemente una finalidad de prevención especial positiva. De modo que si una sanción penal en un caso concreto resulta notoriamente contraria a la integración social de un adolescente, debe ser considerada innecesaria y, en consecuencia, inaplicable.

3.3.2 Recurso de hecho deducido por la defensa de A. A. M. en la causa M., A. A. s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas³³

La Corte Suprema volvió a analizar la cuestión de la determinación de la pena aplicable a una persona que era menor imputable al momento de la comisión de los delitos de homicidio y lesiones culposas por la conducción de un vehículo automotor.

En este caso, el Tribunal Oral de Menores n. 3 de la Capital Federal había resuelto declarar penalmente responsable del delito de homicidio culposo en concurso ideal con el delito de lesiones culposas mediante la conducción de un automóvil al joven A. A. M. y absolverlo en los términos del art. 4º de la ley 22.278, al considerar que la imposición de una pena privativa de la libertad de cumplimiento condicional o efectivo era innecesaria.

Para esta decisión se tuvo en cuenta el desarrollo del tratamiento tutelar y su impacto en la vida del adolescente durante un período de siete años, ya que el hecho fue cometido cuando tenía diecisiete años de edad y la resolución sobre la pena se dictó cuando el joven contaba ya con veinticuatro años de edad. El largo seguimiento judicial de la vida del imputado les permitió a los jueces advertir que contó con apoyo material y espiritual de su familia.

Destacaron los jueces que el joven M. había decidido iniciar un tratamiento terapéutico y mantuvo una entrevista con la pareja de la víctima, lo que le permitió elaborar mejor la culpa por el accidente de tránsito provocado. Además, consideraron

³³ Corte Sup., Fallos 332:512, "M., A. A.", del 17/3/2009, LL Online, AR/JUR/4350/2009

que la sanción resultaba innecesaria por el tiempo transcurrido del momento de los hechos juzgados (siete años) y que, en el caso de adolescentes, no debía justificarse la aplicación de una pena exclusivamente por la gravedad del hecho atribuido, debiéndose valorar también los antecedentes del joven, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por los magistrados. Finalmente, y sobre la base del principio de inmediación, destacaron la actitud del joven durante el debate, en particular su seriedad y adustez como muestra de su angustia y su culpa por el grave daño provocado.

Frente a esta resolución del tribunal oral, la parte querellante presentó un recurso de casación contra la absolución del joven, al cuestionar que no se había tenido en cuenta su peligrosidad, ni se habían evaluado de forma adecuada los perjuicios ocasionados, además de criticar que se le permitiera volver a conducir automóviles.

A su turno, la sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia y condenar al joven a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso y a ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier tipo de vehículos. Si bien destacaron los jueces de esta instancia el progreso intelectual y la atención terapéutica del joven, pusieron énfasis en que no había subsanado su grave conducta, que manifestaba una gran peligrosidad, la cual no había sido superada por la prohibición de manejar vehículos en su contra.

Centrándose en la responsabilidad de A. A. M. en la conducción del vehículo, consideraron que resultaba necesaria la imposición de una pena privativa de la libertad condicional sumada a la inhabilitación especial.

Esta resolución fue objeto de un recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa y su rechazo motivó la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que para la defensa no podía justificarse la aplicación de una pena por las circunstancias del hecho sino que debían tenerse en cuenta y valorarse los antecedentes del joven, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión recogida por el juez.

También señaló que el joven, quien contaba a esa fecha con más de dieciocho años de edad, no tenía la posibilidad de demostrar su falta de peligrosidad en el manejo de vehículos debido a que tenía prohibida su conducción por la vigencia de una medida cautelar impuesta por el magistrado interviniente en el primer momento de la investigación penal.

El 17 de marzo de 2009, el Máximo Tribunal admitió el recurso de queja presentado por la defensa del joven, al valorar que existía una cuestión federal al

debatirse el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño como pauta interpretativa en la determinación de las sanciones penales aplicables a las personas menores de edad.

Al analizar el fondo del asunto, la Corte Suprema reiteró lo sostenido en el precedente "M." respecto de que la necesidad de la pena del menor imputable no dependía de la gravedad del hecho ni de la peligrosidad demostrada por el autor. Por lo contrario, reiteró que la sanción penal juvenil debe atender en forma preponderante al fin resocializador, definido, en términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, como promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Respecto de la peligrosidad del joven, la Cámara Nacional de Casación Penal había justificado la aplicación de la pena porque el acusado no había logrado demostrar, en su seguimiento tutelar, que hubiera superado los indicadores demostrados de peligrosidad en la conducción de automotores. El Máximo Tribunal invirtió el razonamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal y adujo que el joven no había podido demostrar su falta de peligrosidad porque estaba impedido de manejar a causa de una medida cautelar ordenada por la propia justicia.

La Corte no consideró inconstitucional la valoración de la peligrosidad del joven en sí misma al momento de determinar la aplicación de una sanción privativa de la libertad y de inhabilitación; lo que impugnó fue el argumento utilizado para ponderar la peligrosidad. No parece muy sólido el argumento de la Cámara Nacional de Casación Penal de considerar que el joven, al no demostrar su habilidad en el manejo de automotores, permanecía en un "estado de peligrosidad".

Finalmente, la Corte Suprema puso también especial énfasis en la necesidad de inmediación al momento de resolver la aplicación de una pena. En ese sentido, sostuvo que el art. 4º del Régimen Penal de la Minoridad resultaba más "categórico" que el art. 41 del Código Penal al exigir una audiencia del imputado con los jueces, la que le permitiría ejercer su derecho a ser oído.

3.4 Derecho Comparado

A los fines de comprender el instituto en cuestión y verificar cómo se encuentra regulado el RPM en otros países a continuación se analiza que ocurre con los menores en Europa.

Los límites de edad de responsabilidad penal son muy diferentes en los diversos países de Europa, al igual que las normas especiales que regulan la aplicación de las sanciones penales juveniles. Incluso las recomendaciones contenidas en los estándares internacionales en este ámbito son diversas, por ejemplo, las Reglas de Beijing de las Naciones Unidas (1985), la Convención de los Derechos del Niño (CDN) de 1989 o las Reglas Europeas para Infractores Menores de Edad Sometidos a Sanciones y Medidas (ERJOSSM) de 2008.

Las reglas europeas (ERJOSSM) se ocupan de los límites de edad de la responsabilidad penal juvenil y establecen que para la imposición de una sanción o medida como reacción de un delito, es necesario que la edad mínima no deba ser muy baja y asimismo legalmente determinada y medida.

Al igual que las Reglas de Beijing y las anteriores reglas europeas, las recomendaciones actuales (ERJOSSM) contienen, en contraste con la heterogeneidad de los límites de edad vigentes en Europa, una clara voluntad. El estándar de una edad no muy baja no es reconocido en países como Inglaterra y Gales, Irlanda o Suiza, los cuales contemplan la edad de 10 años, alejándose del promedio europeo de los 14 años. Para estos casos existen exigencias donde se contempla que los países que tienen una baja edad de imputabilidad debieran exigir una edad mayor para poder aplicar sanciones privativas de libertad. Llama la atención el caso de Suiza, donde la sanción privativa de libertad solo puede ser impuesta desde los 15 años.

Con relación a la edad de imputabilidad, se considera en algunos países el concepto de la imputabilidad relativa como es el caso de Alemania en el cual los menores de 18 años tendrán responsabilidad penal sólo cuando tengan capacidades cognitivas para entender el acto. Este concepto se encuentra en Italia, y desde 2002 en Estonia, desde el 2003 en República Checa y desde 2005 para los adolescentes de 14 años en Eslovaquia. En Suiza el examen de responsabilidad es exigido si el tribunal quiere imponer sanciones penales en vez de las medidas educativas (Castro Morales, 2018).

En Europa la discusión sobre los límites de aplicación del derecho penal juvenil no se agota con la discusión de desde cuándo debe aplicarse, sino que también debe considerar la discusión del hasta cuándo deben ser aplicadas sus normas, es decir, debe hacerse cargo de la problemática de los menores adultos.

Con lo cual, existen dos modelos por un lado, el modelo alemán, regulado en esto es, el derecho penal juvenil, con consideración al grado de madurez o, dicho de otra

forma, se incorpora al joven adulto al derecho penal juvenil cuando la aplicación de la sanción penal juvenil aparece para él como la más idónea.

Por otro lado, existe el modelo del joven adulto como circunstancia atenuante en el marco de aplicación del derecho penal general. La primera variante, la aplicación del derecho penal juvenil, es, de acuerdo con el estudio de Greifswald, seguido en 20 de 35 países. En Dinamarca, Alemania, Inglaterra y Gales, Finlandia, Italia, Portugal, Suecia y Suiza siguen los dos modelos, es decir, contemplan la aplicación del derecho penal juvenil como también atenuantes en el derecho penal general.

La tendencia actual, basada en la nueva evidencia levantada por la psicología del desarrollo y de la neurobiología, propone ampliar aún más los ámbitos de aplicación del derecho penal juvenil para los jóvenes adultos. En los hechos, como en la discusión alemana de la década del 50 y actualmente en Holanda, se discute la ampliación del derecho penal juvenil para los jóvenes infractores hasta los 24 años. Holanda, producto de los nuevos estudios de la neurociencia, en la reforma del derecho penal juvenil de 2014 ha decidido aplicar el derecho penal juvenil hasta la edad de 23 años.

Por último, Los jueces juveniles, en todas las legislaciones que prevén una judicatura especial, son competentes para conocer los casos de adolescentes infractores menores de 18 años. En los países que tienen un sistema de corte tutelar, los jueces resuelven no solo las infracciones penales sino también casos civiles o cualquier tipo de conducta divergente que no necesariamente constituya delito, por ejemplo, en Polonia, Bélgica, Portugal, Escocia y en los Comités Juveniles de Bulgaria y Estonia.

Una excepción la constituyen países como Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Escocia, los cuales han introducido las órdenes de comportamiento antisocial, que les otorgan a las infracciones juveniles un carácter civil. En todo caso, la desobediencia de órdenes es conocida por los tribunales juveniles.

En Bulgaria fallan los conocidos Comités Juveniles, que son competentes para conocer delitos y conductas antisociales como el ausentismo en las escuelas o la vagancia, pero con un limitado catálogo de sanciones, porque la prisión sólo puede ser decidida por los tribunales de justicia (Dünkel, 2019).

Conclusión Parcial

En poco menos de diez años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación introdujo, en el proceso penal juvenil nacional y federal, garantías sustantivas y

procesales que lo hacen compatible con los principios que rigen la materia, derivados del derecho internacional de los derechos humanos.

El Máximo Tribunal del país compatibilizó la respuesta estatal al delito del menor de dieciocho años de edad, sea imputable o inimputable en razón de su edad, con las exigencias constitucionales. Esta jurisprudencia expresa, en el orden judicial, la decisión de las Legislaturas locales contenida en numerosas leyes de protección a la infancia y de procedimiento penal consistente en administrar la justicia juvenil en todo el país de forma compatible con la Constitución Nacional y demás normas supranacionales de aplicación en el tema.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de la Nación cualquier decisión estatal respecto de un niño debe tomarse dentro de un marco que asegure el debido proceso legal; debe evitarse incluir a los niños en el sistema penal, aunque sea especializado; las garantías procesales y penales de adultos rigen para los niños, y la pena por un delito cometido como menor debe ser inferior a la que corresponde a un adulto.

Por esas razones, el escenario de una eventual reforma legal sustantiva e integral de la justicia juvenil en la República Argentina debe en el presente plantearse dentro de parámetros sustancialmente diferentes de los utilizados hace un cuarto de siglo, cuando se introdujo en el derecho argentino la Convención sobre los Derechos del Niño.

Conclusión Final

A momentos de concluir el presente trabajo final de graduación cabe recordar la pregunta que le dio origen al mismo, la cual reza: ¿Resulta inconstitucional el artículo 1° del Régimen Penal de Menores, el cual deja a facultad del juez la suerte del menor?

En la introducción del mismo se afirmó a modo de hipótesis que resulta inconstitucional el artículo 1 del Régimen Penal de menores ya que estipula que el menor es susceptible de imputación aunque no es punible y le permite al juez a disponer provisionalmente al adolescente, por lo que éste debe estar donde éste lo indique, lo que incluye establecimientos e instituciones.

Aún para el caso de quedar absuelto, el juez puede disponer de él si encuentran dadas las circunstancias de peligro moral o material, conceptos ampliamente vagos y hasta discriminatorios según la situación económica del menor. Sumado a esto, jamás se le da posibilidad al menor de defenderse, continúa siendo un objeto de tutela judicial y no un sujeto de derecho. Se ha afirmado dicha hipótesis mediante el análisis realizado hasta aquí.

Así las cosas cabe recordar que a partir de la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Aquella transformación se conoce como la sustitución de la doctrina de la situación irregular por la de protección integral.

Sin embargo, es relativo el impacto real de su incorporación, pese al tiempo transcurrido en este país, siguen rigiendo leyes basadas en las directrices de la situación irregular, que resultan ser a todas luces inconstitucionales, pues se contradicen con aquélla, que al poseer rango constitucional, configura una norma básica y suprema.

Aunado a ello es menester inferir que ya no se no se considera al niño como un sujeto de derecho íntegro, sino como objeto de protección, control y represión por parte de los adultos y del Estado. Ello conduce a no reconocerle todos los derechos y garantías fundamentales, colocando a los niños y jóvenes en un plano de desigualdad jurídica respecto de los demás integrantes de la sociedad.

Niño/a o adolescente que al igual que los adultos cuenta con una serie de principios que lo protegen, sin embargo bajo este régimen se ven vulnerados. Ejemplo de ello es el principio de legalidad, pilar fundamental en un Estado de Derecho, y se violenta porque se somete al mismo tratamiento tanto al joven infractor de la ley penal

como a aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos.

De lo cual claramente se infiere que el procedimiento difiere del que se utiliza para enjuiciar a un adulto, porque no se acusa a un niño por la comisión de un ilícito, sino se le ofrece ayuda y guía para que pueda desenvolverse, en el futuro, dentro de la ley.

Como ya fuere mencionado con la Ley 26.061 los niños ya no son considerados como sujeto de tutela, sino como sujetos de derechos, razón por la cual el piso mínimo es la protección de esos derechos y la no transgresión de la mencionada Convención.

Por lo que, la existencia del expediente tutelar solo es compatible siguiendo la doctrina de la situación irregular y dado que hoy ha sido dejada de lado por la aplicación de la doctrina de la protección integral esto conlleva a la desaparición del expediente tutelar del mundo penal.

Sin embargo, la Ley 22.278 pregonada que el juez quien posee diversas facultades a los fines de resolver cuando se presenta un menor que ha delinquido. Ello es así dado que la norma estipula que será el mismo quien determine además de los aspectos legales, los aspectos del entorno del menor, la peligrosidad y la disposición del mismo.

Con lo cual, estas condiciones le otorgan al juez un enorme margen de discrecionalidad, y este es efectivamente, un problema. Se espera que las leyes dejen un margen para que el juez la aplique a situaciones concretas mediante el ejercicio de la sana crítica, pero la ley debe establecer límites precisos para ese ejercicio.

Así lo ha expresado parte de la doctrina quienes consideran que el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Sin embargo, es fácilmente comprobable que estas leyes incriminan estados, no conductas previstas en la ley penal general como antecedentes de la aplicación de una sanción.

Y que además en el caso del artículo 1° de la ley 22.278, el interés manifiesto no se centra en si el menor ha cometido una infracción penal, puesto que en la práctica, una vez ingresado al sistema penal en su calidad de presunto infractor, y sin que se dirima su responsabilidad en el hecho, es inmediatamente sobreseído con la sola comprobación de la edad. Sin embargo, paralelamente se tramita un expediente tutelar, donde se ventilan todas las cuestiones relativas a la restricción de sus derechos incluida la libertad con fundamento en que es la comisión del delito presunto la que daría la pauta del estado de abandono que justifica las medidas coactivas.

Por lo que, los lugares de internación de menores inimputables en nada difieren de las unidades de detención de los mayores. En este sentido, no puede dejarse de lado que la prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona.

Por ultimo para finalizar la idea esbozada también es menester afirmar que ha sido la Corte Suprema de Justicia la que además de la doctrina ha sostenido que dicho artículo resulta inconstitucional dado que como bien se dijo contraria la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061.

Esta tesis sostiene que a modo de propuesta lo correcto sería contar con una norma que vele por los derechos de los niños/as y adolescentes que no discrimine por el entorno del mismo y sus progenitores, sino que, lo proteja y opte por medidas acordes a las normas citadas *supra*.

Bibliografía

Legislación:

- Constitución de la Nación Argentina
- Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad modificada por Ley 22.803
- Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución 44/25, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989. Ratificada por el Congreso de la Nación Argentina como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990.
- Ley N° 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005). Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Doctrina:

- Alonso, S. A. (2015) “El Inconstitucional Expediente Tutelar. Solicitud de Cese. Recusación. Imposibilidad Probatoria”, Buenos Aires, Revista La Ley.
- Anselmino; V. (2014)*LOS MENORES NO PUNIBLES. ¿RESULTA COMPATIBLE SU SITUACIÓN LEGISLATIVA CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES INCORPORADOS A ELLA?* La Ley Online.
- BELOFF M. A.(2005) *Los Adolescentes y el Sistema Penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina.* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.
- BELOFF M. A. (2004)*Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América latina.* Tomo I. Bogotá D.C.Colombia; Temis S.A.
- Castro Morales, A. (2019) “RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES Y DE JÓVENES ADULTOS EN EUROPA Y JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES JUVENILES”, Buenos Aires, Revista La Ley Online.

- Crivelli, E. (2007) “La internación en el proceso penal de menores ¿Medida de protección, medida cautelar o adelanto de pena?”, Buenos Aires, Revista La Ley Online.
- Douglas, M (1996) *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Barcelona: Paidós.
- Dünkel, F. (2019) “RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES Y DE JÓVENES ADULTOS EN EUROPA Y JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES JUVENILES”, Buenos Aires, Revista La Ley Online.
- Friele, G. E. (2014) “Disposicion tutelar vs. Disposición integral de los derechos del niño”, Buenos Aires Revista La Ley.
- García Méndez, E. (2000) “Protección de los Derechos del Niño y el Adolescente”, Buenos Aires, Revista La Ley Online.
- Maneiro, J. C. (2015) “Justicia de Menores, la facultad de disposición tutelar y la garantía de imparcialidad”, Buenos Aires, Revista La Ley.
- Pasarín, C. (2015) “El Inconstitucional Expediente Tutelar. Solicitud de Cese. Recusación. Imposibilidad Probatoria”, Buenos Aires, Revista La Ley.
- Rodríguez, J. A. *El RÉGIMEN PENAL de MINORIDAD y los DISPOSITIVOS PENALES JUVENILES*. Cátedra II. Psicología Jurídica. UBA.
- Sanso, Gabriela (2017) “Baja de la edad de punibilidad”, Buenos Aires, La Ley.
- Turano, M. J. (2008) “Inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 22.278: La consecuencia ineludible de la vigencia plena de la Convención sobre los Derechos del Niño” Buenos Aires, Revista La Ley.
- Vannuccini; S. (2016). *JUSTICIA JUVENIL EN AMÉRICA. ENFOQUE ESPECIAL SOBRE LA PRISIÓN PERPETUA A MENORES*. La Ley Online
- Vanella, C. A. (2010) “Minoridad, delincuencia y sistema penal”, Buenos Aires, La Ley.

Jurisprudencia:

- Cámara Nacional de Casación Penal “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación”

- Corte Suprema de Justicia de la Nación A. A. M. en la causa M., A. A. s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación M., D. E. y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	ZAYAS DAIANA MAGALI
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34681107
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Menores en conflicto con la Ley Penal Argentina como objeto de Tutela Judicial
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	daianazayas@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

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

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

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

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

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

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado