



TRABAJO FINAL DE GRADO

**EL RÉGIMEN PENAL JUVENIL EN ARGENTINA Y SU
ADECUACIÓN A LA CONVENCION DE LOS DERECHOS
DEL NIÑO**

CARRERA: ABOGACIA

ALUMNO: CRISTIAN JAVIER FERNANDEZ

NUMERO DE LEGAJO: VABG35075



RESUMEN

El presente trabajo de investigación, se basó en el análisis del régimen penal de la minoridad regulado por la ley 22.278, para poder observar si el mismo cumplía o no con los derechos y garantías reconocidos en la Convención sobre los Derechos del niño y en la Constitución Nacional. Se realizó un análisis de las doctrinas, leyes y tratados que regulan el tema.

La hipótesis planteada en el trabajo se refiere a que el régimen penal de menores no era concordante con la Convención y la Constitución, ya que dicho proceso no respetaba las garantías de un debido proceso. Del análisis surge, como se esperaba, la no adecuación de la ley argentina que establece el régimen penal de menores, a la Convención y a la Constitución Nacional, ya que ésta vulnera los derechos y garantías que allí son reconocidos.

En la conclusión del trabajo se determina que es necesario un cambio urgente en la legislación argentina, que asegure al adolescente que atraviese un proceso penal, que se cumplan con todas las garantías reconocidas en los tratados internacionales. Es necesaria una nueva normativa que trate de manera especial el derecho penal de menores, reconociéndole los derechos que deben ser respetados a personas en desarrollo.

ABSTRACT

The current research paper is based on the criminal minority regime regulated by Law 22.278 in order to establish if it actually complies with the rights and guarantees recognized in the Convention on the Rights of the Child and the National Constitution, following an analysis of the doctrines, laws and treaties that regulate the issue.

The hypothesis states that the criminal minority regime did not comply with the Convention or the Constitution, as it did not uphold the guarantees of a due process. As expected, from the analysis emerges the non adequacy of the Argentinian law which establishes the criminal minority regime to the Convention or the Constitution, as it infringes the rights and guarantees recognized there.

In the conclusion an immediate change in the Argentinian legislation is endorsed, one that can ensure an adolescent who undergoes a legal process that all the guarantees recognized in the international treaties are being complied with. New regulations that give



especial consideration to the juvenile criminal law are needed, recognizing the rights of underdeveloped people, which should be respected.



INDICE DEL TRABAJO FINAL DE GRADO

Introducción	5
1. Capítulo I: Aspectos Generales	8
1.1 Concepto de niño	9
1.2 Imputabilidad e Inimputabilidad	11
2. Capítulo II: Diferentes formas de ver a los menores	14
2.1 Análisis de la Doctrina de la situación irregular de menores	15
2.2 Análisis de la Doctrina de la protección integral de los Derechos del niño .18	
3. Capítulo III: Convención sobre los Derechos del niño y el proceso penal ...	22
3.1 Convención sobre los Derechos del niño	23
3.2 Principios fundamentales para la protección integral de niños, niñas y adolescentes.....	25
3.3 Derechos y garantías reconocidos a los menores en el proceso penal.....	28
4. Capítulo IV: El Régimen Penal Juvenil en Argentina	33
4.1 Descripción de ley n° 10.903, Ley Nacional de Patronato de menores	34
4.2 Descripción de ley n° 22.278, Régimen penal de la minoridad	37
4.3 Descripción de ley n° 26.061, Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.	40
5. Capítulo V: Proceso penal juvenil en Argentina	45
5.1 Explicación sobre el proceso penal juvenil actual.....	46
5.2 Derechos y garantías no reconocidos en el proceso penal de menores	50
6. Conclusiones	60
7. Bibliografía	64
7.1 Doctrina	64
7.2 Legislación	66
7.3 Jurisprudencia	67



INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación, se enfocará en analizar la normativa argentina referida al régimen penal juvenil y la Convención de los Derechos del Niño, con el cambio de paradigma de la Situación Irregular al de la Protección Integral de los Derechos del Niño. Al hablar de régimen penal juvenil se hace referencia al conjunto de normas que se aplican cuando un menor de 18 años es acusado de cometer un delito. El trabajo se centrará en lo referido al proceso penal por el que transita un menor acusado de infringir la ley, analizando si se respetan sus derechos y garantías.

Desde principios del siglo XX hasta el surgimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, las legislaciones y los conceptos sobre el niño respondían doctrinariamente al paradigma de la Situación Irregular. Es en ese contexto y bajo dicho paradigma en que nuestro país promulgó la ley 22.278 en el año 1980, luego modificada por la ley 22.803; la cual dispone el régimen penal aplicable a los menores. El problema radica en que es una ley anterior a la promulgación de la Convención de los Derechos del niño. Esta reemplaza el paradigma de la Situación Irregular por el de la Protección Integral de los Derechos del niño, fijando los estándares mínimos de garantías en materia de niñez y adolescencia. Por lo tanto es necesario hacer un análisis de la normativa argentina realizando una comparación con la Convención, para saber si la ley se adecúa a la misma y al nuevo paradigma.

Es un tema socialmente relevante, ya que nos encontramos en una sociedad con un alto índice de delincuencia juvenil, por lo tanto es importante que sean juzgados reconociéndoles todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales. Muchos niños son privados de su libertad justificándose en la ley 22.278, por eso es necesario ver si esta está adecuada a la Convención de los Derechos del niño y a la nueva doctrina de la Protección Integral.

El periodo de tiempo estudiado será desde 1980, año en que fue sancionada dicha ley, hasta la actualidad. Se observará como la misma no ha sido actualizada después de haber sido aprobada en el año 1989, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, e incorporada a la Constitución en el año 1994.

En el primer capítulo nos interiorizaremos en los aspectos generales sobre los que tratar el trabajo, para poder entender conceptos imprescindibles para entender el tema. A



continuación estudiaremos las diferentes doctrinas que tratan el tema de la infancia, es decir la de la situación irregular de menores y la de protección integral de los Derechos del niño, buscando entender el cambio de paradigma. Posteriormente analizaremos la Convención de los Derechos del niño y los derechos y garantías que se les reconocen. Seguiremos con el análisis de la legislación argentina basada en los niños, es decir, la ley de patronato de menores, la ley del régimen penal de la minoridad y la ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Luego avanzaremos estudiando el proceso penal de menores en Argentina, analizando cuales son los derechos y garantías que son vulnerados.

La pregunta de investigación es si la legislación argentina es acorde a la Convención de los Derechos del niño a la hora de juzgarlos y que habría que modificar para que lo sea. Por lo tanto el objetivo del trabajo es analizar la normativa argentina sobre el régimen penal juvenil a fin de establecer si el mismo se adecúa a la Convención de los Derechos del niño, y en su caso, qué cambios deberían realizarse para que el proceso sea acorde.

En principio como hipótesis se plantea la no adecuación del proceso penal argentino de menores a lo establecido en dicha Convención, y por lo tanto se buscará demostrar a lo largo del trabajo que dicho proceso no cumple con lo establecido en la Constitución Nacional y en la Convención de los Derechos del Niño, donde los menores que infringieron la ley deben tener las garantías de un debido proceso, y una justicia especializada con medios alternativos en la resolución de conflictos, en la que la restricción de la libertad personal sea utilizado como último recurso.

El presente trabajo, se trata de un estudio descriptivo, que busca describir el régimen penal juvenil argentino dando respuesta al problema de investigación planteado. Se realizó una investigación de estrategia cualitativa, llevando adelante un proceso en el que se recolectó y analizó información legislativa, doctrinaria y jurisprudencial. De esta información recolectada de diferentes fuentes, se ha hecho un análisis documental, el cual permitió hacer un estudio detallado del régimen penal juvenil argentino y de la Convención de los Derechos del niño.

Para realizar el mismo se utilizó el muestreo intencional, seleccionando intencionalmente la documentación. El corpus documental del trabajo estuvo definido por ley N° 10.903 de Patronato de Menores; ley N° 22.278 sobre Régimen Penal de la Minoridad;



ley N° 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; la Convención de los Derechos del Niño y Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.

La investigación se centró en el periodo comprendido entre el año 1980, donde fue sancionada la ley 22.278 creando el Régimen Penal de la minoridad, hasta la actualidad.



CAPITULO I:

ASPECTOS GENERALES

Introducción

En este primer capítulo se iniciará analizando los aspectos generales sobre los que tratará el trabajo. El mismo se basa en el estudio de las normas que se le aplican a un niño acusado de cometer un delito, por lo tanto se abordarán conceptos claves para poder entender al sujeto de investigación, en este caso el niño, y cuando este puede ser perseguido o no, por el régimen penal.



1.1 Concepto de Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, considera niño “a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.¹ La Convención limita la edad máxima hasta la cual una persona puede ser considerada y reconocida como niño, en los dieciocho años de edad. “La edad de 18 años no es absoluta para determinar la minoría de edad, aunque si lo es como límite máximo a la protección de una persona de conformidad con este instrumento.” (González y Rodríguez, 2011, p.59). La República Argentina por su parte, al ratificar la Convención mediante la sanción de la ley n° 23.849 en el año 1990 realizó una aclaración, entendiendo por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta alcanzar la edad de 18 años.

Es importante aclarar que anteriormente a los niños, niñas y adolescentes se los definía como menores, pero esta era una definición peyorativa, ya que se los definía por lo que no eran, es decir un no adulto, un no mayor. De esta forma era mirado como un sujeto de tutela, un sujeto pasivo que no era capaz de ejercer sus derechos por sí mismo.

El término menor es una expresión fundamental en el paradigma de la situación irregular de menores, ya que expresa inferioridad respecto del mayor, favoreciendo la idea de la incapacidad e impidiendo el ejercicio de la autonomía. Definir de esta forma a los niños, niñas y adolescentes impide la titularidad y el ejercicio de ciertos derechos (González Contró, 2011).

Con el paradigma de la situación irregular no se universalizaba a todos los niños menores de edad en el término “menor”, sino que solo se hacía referencia a aquellos niños que se encontraban en alguna situación de vulnerabilidad, o en peligro moral o material. Es decir que se estigmatizaba a ciertos niños por la situación en la que se encontraban clasificándolos como “menores”, el cual no era un término que abarcaba a todos los niños.

Así lo consideraba González Contró (2011) quien manifestó que el grupo de “niños” eran aquellos que se encontraban protegidos o tutelados por el ámbito familiar o escolar; y el grupo “menores” estaba compuesto por aquellos ajenos a estas instituciones, ya sea por cometer algún tipo de delito o por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad social generalmente vinculadas a la pobreza.

¹ Convención sobre los Derechos del Niño



A partir del cambio de paradigma, sobre el que ahondaremos posteriormente, se comenzó a definir a los niños de forma positiva, reconociendo que son sujetos capaces de ejercer sus derechos, y ya no simples objetos de tutela. Por lo tanto con la nueva concepción que se tiene de los niños, todos pasan a ser considerados con igualdad de derechos.



1.2 Imputabilidad e inimputabilidad

Una vez entendido el concepto del niño como sujeto de nuestra investigación, es necesario saber que sucede cuando este es acusado de cometer un delito; para eso es importante entender la responsabilidad penal de los menores de edad, lo que nos lleva en principio a analizar el concepto de imputabilidad e inimputabilidad.

La imputabilidad es la capacidad de ser responsabilizado penalmente por la comisión de un hecho ilícito. Es decir, que se le imputa la antijuricidad penal de un hecho al autor del mismo; pero para que esto suceda, es necesario que el sujeto sea idóneo para responder penalmente. Por lo tanto se es imputable cuando el sujeto que comete el ilícito comprende la antijuricidad del hecho, ya que posee madurez y salud mental (Lascano, 2005).

Nuestro código penal en el art. 34 inc. 1, determina la imputabilidad con base en un método mixto, biológico–psicológico, que para eximir de la responsabilidad penal exige la presencia de un presupuesto biológico y que dicho presupuesto incida sobre el efecto psicológico de la imputabilidad, impidiendo que el autor en el momento del hecho comprenda la criminalidad de sus actos. Estos presupuestos biológicos son insuficiencia de facultades mentales, alteraciones morbosas de éstas o estado de inconciencia (Lascano, 2005).

Lascano realiza una aclaración muy importante en cuanto a la inimputabilidad, al expresar:

Si bien la inimputabilidad excluye la responsabilidad penal, no obsta a la posibilidad de imposición de medidas de seguridad, pues al suponer, una anormalidad psíquica, la inimputabilidad puede delatar peligrosidad criminal, por lo cual la ley prevé medidas de seguridad para los inimputables (Lascano, 2005, p. 483)

Una vez entendido el concepto de imputabilidad como presupuesto necesario para que un sujeto sea penalmente responsable, es necesario conocer ahora desde cuando la normativa argentina interpreta que un niño es o no imputable. Según la legislación argentina, la madurez mental se alcanza a la edad de 16 años, esto ha quedado establecido con la ley 22.803 que ha modificado la ley 22.278 en su artículo primero. La ley establece una presunción *iure et de iure*, no admite prueba en contrario, en cuanto a la imputabilidad de los menores de edad, presumiendo que no son capaces de comprender la criminalidad de



sus acciones por su inmadurez mental. Por lo tanto la minoridad es una causal de inimputabilidad penal, ya que abarcaría el supuesto de inmadurez mental. Es por esto que los menores de dieciséis años resultan no punibles, es decir que no pueden ser castigados penalmente; vale aclarar que esto no significa que no se adopte alguna medida correctiva.

Según los modernos planteamientos político-criminales en materia de menores, se estima que estos no deben ser castigados como los mayores, ni ir a la cárcel como ellos, sino que han de ser objeto de medidas educativas no penales, sino preventivas. Por ello el fundamento de la actual eximente de minoría de edad penal es doble; por un lado, se basa en la suposición que antes de cierta edad no concurre la imputabilidad – esto constituye el aspecto decisivo respecto de los niños de corta edad - ; por otro lado, y respecto de los menores, de mayor edad que bien pudieran resultar efectivamente imputables en los términos clásicos; se funda en la idea político- criminal de que, pese a ello, es más adecuado para los menores un tratamiento educativo específico que el puro castigo. (Lascano, 2005, pág. 483 y ss)



Conclusiones Parciales

Se puede observar cómo fue evolucionando con el tiempo el concepto de niño, y la diferencia existente en la doctrina entre niño y menor. En la actualidad y a partir de la convención sobre los Derechos del niño, se entiende que es todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Pero más allá del concepto en sí mismo, es importante entender que se dejó de ver al niño como un sujeto incompleto, un sujeto incapaz que necesitaba ser representado y tutelado, por no ser capaz de ejercer sus derechos. Ahora si se abarco a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad bajo el concepto de niño, reconociéndolos como sujetos de derechos.

Por otro lado hemos hablado de la imputabilidad e inimputabilidad para poder entender cuando un menor de edad acusado de cometer un hecho ilícito, puede o no ser responsabilizado por el mismo. Por imputabilidad hemos entendido que es la capacidad que tiene un sujeto de ser responsabilizado penalmente por la comisión de un delito, para la cual debe tener madurez y salud mental, comprendiendo la antijuricidad del hecho que lleva a cabo. En cuanto a los menores de edad, que son los sujetos de nuestra investigación, la normativa argentina establece que son inimputables hasta los dieciséis años, edad en la que la ley presume *iure et de iure*, que alcanzan la madurez mental para comprender y poder ser responsabilizados de los hechos delictivos cometidos por ellos.



CAPITULO II

DIFERENTES FORMAS DE VER A LOS MENORES

En este capítulo se analizarán las diferentes doctrinas referidas a los niños. Vuelvo a repetir que se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad. A lo largo del capítulo se estudiará la doctrina de la situación irregular de menores, en la que los menores eran considerados como un objeto que necesitaba ser tutelado por el Estado, y por el otro lado la doctrina de la Protección Integral de los Derechos de los Niños, en la que pasaron a ser entendidos como sujetos de derechos.

Se hará una comparación entre ambas, marcando sus diferencias más significativas y describiendo por que, con el cambio del paradigma de la situación irregular de menores al de la Protección Integral, le fueron reconocidos más derechos y garantías a los niños. Este cambio de paradigma surge a partir de la Convención de los Derechos del niño en el año 1989.



2.1 Doctrina de la situación irregular de menores

En el mundo jurídico, se entiende por doctrina, el conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos de una u otra forma vinculados con el tema, desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución. Normalmente, en todas las áreas del derecho de adultos la producción teórica se encuentra homogéneamente distribuida entre los distintos segmentos del sistema, lo que estimulando la pluralidad de puntos de vista asegura eficaces contrapesos intelectuales a la interpretación de las normas jurídicas. Los avances en la doctrina aparecen invariablemente acompañados por contradicciones y discrepancias.

Se trata en realidad, de una doctrina jurídica, que poco tiene de doctrina y nada de jurídica, si por jurídico entendemos -en el sentido iluminista- reglas claras y preestablecidas de cumplimiento obligatorio para los destinatarios y para aquellos responsables por su aplicación. Esta doctrina, constituye en realidad, una colcha de retazos del sentido común que el destino elevó a categoría jurídica. Su misión consiste en realidad, en legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular. En este sentido las hipótesis de entrada en el sistema carecen de la menor taxatividad.

Niños y adolescentes abandonados, víctimas de abusos o maltratos y supuestos infractores a la ley penal, cuando pertenecientes a los sectores más débiles de la sociedad, se constituyen en clientes potenciales de esta definición. Más aún, como en una especie de auto-ironía, las leyes de menores extienden los alcances de la disponibilidad estatal al resto de la infancia que se encontrare en peligro material o moral. En este contexto, la arbitrariedad no puede jamás constituir la excepción y si, el comportamiento rutinario de aquellos encargados de su aplicación (García Méndez, 1994, p.5).

En nuestro país desde principios del siglo XX las legislaciones y la forma de entender a los niños pertenecen a la doctrina denominada de la situación irregular. Esta doctrina surgió como un modelo de control social de los menores que se encontraban en situación irregular o en “estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”, sustentándose en el poder de coerción del Estado, bajo una mirada tutelar que podía decidir de una manera arbitraria sobre el futuro del menor.

Reproduce criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. El determinismo entre pobreza y marginalidad, y delincuencia, se encuentra presente en todas las leyes, prácticas e instituciones tutelares. Son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al Estado a intervenir; no su conducta delictiva concreta, de ahí que estos sistemas suelen ser caracterizados como ejemplos puros de un derecho penal de autor (Beloff, 2006, p.21).

Esta mirada paternalista asume que todo niño en peligro material o moral, debe ser tutelado por el Estado, separándolos de su familia y de su comunidad, es decir, alejándolos de ese contexto en el que se encuentran. Muchas veces solo por la situación socioeconómica de la familia, son privados de su libertad por tiempo indeterminado.



Las leyes basadas en esta doctrina no eran para todos los niños, niñas y adolescentes, sino para aquellos denominados “menores”. Con el término “menores” se entendía a aquellos niños, niñas y adolescentes más vulnerables, aquellos que no tenían satisfechas sus necesidades básicas, encontrándose en peligro moral o material. Se observa una diferenciación dentro del mundo de la infancia, ya que solo eran contemplados por dicha doctrina aquellos niños vulnerables, dejando de lado a los niños con sus necesidades cubiertas.

El punto de partida de esta doctrina es la de considerar a los niños como un objeto de tutela, un objeto que necesita protección por parte del Estado, y no como sujetos de derechos. Eran considerados como incapaces para ejercer sus derechos y por lo tanto necesitaban ser tutelados. Es la consideración del menor como objeto de protección, lo que legitimaba las prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas (Beloff, 2006).

El niño es un adulto imperfecto; mejor dicho, un no adulto; no se lo define por lo que es sino por lo que no es y olvida que, conforme lo enseña la moderna psicología, los adolescentes no son simplemente seres inmaduros, sino que tienen una madurez específica tan compleja como rica, cuyo conocimiento es muy importante para el proceso de su resocialización. (Kemelmajer de Carlucci, 2004, p.60).

La mirada alrededor del niño como objeto de protección y no como un sujeto de derechos es el fundamento de la arbitrariedad en la que se basa esta doctrina. El juez podía intervenir siempre que consideraba que había “peligro material o moral”, siendo esta una frase ambigua, que habilitaba al juez a disponer del niño, si él lo consideraba necesario para su protección.

El sistema judicial que se encuentra bajo este paradigma, trata tanto problemas asistenciales como jurídicos. Es bajo la figura del juez de menores que se da las respuestas a estos, pudiendo este resolver el destino del niño sin oír su opinión, ya que como mencioné, el niño es un objeto que necesita protección y no un sujeto de derecho, por lo tanto no era necesario saber que pensaban.

Bajo esta doctrina el niño podía ser separado de su familia por tiempo indeterminado, o se le podían restringir sus derechos; solo por el contexto en que se encontraba aunque no haya participado en un hecho ilícito tipificado por la ley. El mismo podía ser declarado inocente y de igual forma ser privado de su libertad. Sucedió también que el niño autor de un delito y el niño víctima de uno, recibían el mismo tratamiento, siempre con el fundamento que ambos eran objetos que necesitaban protección.



La justificación era que el delito sería el síntoma de un trastorno, de una desviación más general, de una situación de riesgo o peligro respecto de la cual el Estado debía intervenir para evitar que en el futuro se repitieran estos hechos y para lograr que el adolescente se reintegrara socialmente; pero igual justificación se daba, reitero, a la intervención cuando el menor, encontrándose en situaciones problemáticas – básicamente desamparo material y familiar – no cometía ningún delito. Este fue probablemente el punto medular de la crisis de justificación de los sistemas tutelares clásicos (Beloff, 2011, p. 409).



2.2 Doctrina de la protección integral de los Derechos del niño

La doctrina de la protección integral de los Derechos del niño surge a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y de otros instrumentos internacionales como por ejemplo las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y demás instrumentos de protección de derechos humanos. Como explica la Dra. Beloff, más allá de que dichos instrumentos no son vinculantes para los estados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional, siendo aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (Beloff, 2006).

Por su parte el Dr. Garcia Méndez menciona que “la doctrina de la protección integral incorpora en forma vinculante para los países signatarios todos los principios fundamentales del derecho a la nueva legislación para la infancia” (Garcia Méndez, 1994, pág. 10).

En esta doctrina hay un cambio notorio a la hora de entender a los menores, ya que se deja de ver al niño como un objeto que necesita ser tutelado y se lo comienza a reconocer como un sujeto pleno de derecho. Dejan de ser definidos como sujetos incapaces, y pasan a verse como personas en crecimiento. Es por esto que empiezan a reconocérseles todos los derechos que tienen los adultos, más otros específicos por tratarse de personas en desarrollo.

El reconocimiento del niño y el adolescente como sujeto pleno de derechos constituye el punto neurálgico del nuevo derecho. La prohibición tajante de arrestos ilegales o arbitrarios, reconociendo el principio constitucional de que ningún habitante de la república podrá ser detenido si no es en flagrante delito o por orden escrita y fundamentada de autoridad competente, debe necesariamente producir un impacto fundamental en la forma como las políticas para la infancia fueron concebidas hasta ahora (Garcia Méndez, 1994, pág.10).

A la hora de hablar de protección integral de los derechos del niño, se refiere a la protección de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. Esta es una diferencia con el paradigma de la situación irregular, la que solo se refería a los niños en estado de vulnerabilidad, es decir, a aquellos que se encontraban en peligro moral o material. Con



esto se universaliza el alcance de los derechos de la infancia, buscando abarcar a todos los niños sin discriminar a ninguno por ningún motivo.

La protección integral de todos los derechos debe ser una prioridad para el Estado, buscando que todos los niños gocen de manera efectiva de la totalidad de los derechos que se les reconocen. Asimismo debe preocuparse y atender de manera especial a aquellos niños que se encuentran en un estado de vulnerabilidad.

A partir de esta doctrina el sistema judicial deja de intervenir cuando se considera que se encuentra un niño en peligro material o moral, y solo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o de algún conflicto con la ley penal. De esta forma el juez deja de tratar problemas asistenciales, reservándose solo a los jurídicos, es decir que su función se ve jerarquizada, ya que solo pasa a ocuparse de cuestiones jurisdiccionales.

Para los problemas asistenciales, el Estado será quien determine a través de su política social que instituciones deben intervenir. Este cambio lo remarca la Dra. Beloff al expresar que

La promoción y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de una persona menor de 18 años no es más tarea de la justicia penal, que durante un siglo pretendió garantizarlos al precio no solo de no garantizarlos, sino de violar derechos civiles elementales reconocidos a todas las personas desde mucho tiempo atrás (Beloff, 2006, p. 35).

Con esta doctrina se pueden restringir los derechos del niño o privarlo de la libertad de forma excepcional y como último recurso, solo si ha cometido algún delito. Puede observarse como deja de ser un motivo de intervención por parte de la justicia el contexto social en donde se encuentra el niño, ya no se toman medidas judiciales por su situación económico – social. Anteriormente las necesidades no satisfechas de los niños habilitaba la intervención judicial, pero con esta nueva doctrina se desjudicializaron esas cuestiones. Es importante lo expresado por la Dra. Beloff en cuanto a este punto, ya que explica con claridad la diferencia entre ambos paradigmas:

Las características del sujeto dejan de ser cuestiones relevantes para autorizar una intervención estatal coactiva respecto del niño de que se trate. Ya no son las condiciones personales del menor de edad las que habilitan al Estado a intervenir, sino su conducta delictiva concreta (derecho penal de acto). De modo que, desde el punto de vista político- criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia juvenil que solo justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (ya no potenciales infractores) de la ley penal (Beloff, 2006, p. 35).



El sistema judicial basado en esta doctrina tiene la obligación de oír al menor acusado de cometer un delito, quien tiene derecho a defenderse y a tener un debido proceso con todas las garantías que le corresponden como sujeto de derecho. El mismo no podrá ser privado de la libertad si es declarado inocente, hecho que si sucedía en los sistemas judiciales basados en la doctrina de la situación irregular debido al poder de disponer del menor que tenía el juez si lo encontraba en situación de peligro moral o material.

En caso de determinarse la culpabilidad de un menor en la comisión de un hecho ilícito tipificado por la ley, el juez podrá tomar distintas medidas, las mismas siempre serán dictadas por tiempo determinado. La privación de la libertad solo será impuesta como último recurso ante la comisión de un delito grave y por el tiempo más breve posible. Este es otro punto que marca la diferencia entre ambos paradigmas, ya que en el de la situación irregular, las medidas podían tomarse por tiempo indeterminado.



Conclusiones Parciales

La doctrina de la Protección Integral universaliza el alcance de los derechos, busca la protección de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes; sin discriminación alguna. Los derechos son para todos los niños y no solo para un grupo determinado por estar en una condición particular, como era la de encontrarse en peligro moral o material.

En mi opinión el punto central del cambio de pensamiento del paradigma de la Situación Irregular al de la Protección Integral, es el de dejar de considerar a los niños como un objeto que necesita protección y empezar a reconocerlos como sujetos de derechos. Es decir que se los comienza a ver como verdaderos titulares de derechos y obligaciones.

Por lo tanto el Estado deja de tener el poder arbitrario de disponer de los niños por considerar que se encontraban en peligro moral o material. Esto era un hecho que vulneraba los derechos de los niños, ya que un juez podía intervenir y disponer de los niños sin que exista ninguna conducta ilegítima por su parte, podían ser encerrados en institutos fundamentándose en la doctrina de la situación irregular bajo la apariencia de una medida tutelar, que no dejaba de ser otra cosa que privarlos de su libertad.

Es importante que este nuevo paradigma haya dejado de entender a los niños como personas incapaces de ejercer sus derechos, y comience a reconocerlos como ciudadanos con los mismos derechos que las personas mayores, y otros especiales por su condición de ser personas en desarrollo. Ya que al atravesar un proceso penal en el que se encuentren imputados, deben reconocérseles todos los derechos y garantías que le corresponden a los adultos.



CAPITULO III:

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL PROCESO PENAL

Dentro de este capítulo se describirán los puntos más importantes sobre la Convención Internacional de los Derechos del niño, analizando las características más significativas, resaltando los principios que contiene y los derechos y garantías que les reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.



3.1 Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención Internacional de los Derechos del niño fue adoptada el 20 de Noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York. Este instrumento internacional de protección de derechos humanos de los niños tuvo una gran aceptación siendo ampliamente ratificado por los países miembros, quienes se comprometieron a la adecuación de sus marcos normativos para que cada niño goce efectivamente de los derechos que le fueron reconocidos. “Al firmar la CDN los Estados se obligan a respetar los derechos allí incluidos mediante la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para darle efectividad” (Beloff, 2006, pág. 13).

Es importante resaltar los antecedentes que configuraron el diseño de la Convención, y que son citados de forma expresa en su Preámbulo. Estos son: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño, la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado, las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, y la Declaración sobre Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y a la Colocación en los Hogares de Guarda.

La misma está compuesta por 54 artículos y se divide en tres partes, fijando como objetivo la protección integral de la infancia y sus derechos; abarcando toda una gama de derechos, pasando por derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. La primer parte es la que contiene todas las normas destinadas a reconocer y garantizar los derechos de los niños. En la segunda parte se expresa el compromiso a dar a conocer los principios y disposiciones de la Convención, y la tercer parte contiene disposiciones generales de derecho internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por el Congreso de la Nación Argentina el 27 de septiembre de 1990 mediante la ley 23.849 y la Asamblea Constituyente le otorgó rango constitucional en el año 1994, en virtud del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Argentina. De este modo el Estado argentino asumió el compromiso de realizar todos los esfuerzos que estuviesen a su alcance para garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes tengan acceso a los derechos reconocidos en la Convención.



Este tratado internacional cambio el rumbo doctrinario que venían siguiendo las legislaciones con respecto a la infancia, cambiando la vieja doctrina de la Situación Irregular por la doctrina de la Protección Integral.

A partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde esa perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes (Beloff, 2006, pág. 4).

El cambio de doctrina viene de la mano con el cambio de la concepción que se tenía hasta el momento de la niñez, donde los niños eran tratados como objetos de tutela y ahora pasan a ser reconocidos como verdaderos sujetos de derechos. La Convención “considera al niño como sujeto, esto es, como titular de todos los derechos que corresponden a todas las personas, más derechos específicos por encontrarse en una etapa de crecimiento” (Beloff, 2006, pág. 14).

En el primer artículo aclara que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.² Por lo tanto la Convención buscará el goce efectivo de los derechos de todas las personas menores de 18 años.

² Convención sobre los Derechos del Niño



3.2 Principios fundamentales para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Los principios son el origen o fundamento de las normas, puede decirse, que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

No discriminación. Este es un eje muy importante para lograr la universalidad de los derechos, ya que busca la aplicación de todos y cada uno de los derechos declarados en la Convención a todos los niños, niñas y adolescentes, sin distinción alguna. La prohibición de discriminación la expresa en el artículo 2:

Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales.

Como puede observarse no solo prohíbe la discriminación por las condiciones inherentes al niño, sino que aclara que tampoco podrá haber una distinción para negar o conceder derechos fundamentándose en las condiciones de los padres o representantes legales. Por lo tanto el Estado debe respetar todos los derechos y garantías de las personas sometidas a su jurisdicción sin realizar ninguna distinción discriminatoria.

Interés superior. Este principio que se repite varias veces a lo largo de la Convención, es muy importante y es también una garantía, ya que toda decisión debe considerar primordialmente los derechos del niño, buscando la satisfacción plena de sus derechos.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 que expresa:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Dicho principio constituye un criterio normativo que debe seguirse para la intervención institucional que tiene como destino la protección del niño, buscando lo mejor para él. Cada vez que se tome alguna medida con relación a un niño, debe prevalecer el interés superior, es decir que dicha decisión debe contemplar la sumatoria de todos los



derechos que le han sido reconocidos a los niños por la Convención. Obliga a diversas autoridades a tener en cuenta el interés superior del niño como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones.

Autonomía progresiva. El artículo 5 establece este principio de la siguiente manera:

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.³

A partir de la Convención se reconoce a los niños como sujeto titular de derechos y con capacidad de ejercerlos por sí mismo, con la única limitación, que dependerá de la evolución de sus facultades. Es decir que la capacidad de los niños, niñas y adolescentes de ejercer sus derechos no los adquieren de un día para el otro al cumplir los dieciocho años, sino que es un proceso gradual donde van adquiriendo la capacidad según su edad y grado de madurez.

Por lo tanto a la hora de imputar un delito a un menor de dieciocho años, se debe tener en cuenta que ellos responden por sus delitos en la medida en que la Convención los reconoce como sujetos de derecho con cierta capacidad (Beloff, 2006). Es por esto que en su artículo 40.3.a requiere un piso del cual se presumirá que tienen capacidad, “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.⁴

Participación. Este es el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a hacerse oír y que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Lo encontramos en el artículo 12, el cual expresa:

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.

³ Convención sobre los Derechos del Niño

⁴ Convención sobre los Derechos 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.⁵

Este principio va en conjunto con el de la autonomía progresiva del que hablé anteriormente, ya que la posibilidad de opinar y ser parte en los procedimientos va en función de su desarrollo y su grado de madurez.

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño



3.3 Derechos y garantías reconocidos a los menores en el proceso penal

La Convención de los Derechos del niño cambió el paradigma pasando a reconocer a los niños como sujetos de derechos, y es por esto que exige que se les reconozcan a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, todos los derechos y garantías de un debido proceso.

Al hablar del debido proceso, se trata de que se respeten todos los derechos y garantías declarados en la Constitución Nacional y en las normas internacionales, para considerar como válido el juzgamiento realizado a una persona y la decisión que sea su consecuencia (Maier, 2000).

Los adolescentes que se encuentren acusados de haber infringido la ley penal, deben gozar de todas las garantías procesales específicas reconocidas a ellos en la Convención y las que les son reconocidas a los adultos en sus procesos. Estos derechos los podemos encontrar en los artículos 12, 37 y 40 de la Convención.

A continuación haré un detalle de las garantías procesales que declara la Convención y que deben ser respetados.

Legalidad. Esta garantía conocida como *nullun crimen, nulla poena sine lege* se encuentra en el artículo 40.2.a de la Convención, la cual expresa:

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.⁶

“El principio implica que para criminalizar un hecho, el tipo debe estar previsto en la ley; además, la ley no puede ser retroactiva y debe presentarse con los rasgos de certeza, claridad y especificidad” (Kemelmajer de Carlucci, 2004, pág.197). Ningún niño puede ser sometido a un proceso ni sancionado por ningún hecho que al momento de la comisión no se encontraba definido y penado por la ley.

La Convención al exigir el respeto de este principio, pretende poner un límite a la discrecionalidad que los jueces tenían en el viejo paradigma del sistema tutelar, ya que no es posible intervenir judicialmente en la vida de un menor fundamentándose en su voluntad, sino que solo lo pueden hacer cuando el adolescente es acusado de cometer un

⁶ Convención sobre de los Derechos del Niño.



delito tipificado por la ley. Es decir que solo cuando un joven cometa un delito, podrá ser procesado penalmente y condenado si correspondiere.

Inocencia. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 40.2.b.ii, el cual expresa: “Que se lo presumirá inocente mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley”.⁷ Es el derecho que tiene toda persona a ser considerada como inocente hasta tanto se compruebe su responsabilidad en la comisión de un delito, a través de una sentencia. Este principio imposibilitaría lo que sucede con el sistema tutelar, que aplica medidas coactivas sin la comprobación de la responsabilidad por parte de los adolescentes en ningún hecho delictivo.

Asistencia letrada y derecho de defensa. El derecho a la defensa es la facultad que toda persona imputada de haber cometido un delito tiene para ejercer su defensa, tanto material como técnica.

Como defensa técnica se entiende a

... la actividad desarrollada por un abogado que lo aconsejará, elaborará la estrategia defensiva y propondrá pruebas, controlará y participará en su producción y en las de cargo que ofrezca el acusador, argumentará sobre su eficacia conviccional, discutirá el encuadramiento jurídico de los hechos que se le imputan a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer, y podrá recurrir en su interés (Cafferata Nores et al, 2004). En cuanto a la defensa técnica, la Convención les garantiza a los adolescentes que dispondrán de asistencia jurídica para poder preparar y presentar su defensa, esto lo expresa en el artículo 40.2.b.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.⁸ El joven debe ser asistido por un abogado defensor especializado en niñez y adolescencia desde el comienzo del procedimiento, sino tuviere él o su familia los recursos necesarios para proveérselo, deberá ser provisto por el Estado de forma gratuita. Es importante que le sea notificado al menor de que se lo acusa, ya que no podrá defenderse de lo que no conoce.

Por su parte la defensa material

⁷ Convención sobre los Derechos del Niño

⁸ Convención sobre los Derechos del Niño



...consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas, y presenciando o participando (según el caso) en los actos probatorios y conclusivos, o absteniéndose de hacerlo (Cafferata Nores et al, 2004). Con respecto a esta defensa, declara que el adolescente no podrá ser obligado a declarar contra sí mismo, y que estará en igualdad de condiciones para poder interrogar a testigos. Esto lo podemos observar en el artículo 40.2.b.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.⁹ La defensa material, está en concordancia con el derecho a ser oído que les reconoce la Convención a los niños en el artículo 12.

Plazo razonable. Este principio se encuentra en el artículo 40.2.b.iii, expresado de la siguiente manera:

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 considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño teniendo en cuenta particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.¹⁰

La excesiva duración del proceso penal cuando el imputado es un adolescente puede resultar muy perjudicial, ya que al pasar el tiempo, el menor dejaría de ver con claridad la relación entre el hecho por él cometido y la sanción decidida en el proceso. “Una demora importante daña especialmente al joven infractor; él no comprende una sanción que le llega varios años después de los hechos, tiempo en el cual él necesariamente ha evolucionado, pues su personalidad está en transformación” (Kemelmajer de Carlucci, 2004, pág.200).

Privacidad. Debe respetarse la vida privada de los menores, y no divulgarse información sobre su identidad a la hora de ser sometidos a un proceso. Este principio se encuentra en el art. 40.2.b.vii: “Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fase del procedimiento”.¹¹

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño

¹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño

¹¹ Convención sobre los Derechos del Niño



Proporcionalidad de las penas. En el artículo 40.4 se expresa el derecho a que las sanciones que se impongan sean proporcionales al hecho cometido por el menor y al daño causado.

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.¹²

Considerando que la persona juzgada es un menor de edad, se prohíben las penas de reclusión perpetua, y toda medida que la prive de la libertad debe ser establecida de manera excepcional y como último recurso.

¹² Convención sobre los Derechos del Niño



Conclusiones Parciales

Puede observarse que la Convención cambió radicalmente la historia de la niñez en el mundo, aceptándolos como sujetos de derecho, reconociéndolos como titulares de los mismos derechos que los adultos, más un plus por tratarse de personas en desarrollo. Al reconocerle derechos, también les reconoce responsabilidades y es por eso que expresa la importancia de contar con un régimen penal que persiga a los menores en conflicto con la ley penal pero que les respete todas las garantías de un debido proceso.

La convención fue rápidamente ratificada por casi todos los estados miembros, pero es importante que más allá de eso, se logre un cambio efectivo en la legislación interna de cada país, para lograr realmente que se cumpla con todos los derechos y garantías que se les reconocieron en la misma.



CAPITULO IV:

EL RÉGIMEN PENAL JUVENIL EN ARGENTINA

En este capítulo se hará una descripción de los puntos centrales de la normativa argentina referida a la infancia, para interiorizarnos en el régimen penal de las niñas, niños y adolescentes argentinos. Con régimen penal juvenil se hace referencia a las normas que se aplican cuando un niño menor de 18 años es acusado de cometer un delito.

Se describirá la ley Nacional de Patronato de menores N° 10.903, ya derogada; la ley denominada Régimen Penal Juvenil N° 22.278, y la ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes N° 26.061.

Se buscará a través del análisis de estas leyes, poder conocer como fue evolucionando a lo largo de los años la normativa argentina, y sobre todo poder analizar la situación de los derechos y garantías de los niños, para saber si están siendo respetados o vulnerados.



4.1 Descripción de ley n° 10.903, Ley Nacional de Patronato de menores

En la República Argentina fue la Ley Nacional de Patronato de Menores, ley nro. 10.903, la que rigió en materia de infancia desde su promulgación en el año 1919.

Esta ley también es conocida como Ley Agote, en honor a su impulsor, Dr. Luis Agote, quien en la sesión de la Cámara de Diputados de fecha 28/08/19 al aprobarse la ley expuso “Yo tengo la convicción profunda de que nuestra Ley falla si no llegamos a suprimir el cáncer social que representan 12 a 15 mil niños abandonados moral y materialmente (que) finalmente caen en la vagancia y después en el crimen”. Quienes lo auxiliaron en sus fundamentaciones no se privaron de exponer la verdad respecto de la esencia de la ley 10903: “El Estado tiene el derecho de secuestrar a los menores cuya conducta sea manifiestamente antisocial, peligrosa, antes de que cometan delitos... No hay en ello restricción de libertad civil: el menor no la tiene y sólo se trata de sustituir la patria potestad por la tutela del Estado”. Se seguía así dentro de la lógica que creara el complejo tutelar del ideario sarmientino que sostenía... “El niño no tiene derechos, no tiene por sí representación, no es persona según la ley. Es menor”.¹³

Hoy en día escuchar un fundamento de ese tenor, donde se habla de niños de la calle como un “cáncer social” que caerán en la vagancia y luego en el crimen puede parecer descabellado, pero en esa época pensamientos de ese carácter tenían muchos seguidores, y es así como se llegó a aprobar una ley que observaba a los menores de esa manera.

Esta ley se basaba en la doctrina de la situación irregular, la cual tenía una concepción tutelar centralizada que permitía la disposición del menor por parte de los jueces, de manera discrecional. Como puede observarse en su art. 14, expresaba:

Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la Capital de la Republica y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor. A ese efecto no registrarán, en los tribunales federales, ordinarios de la Capital y de los territorios nacionales, las disposiciones legales sobre prisión preventiva, la que sólo será decretada cuando el juez lo considere necesario y se cumplirá en un establecimiento del Consejo Nacional del Menor. Podrán también dejarlos a sus padres, tutores o guardadores, bajo la vigilancia del Consejo Nacional del Menor. ¹⁴

Esta norma facultaba a los jueces a suspender o quitar la patria potestad a los padres y a disponer no solo de los menores de 18 años acusados de haber cometido un delito sino también de aquellos que se encontraran material o moralmente abandonados o en

¹³ Massimino, M.R. (2016). El tratamiento de la niñez en la republica argentina a partir de fines del siglo xix hasta la fecha y la influencia de la escuela criminológica positivista. Editorial Marco Antonio Terragni. <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/tratamiento.htm>

¹⁴ Ley 10.903 – Patronato de Menores



peligro moral. Es decir, que el procedimiento no solo se habilitaba ante conductas prohibidas supuestamente cometidas por menores; sino que también se habilitaba ante niños que se encontraban en situación de desventaja social.

Estos menores desprotegidos y necesitados de ayuda eran percibidos como “potenciales” o “futuros delincuentes”. Es decir, que el pensamiento era que si no se “ayudaba” y “protegía” a tiempo, ellos se convertirían en criminales (Beloff, 2011).

El juez tenía un enorme poder a la hora de decidir sobre la vida del menor, pudiendo disponer de él hasta su mayoría de edad, aunque haya o no cometido un delito. Esto queda claro en el art. 15 de la ley que expresa:

Los mismos jueces, cuando sobreesan provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral y en la misma forma establecida en el artículo anterior.¹⁵

La interpretación de que un menor se halle “material o moralmente abandonado o en peligro moral” puede resultar ambigua y quedar abierta a la interpretación de quien juzgue, pero el artículo 21 manifiesta que se entiende por un menor en peligro moral o en estado de abandono:

A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.¹⁶

A la hora de tratar a menores que hayan delinquido o de tratar a menores que se encontraran en estado de abandono o en peligro moral, los órganos judiciales no marcaban ninguna diferencia. Ambos casos eran resueltos a través de medidas tutelares sin ningún miramiento al respecto. Los niños podían ser separados de sus padres quedando bajo la tutela del Estado.

¹⁵ Ley 10.903 – Patronato de Menores

¹⁶ Ley 10.903 – Patronato de Menores



La respuesta estatal característica por décadas en América Latina fue el encierro de niños en instituciones para su cuidado, ayuda y reeducación, sin mayores diferencias si se trataba de un infractor o de quien en similar situación de desventaja social no cometía ningún crimen. (Beloff, 2011, pág. 409).

Es muy importante remarcar la diferencia sobre la ley de Patronato, y el Estado moderno, donde cualquier reacción estatal coactiva debe ser proporcionada y motivada por una infracción penal probada (Beloff, 2011). Algo que no sucedía en la ley N° 10.903.

Esta polémica ley fue derogada en el año 2005, con la sanción de la ley N° 26.061, denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sobre la que me expresaré más adelante.



4.2 Descripción ley n° 22.278, Régimen penal de la minoridad

En el año 1980, durante la dictadura militar, se sanciona la ley 22.278, creando el denominado Régimen Penal de la minoridad. La misma aún se encuentra vigente y es la que establece el procedimiento que se lleva adelante cuando un menor de 18 años es acusado de haber cometido algún delito. En un principio esta ley declaraba punible al menor de catorce a dieciocho años; pero luego la edad mínima de punibilidad fue elevada a dieciséis años, con la sanción de la ley 22.803, en el año 1983. En su artículo n° 1 la ley 22.278 expresa:

No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.¹⁷

Puede observarse como la ley establece un sistema diferenciado de persecución penal a los menores. El menor de dieciséis años es inimputable por lo tanto no es punible en ningún caso, y el menor de dieciséis a dieciocho años solo lo es si incurriere en algún delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1, tal como lo afirma el artículo 2.

Es decir que el mayor de dieciséis años pero menor de dieciocho años es imputable, ya que la ley le reconoce la madurez mental para comprender la criminalidad de sus actos, pero es no punible en los delitos enunciados en el artículo 1; esto se debe a una política criminal aplicada por el Estado donde se exime a los jóvenes de las penas al cometer delitos leves. Al contrario, si son imputables y punibles ante la comisión de delitos más graves que se encuentran fuera de las excepciones enumerados en dicho artículo.

Si desde un punto de vista realista la existencia del derecho penal se verifica por su capacidad coactiva de producir sufrimientos reales (considérese a la privación de libertad como el más claro de los ejemplos), entonces puede afirmarse que en la Argentina existen dos regímenes penales (relativamente) diversos para los menores de 18 años: **a)** la discrecionalidad absoluta sin debido proceso y con la mera imputación policial para los menores de 16 años que se encuentren en peligro material o moral (art. 1ro del decreto 22.278). En este caso puede perfectamente, como de hecho ocurre, decidirse la privación de libertad de dichos menores hasta los 21 años, aun cuando son formalmente inimputables y, por ende, no punibles; y **b)** la plena imputabilidad penal para la franja de 16 a 18 años (García Méndez, 2007, pág.1).

Que el menor no sea punible significa que no se le puede aplicar una pena, más allá de que se le impute la responsabilidad por el hecho cometido. La ley se expresa sobre

¹⁷ Ley 22.278- Régimen Penal de la minoridad



la punibilidad pero no estipula nada acerca de la imputabilidad de los menores. La imputabilidad se refiere a la posibilidad de atribuirle a una persona la responsabilidad de un hecho. Con esto se podría pensar que un menor de dieciséis o de dieciocho años que comete un delito enunciado en el artículo 1 no recibe consecuencia alguna por sus hechos, pero no es así, ya que la norma le da el poder a la autoridad judicial de disponer del mismo:

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 presente problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.¹⁸

No solo le da la facultad al magistrado de disponer del niño si hubiese cometido un delito, sino también si a su entender el menor se encuentra en “estado de peligro o abandono material o moral.” Se trata de un poder discrecional, ya que la norma deja la decisión totalmente en manos del juez y su entendimiento sobre la situación del menor, pudiendo adoptar medidas que resulten restrictivas de sus derechos.

La norma le da la posibilidad al juez de disponer provisoria o definitivamente de menores sean o no punibles, y aunque no hayan participado de un delito, pudiendo basarse más en las circunstancias personales en las que se encuentre el niño que en el mismo hecho.

En cuanto a los adolescentes entre los 16 y 18 años a los que se les impute un delito, deberán ser sometidos a un proceso judicial. Pero para la imposición de la pena al menor se debe cumplir con lo establecido en el artículo 4, cuyos requisitos son:

- 1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.
- 2) Que haya cumplido dieciocho años de edad.
- 3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

¹⁸ Ley 22.278- Régimen Penal de la minoridad



Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2.¹⁹

Profundizaré con más detalle todo lo referido al proceso judicial que atraviesan los menores en el capítulo V, remarcando los derechos y garantías que no le son reconocidos en el proceso penal.

Esta ley con el fin de proteger a niños y adolescentes de 16 a 18 años que cometieron delitos, les deja el arbitrio a los jueces de decidir si los entrega a sus padres o lo encierra en un establecimiento sin dictar sentencia, hasta que cumpla la mayoría de edad. Por lo tanto los jóvenes pueden ser privados de su libertad sin el debido proceso legal.

A pesar de que la ley establece un régimen penal de la minoridad, no existe una diferenciación entre las penas aplicables a los adolescentes de 16 a 18 años y las que se aplican a los adultos. Por lo tanto más allá de tener una ley especial dedicada a los jóvenes que delinquen se establece un régimen de punibilidad que no se diferencia del de los mayores.

Esta situación no sólo es contradictoria de toda lógica, sino también de toda normativa internacional y, muy particularmente, de la Constitución Nacional. Se verifica de este modo la absurda situación de que adultos que infrinjan la ley penal se encuentren en una situación mucho más beneficiosa que las personas menores de edad, ya que gozan de mayores garantías que aquellos (García Méndez, 2007, p. 1).

Esta normativa, mantiene el mismo sistema tutelar que la ley 10.903, basándose en la doctrina de la situación irregular del menor, la cual concibe a los niños y jóvenes como objetos de protección, no reconociéndolos como sujetos de derecho. Es en base a esta forma de concepción que muchos de sus derechos y garantías son violados o restringidos.

¹⁹ Ley 22.278- Régimen Penal de la minoridad



4.3 Descripción ley n° 26.061, Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

En el año 2002, el Comité de los Derechos del Niño, expresó a la República Argentina su preocupación por la vigencia de la legislación basada en la doctrina de la situación irregular, recomendándole que tomara las medidas necesarias para promulgar una normativa que se encuentre en conformidad con la Convención.²⁰

Siguiendo las recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, en el año 2005 se sancionó en Argentina la ley N° 26.061, denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Esta ley efectivamente responde al paradigma de la Convención, adoptando la doctrina de la Protección Integral, donde el principio rector de la misma es el interés superior del niño. Con la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, se deroga expresamente en su artículo 76 la vieja Ley Nacional de Patronato de Menores, sancionada casi un siglo antes.

Se trata de una ley que prepara el marco normativo para comenzar a dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por el Estado argentino desde la ratificación de la Convención de los Derechos del niño y posterior incorporación de la misma a la Constitución Nacional en el año 1994. Aunque se trata de una norma que apunta más hacia las políticas sociales, reconoce muchos derechos y garantías a los menores, por lo que es importante su estudio.

La norma en su artículo 1 expresa:

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.²¹

²⁰ Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 187, del 9 de octubre de 2002. Ginebra, 2002.

²¹ Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.



Esta ley exige la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, buscando que se respeten los derechos y garantías de los niños en todos los ámbitos, ya sea en una medida social, administrativa o judicial. Al estar basada la norma en la doctrina de la protección integral de los derechos del niño, ya se los reconoce como sujetos de derecho y no como objetos de tutela.

En su artículo 2 la ley expresa el carácter obligatorio de la aplicación de la Convención de los Derechos del niño. Delimitando la aplicación de la ley a las personas hasta los 18 años, y manifestando un derecho muy importante, que es el derecho de ser oídos y atendidos en todos los ámbitos.

Art. 2.– La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.²²

En el artículo 3 se explica a qué se le llama interés superior, imponiendo algunas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta y respetadas:

Art. 3.– 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.²³

²² Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

²³ Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.



Puede observarse como declara de forma expresa que los menores son considerados como sujetos de derecho, y esto se debe al cambio de paradigma desde el que son observados. Excluyendo la visión tutelar que se tenía hasta entonces.

Si bien la ley 26.061 no regula la situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal, si establece algunas garantías a tener en cuenta. Por ejemplo en el art. 27 expresa las garantías mínimas de procedimiento; estableciéndose que tienen derecho a ser oídos ante la autoridad competente, a que su opinión sea tenida en cuenta, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en la materia, a participar activamente en el proceso, y la posibilidad de recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

La ley que regula el Régimen Penal de minoridad, ley N° 22.278, no fue derogada. Por lo tanto esta ley fundada en el paradigma de la situación irregular, es aun la única legislación penal de fondo que trata específicamente los casos donde los niños, niñas y adolescentes son acusados de cometer algún delito.

En el año 2002 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia contra el Estado Argentino por las sentencias a cadena perpetua por delitos cometidos por adolescentes cuando eran menores de edad. Después de un largo proceso, la Comisión emitió el informe 172/10, donde manifestó que la Justicia argentina había violado derechos en perjuicio de los niños.²⁴

En el informe le recomienda al Estado argentino, entre otras cosas, que se dispongan las medidas necesarias para que puedan interponer un recurso mediante el cual obtengan una revisión amplia de las sentencias condenatorias en la que se apliquen los estándares internacionales en materia de justicia penal de niños, niñas y adolescentes. También le solicita disponer las medidas legislativas y de otra índole para que el sistema de justicia penal aplicable a adolescentes por conductas cometidas siendo menores de 18 años, sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena, según los parámetros formulados en el mismo informe.

²⁴ Comisión I.D.H., Caso 12.561 Cesar Alberto Mendoza y otros, Informe n° 172/10, del 2 de noviembre de 2010, Washington D.C.



Hasta ahora solo se ha promulgado la ley nro. 26.061, pero como expresó la Dra. Mary Beloff:

...un país que solo dicta una ley específica no está cumpliendo a cabalidad el compromiso asumido al ratificar la Convención Internacional en el sentido de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para hacer efectivos todos los derechos allí reconocidos (Beloff, 1999, p.12).



Conclusiones Parciales

En el marco de la ley 22.278, basada en la doctrina de la situación irregular, se declara que el menor hasta los 16 años no puede ser objeto de reproche, que no se le puede aplicar una pena, pero no obstante ello, aun cuando el menor es declarado inimputable, el juez puede tomar cualquier medida que crea conveniente, como internarlo y privarlo de la libertad, resultando totalmente arbitrario.

Además se contempla esta arbitrariedad en el caso de los adolescentes entre los 16 y 18 años, cuando el delito está sancionado con más de dos años de privación de la libertad y es sometido a proceso. La arbitrariedad se da ya que aun cuando el joven sea sobreseído o absuelto, el juez igualmente podrá tomar las medidas que crea convenientes.

Otro punto a destacar es que la ley 26.061 marca la desaparición de los términos de abandono y peligro material o moral, ya que no se encuentran taxativamente tipificadas las situaciones a las que se refiere. Por lo tanto los órganos judiciales no podrán intervenir como un órgano de control social, y solo deberán intervenir y conocer ante situaciones que supongan un problema jurídico. El poder del magistrado, quien debe ser un juez especializado en infancia, dejará de ser arbitrario.

También es importante que dicha ley exprese las garantías mínimas que deben tener los jóvenes que sean juzgados en un proceso penal. A partir de esta legislación se les reconocen de forma expresa derechos y garantías, hecho que no sucedía en la ley 22.278 ya que al encontrarse bajo el paradigma de la situación irregular, observaba a los menores como un objeto de tutela del que se podía disponer libremente.

El cambio al paradigma de la protección integral que plantea la ley 26.061, hace ver la necesidad de modificar la ley 22.278, ya que la misma se encuentra basada en la doctrina de la situación irregular. Por lo tanto resulta irónico que la única ley de fondo referida al régimen penal de la minoridad este basada en un paradigma totalmente opuesto al que plantea la ley 26.061, siendo esta la que procura la protección de todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes y la que fue promulgada a partir de la Convención de los Derechos del niño. Es decir, que si bien la sanción de esta ley es un paso importante para las políticas de la infancia, aún falta la derogación del régimen penal de la minoridad que se encuentra vigente.



CAPITULO V:

PROCESO PENAL JUVENIL EN ARGENTINA

Introducción

En este último capítulo se analizará y describirá el régimen penal juvenil, profundizando en la ley 22.278 para entender cómo se desarrolla el proceso penal cuando un niño, niña o adolescente es acusado de haber cometido un hecho típico y antijurídico. Se hará hincapié en los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño, para tener un debido proceso. Se destacarán cuales son aquellos derechos de los cuales son privados los menores de edad. Y se citarán casos de la jurisprudencia Argentina donde se han juzgados a adolescentes sin respetarles los derechos y garantías reconocidos en nuestra Carta Magna, por lo cual Argentina fue sancionada internacionalmente.



5.1 Explicación sobre el proceso penal juvenil actual

Como hemos expresado anteriormente el régimen penal juvenil nacional que actualmente se encuentra vigente está basado en la ley 22.278 promulgada en el año 1980, por un gobierno de facto. Esta es la ley que regula el proceso penal que debe atravesar un niño menor de dieciocho años acusado de haber cometido algún ilícito.

Dicha ley se alinea bajo la doctrina de la situación irregular de menores, doctrina que consideraba a los menores de edad como objetos de protección, es decir que necesitaban ser protegidos y tutelados por el Estado. Por lo tanto estamos hablando de una norma basada en una mirada tutelar, donde los niños son sujetos incapaces de ejercer sus derechos, y es por esto que dejan de reconocerles derechos y garantías que debieran ser respetados a todo ser humano.

La ley 22.278 establece en su artículo 1, que no son punibles los menores de dieciséis años en ningún caso y tampoco son punibles los mayores de dieciséis y menores de dieciocho para aquellos delitos de acción privada o reprimidos con penas privativas de la libertad menor a dos años, con multa o inhabilitación. Aunque no sean punibles, es decir que no pueden ser castigados penalmente, si algún menor de edad resultare imputado la ley le da la posibilidad al juez de disponer provisoriamente del mismo, con la posibilidad de ordenar peritaciones e informes para conocer al menor y las condiciones familiares y ambientales en el que se encuentre. También puede, en caso de que el juez lo crea necesario, colocar al menor en algún lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo que el estime conveniente. Podemos observar cómo sin ser punibles, el juez tiene el poder discrecional de decidir sobre la vida del menor, con la posibilidad de colocarlo en el lugar que decidiese según su parecer. Esta posibilidad de “internarlo”, no deja de ser otra cosa que una privación de la libertad. Si luego de realizado los estudios de estos resultare que el menor se halle abandonado, o en peligro material o moral, o tuviera problemas de conducta, el juez podrá disponer de forma definitiva del menor por auto fundado, previa audiencia con sus padres, tutor o guardador.

En su artículo 2, la norma expresa que si son punibles aquellos menores de dieciocho años de edad y mayores de dieciséis, que cometieren un delito que no fueran de los enunciados en el artículo 1. Es decir, que son punibles aquellos niños comprendidos en esa franja de edad que cometieran delitos de acción pública o con penas privativas de la



libertad mayor a dos años. En estos casos el juez lo someterá al respectivo proceso pudiendo disponer provisionalmente del menor hasta la imposición de la pena si correspondiere. Cualquiera fuere el resultado de la causa, si de los estudios resultare que el menor se halle en estado de peligro o abandono material o moral, el juez podrá disponer definitivamente mediante resolución fundada previa audiencia con sus padres, tutor o guardador. Se ve claramente como la ley se trata de una norma basada en el derecho penal de autor, y no en el derecho penal de hecho; ya que le da la posibilidad al juez de poder disponer del menor por la situación en la que se encuentra y no por el delito cometido. Esto lleva a no reconocerle derechos a los niños y a juzgarlos por razones ajenas a su actuar, no respetando un principio constitucional tan importante, como es el principio de legalidad.

El derecho penal de autor y el de peligrosidad coinciden cuando parten de una concepción determinista o biológica del hombre, que le niega la libre determinación para elegir entre el bien y el mal y lo sancionan por su modo de ser, por su mal carácter o por su vida mal orientada (por ejemplo, vagabundo, prostituta o proclive al delito). (Lascano, 2005, pag. 28)

En el tercer artículo la ley se refiere a la disposición, como la obligación de custodia que tiene el juez sobre el menor, para procurar que reciba una adecuada formación mediante su protección integral. Para esto el magistrado puede ordenar las medidas que crea convenientes, pudiendo modificarlas siempre en beneficio del menor. De esta forma puede restringir el ejercicio de la patria potestad o tutela, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor, o el discernimiento de la guarda. El juez tiene el poder discrecional de tomar la medida que crea necesaria pero siempre detrás de la “máscara” de que es lo mejor para el niño, el cual puede observar cómo se adoptan medidas que le restringen derechos pudiendo haber cometido un delito o no.

El artículo 4 dispone los requisitos a los que se encuentra supeditada la imposición de la pena respecto a los menores imputables y punibles nombrados en el artículo 2. Para poder imponer una pena el juez debe principalmente haber declarado previamente su responsabilidad penal y civil si correspondiere, que el niño haya cumplido dieciocho años de edad y que haya sido sometido a un periodo de tratamiento tutelar de al menos un año. Una vez que se cumplimentaron estos requisitos el juez tiene la facultad de aplicarle una sanción si él lo creyese necesario, pudiendo reducir la misma en la forma prevista para la



tentativa. Así mismo, también podrá absolverlo y no aplicarle ninguna sanción si lo considera innecesario, mas allá de haber declarado su responsabilidad en el ilícito cometido.

El artículo 5 expresa que las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado por hechos ilícitos cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad. Pero si podrán ser tenidas en cuenta o no las sanciones impuestas por haber cometidos esos hechos, cuando fuere juzgado después de cumplir los dieciocho años de edad.

En el artículo 6 se establece que los menores a los que se les haya impuesto una pena privativa de la libertad, deberán cumplirla en establecimientos especializados hasta alcanzar la mayoría de edad. Luego de haber llegado a la mayoría de edad podrán ser trasladados a establecimientos para adultos hasta cumplir con el resto de la condena.

En el artículo 7 la ley contempla la facultad que tiene el magistrado para declarar la pérdida de la patria potestad o la pérdida o suspensión de la tutela o guarda, respecto a aquellos menores de dieciocho años que hayan sido imputados de cometer algún hecho delictivo. El artículo 8 establece que si el proceso comenzare o se reanudare luego de haber alcanzado el menor la mayoría de edad, se intentará cumplir siempre que fuera posible con el tratamiento tutelar, pero aclarando que se debe complementar con una amplia información sobre la conducta del mismo. Todas estas normas se aplicarán también cuando el menor acusado de cometer un delito fuere un menor emancipado, así lo establece el artículo 9 de la ley.

Esta ley fundamentada en la doctrina de la situación irregular, observa al niño como un objeto de tutela, un sujeto incapaz y necesitado de protección. Y es basado en ese pensamiento que le otorga un enorme poder discrecional al juez, quien tiene la facultad absoluta sobre el menor, pudiendo disponer de él como él considere necesario siempre tras el fundamento de que es lo mejor para el niño. Es tal el poder que se le otorga al magistrado, que no solo cumple funciones judiciales sino que también tiene funciones sociales, ya que tiene la facultad de adoptar medidas sobre los niños, niñas y adolescentes, que él considere según su entender que se encuentran en estado de abandono o en peligro moral o material.

A lo largo de la ley se puede observar claramente como la misma responde al paradigma de la situación irregular, privando a los niños, niñas y adolescentes de muchos de los derechos y garantías que si le son reconocidos a las personas adultas al atravesar



un proceso penal. Derechos y garantías sobre los que profundizaremos en el próximo apartado.



5.2 Derechos y garantías no reconocidos en el proceso penal de menores

En este apartado se analizarán que derechos y garantías no se les reconoce a los menores imputados de cometer algún delito, para eso estudiaremos que determina la Constitución Nacional y la Convención sobre los Derechos del niño, sobre cómo debe ser la respuesta del Estado ante la comisión de un ilícito, y cuáles son los límites que deben ser respetados.

Como hemos desarrollado a lo largo del trabajo; la nueva concepción que se tiene de niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho exige que se le respeten los derechos y garantías, que el sistema tutelar en la que se basa la ley 22.278 les desconoce hasta el día de hoy, ya que aún sigue considerándolos como objetos de protección, incapaces de ejercer sus derechos por sí mismos. Al niño, y en especial a aquel que atraviese un proceso penal, le corresponden todos los derechos y garantías declarados en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del niño.

Nos encontramos con derechos y garantías en los instrumentos internacionales que constituyen una obligación de hacer para el Estado y le acarrea responsabilidad internacional cuando no puede hacerlo. De los instrumentos internacionales, los principios de: igualdad, legalidad y no discriminación, como así también los derechos y garantías del derecho judicial eficaz, deben ser aplicados a los niños. Es una normativa integral para todos los ciudadanos que debemos respetar, además que los niños tienen que tener especificidades, porque son sujetos de derechos como cualquier ciudadano de nuestro país (Figuerola, 2007, pág. 20).

Los derechos son facultades o prerrogativas reconocidas fundamentalmente a los hombres, y las garantías son instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos (Birdart Campos, 2008). Es decir, que las garantías son los instrumentos que poseen las personas para defender y hacer respetar los derechos que las mismas le reconocen.

Tradicionalmente se distinguía entre garantías penales y garantías procesales, pero actualmente se tiende a considerarlas en su conjunto como un todo, agrupadas por el fin en común de limitar el poder penal del Estado. Ambos tipos de garantías funcionan como directivas o prohibiciones hacia el Estado, indicándole cuando y como podrá o no condenar a una persona a cumplir una pena (Cafferata Nores, Montero, Vélez, Ferrer, Corvalán, Balcarce, Hairabedian, Frascaroli, Arocena, 2004).



Pero hay que destacar que como el derecho penal vive y se encarna en su actuación judicial, todas estas garantías procesales se combinan con las penales, influyéndose recíprocamente y estableciendo unos alcances y contenidos de otras, para el mas pleno efecto garantizador de cada una y del conjunto (Cafferata Nores et al, 2004).

Una de las garantías penales principales, es el principio de legalidad, que está presente tanto en la Convención sobre los Derechos del niño como en la Constitución Nacional en su artículo 18: “ningún habitante podrá ser privado de su libertad si no es virtud de un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”²⁵

Dicha garantía es conocida con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la cual supone

la existencia de una ley anterior al hecho del proceso que tipifique un comportamiento reprochable en forma taxativa, no permitiendo juicios de valor por parte del juez. Ninguna persona puede ser sometida a un proceso ni sancionada por un hecho que al tiempo de su ocurrencia, no este previamente definido de manera expresa e inequívoca como delito en la ley (*Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la convención sobre los derechos del niño*, 2007).

Este principio no solo funciona como una garantía frente al momento final de la imposición de la pena, sino al inicio de la persecución penal, ya que es un obstáculo respecto de cualquier investigación sobre una persona, que no esté fundada en la supuesta infracción a una norma penal (Cafferata Nores et al, 2004). Dicho principio expresa que ningún sujeto puede ser imputado ni sancionado por ningún hecho que al momento de ocurrido, no haya estado tipificado en una ley como delito. Para poder perseguirlo penalmente es necesario que su acción u omisión este determinada como delito en una ley estableciendo la pena que merece. Dicha norma debe ser previa, escrita y estricta.

Este es uno de los principios vulnerados a los niños, niñas y adolescentes, ya que la ley 22.278 le da la facultad al juez, y este muchas veces termina disponiendo del menor sin que este haya cometido ningún ilícito. Es decir que se dan casos donde se interviene judicialmente en la vida de los menores de edad, sin que ellos hayan cometido un delito tipificado en la ley. Dicha ley le otorga un poder discrecional a los magistrados para que resuelvan situaciones según su entender, y basándose en la situación en la que se encuentra el niño puede disponer o no del mismo; aplicando un derecho penal de autor y no de hecho. Dándoles la posibilidad a los jueces de aplicar sanciones tanto por las condiciones

²⁵ Constitución Nacional Argentina, Art. 18.



personales del sujeto como por el posible hecho cometido por él, refiriéndonos por condiciones personales a si el magistrado entendía que el menor de edad se encontraba en situación de abandono o peligro moral o material.

Esta forma de proceder también vulnera el principio de culpabilidad, ya que se persigue al adolescente según sus características personales, y el ambiente familiar y social en el que convive; debiendo basarse en la culpabilidad del hecho cometido por el adolescente. Dicho principio, desconocido por la ley 22.278:

Implica la prohibición de perseguir penalmente a una persona según sus características personales, su eventual “peligrosidad”, su situación familiar, social, política, entre otras, sino que la tarea judicial se agota en la averiguación de la verdad sobre el hecho delictivo y a la aplicación de la ley penal (*Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la convención sobre los derechos del niño*, 2007).

Debe remarcarse, por su trascendencia, la vigencia de un derecho penal de culpabilidad por el hecho, el que excluye toda posibilidad de sancionar penalmente a una persona en razón de sus ideas, creencias, personalidad o supuesta peligrosidad, que han sido el fundamento de los sistemas represivos impuestos por los regímenes autoritarios. (Lascano, 2005, pag. 120) Es importante recordar que la ley del régimen penal de minoridad fue sancionada por la dictadura que gobernaba el país en el año 1980, desconociendo el principio de culpabilidad.

A los niños, niñas y adolescentes acusados de cometer un delito, como sujetos de derecho que son, deben reconocerles los mismos principios procesales que tienen los adultos al atravesar un proceso penal. Se les debe respetar el debido proceso, como condición necesaria para que la pena impuesta tenga validez.

Por garantía del debido proceso se entiende: “Al conjunto de derechos y garantías enumerados en la Constitución y normas internacionales que, sólo al ser respetados, permiten considerar como válido al juzgamiento de una persona por un órgano competente y la decisión que sea su consecuencia” (*Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la convención sobre los derechos del niño*, 2007). Por lo tanto, los adolescentes que infrinjan la ley penal, deben gozar de todas las garantías que tiene el proceso de adultos, así como también de algunas garantías específicas por ser personas en desarrollo.

Dentro de las garantías podemos encontrar el principio de inocencia, consagrado en la Convención sobre los Derechos del niño en el artículo 40.2.b.i, el cual expresa: “Que



se lo presumirá inocente mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley”.²⁶ Este es el derecho que tiene toda persona a ser considerada inocente hasta tanto se pruebe mediante los instrumentos legales su responsabilidad en la comisión de un delito, a través de una sentencia.

El estado de inocencia puede formularse diciendo que todo acusado es inocente mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, lo que ocurrirá cuando “se pruebe” que “es culpable”, en las condiciones de garantías que se establecen en el sistema constitucional y en el Código Procesal Penal. (Cafferata Nores et al, 2004).

En el sistema tutelar de la ley 22.278, se desconoce este derecho, ya que se aplican medidas coactivas a los menores de edad sin realizar la comprobación de la responsabilidad de estos en algún hecho delictivo. Muchas veces se aplican medidas restrictivas a los menores de edad, que por más que no sean medidas de naturaleza penal no dejan de ser medidas coactivas que restringen derechos.

Es de destacar que este principio es uno de los más vulnerados en el sistema actual. En tal sentido, las medidas coactivas aplicables a los adolescentes, llamadas tutelares, se determinan sin la existencia de una declaración de responsabilidad de la comisión o participación en el delito (*Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la convención sobre los derechos del niño*, 2007).

Ahora bien, a todo adolescente acusado de cometer un delito se le debe garantizar el derecho de defensa y el derecho a contar con asistencia letrada especializada, ante una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial; estos son otros derechos no respetados por el régimen penal de la minoridad. Como ya hemos expresado en el capítulo 3, el derecho de defensa es la facultad que tiene toda persona imputada de haber cometido un delito para ejercer su defensa, tanto material como técnica. Estos derechos lo podemos encontrar reconocidos en el art. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En cuanto a la defensa técnica, el joven acusado debe ser asistido por un abogado defensor especializado en niñez y adolescencia desde el comienzo del procedimiento, y sino pudiere proveérselo su familia, deberá ser provisto por el Estado de forma gratuita. Por supuesto que es muy importante que sea notificado el adolescente, de que es de lo que se lo acusa, ya que no puede defenderse de lo que no conoce. Y con respecto a la defensa material, la Convención le reconoce al adolescente que estará en

²⁶ Convención sobre los Derechos del Niño



igualdad de condiciones para poder ejercer su defensa, es decir, podrá hacer que se interroge a testigos, presentar pruebas, impugnar las decisiones que lo afecten, etc. Por otra parte no podrá ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable. “Si durante el proceso el imputado goza de un estado jurídico de inocencia y nada debe probar, es obvio que nadie puede intentar obligarlo a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye” (Cafferata Nores et al, 2004).

Este derecho a la defensa material es concordante con el derecho a ser oído, reconocido tanto en el artículo 18 de la Constitución como en el artículo 12 de la Convención, el cual expresa: “... 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...”²⁷ Como hemos podido observar el régimen penal de la minoridad, no respeta estos derechos. Al menor lo considera un objeto que necesita protección, lo ve como un sujeto incapaz de ejercer sus derechos, por lo tanto no ve la necesidad de oír su opinión. Inclusive la ley expresa que el juez puede tener una audiencia con los padres, tutor o guardador, pero en ningún momento habla de escuchar al menor de edad. Hay que recordar que dicha ley está basada en un sistema tutelar que le otorga al juez un gran poder discrecional con la facultad de disponer del menor según su parecer, y en ningún artículo de la misma reconoce el derecho de defensa en juicio o el derecho a participar del proceso que debería respetársele al menor acusado. No existe un juicio contradictorio, sino un juez que procede para la comprobación del delito, y sea cual sea el resultado de la causa, podrá imponer una medida coactiva disponiendo del menor de edad si del estudio realizado el considerase que el adolescente se encuentra en estado de abandono o peligro moral o material.

Otro principio vulnerado por el régimen penal de la minoridad es el de la proporcionalidad de las penas, el cual encontramos en el artículo 40 inc. 4, que establece que las sanciones que se impongan a los menores de edad condenados por haber cometido un ilícito sean proporcionales al hecho cometido y al daño causado.

“Las sanciones que se impongan a las personas condenadas por la comisión de un delito deben ser racionales y proporcionales al hecho cometido y al daño causado. No podrán imponerse, por ningún tipo de circunstancia sanciones indeterminadas” (*Derechos*

²⁷ Convención sobre los Derechos del Niño



de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la convención sobre los derechos del niño, 2007). Puede verse claramente en el artículo 1 y 2 de la ley 22.278 el no reconocimiento de este derecho, ya que el mismo le da la facultad al juez de colocar “al menor en un lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable” y disponer definitivamente del menor cualquiera sea el resultado de la causa.

En relación con el tema específico planteado en el presente caso, directamente relacionado con la imposición de sanción penal a niños, la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que, para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad.²⁸

La convención declara en su artículo 37 la prohibición de imponer la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad, y que la privación de la libertad de un niño, niña y adolescente será utilizado solo como una medida de último recurso y por el menor tiempo posible. Estos derechos también fueron desconocidos por la justicia Argentina, ya que existen casos de adolescentes que fueron condenados a reclusión perpetua, motivo por el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió una sentencia en Mayo del año 2013 declarando a la República Argentina internacionalmente responsable por las violaciones de derechos humanos cometidas al haber impuesto penas de privación perpetua de la libertad a cinco personas por delitos cometidos durante su infancia.²⁹

El caso *Mendoza y otros* se inscribe en la serie de casos recientes del tribunal interamericano que evidencian importantes cuestionamientos al funcionamiento del sistema de administración de justicia en nuestro país. La protección internacional de los derechos humanos ejercida por la Corte Interamericana en estos casos, nos debe hacer reflexionar y redoblar los esfuerzos a quienes ejercemos alta responsabilidades

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos., Sentencia Mendoza y otros vs Estado Argentino, 14 de Mayo de 2013, Serie C, N° 260.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resumen Oficial Caso Mendoza y otros vs Estado Argentino sobre Sentencia de 14 de Mayo de 2013.



en distintos poderes del Estado para optimizar un servicio de justicia que, además de cumplir con las obligaciones constitucionales y convencionales, proteja los derechos fundamentales de todos, pero principalmente de quienes, por su situación de vulnerabilidad, más lo necesitan.³⁰

Estos adolescentes, César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldan y Ricardo David Videla Fernández, fueron condenados con base en la ley 22.278, a penas de reclusión perpetua por los delitos cometidos antes de alcanzar la mayoría de edad. Sobre la pena privativa impuesta la Corte expresó:

... al permitir la consideración de otros elementos más allá del delito cometido, así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, la Ley 22.278 es contraria al principio de proporcionalidad de la sanción penal a niños. Asimismo, destacó que el plazo de 20 años contemplado en el artículo 13 del Código Penal de la Nación al momento de los hechos para que los niños pudieran solicitar por primera vez la libertad y pudieran reintegrarse a la sociedad, era abiertamente desproporcionado, pues los niños son obligados a permanecer más tiempo privados de la libertad que el tiempo vivido antes de la comisión de los delitos y de la imposición de la pena.³¹

Otro derecho vulnerado por el régimen penal de minoridad, es el derecho a recurrir el fallo, es decir el derecho a la segunda instancia. Este derecho es reconocido en la Convención en el artículo 40 inc. 40.2.b.v. que expresa: “Si se considera 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.”³² El fundamento del recurso “revela la necesidad de permitir una reexaminación y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia” (Cafferata Nores et al, 2004). En el caso de los menores de edad a los que se impone una condena, la ley no le reconoce el derecho a interponer ningún recurso, impidiendo la revisión de la sentencia por una autoridad superior, vulnerando de esta forma sus derechos.

En la ley argentina, la medida tutelar – sea internación u otra – es inimpugnable para el menor pues se parte de la base de que el tratamiento decidido por el juez es el adecuado para corregir la *situación irregular del menor* o, si se quiere, que el juez de menores es, por naturaleza, un “buen padre de familia” que decidirá lo “mejor” para el menor, aun contra su voluntad y privándolo de derechos (Maier, 2000, pág. 17)

³⁰ Artículo publicado en julio de 2013 por la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, publicada en Infojus Noticias

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resumen Oficial Caso Mendoza y otros vs Estado Argentino sobre Sentencia de 14 de Mayo de 2013.

³² Convención sobre los Derechos del Niño



Son muchos los derechos que no le son reconocidos a los niños, niñas y adolescentes que son acusados de cometer un delito, esta ley que establece un sistema tutelar basada en la doctrina de la situación irregular debe ser derogada, y debe sancionarse una nueva ley que establezca un régimen penal juvenil acorde a la Constitución Nacional y a la Convención de los derechos del niño. Este nuevo régimen debe ser respetuoso de los tratados internacionales ratificados por Argentina y reconocerle todos los derechos establecidos allí.



Conclusiones Parciales

La ley 22.278 dictada en el año 1980, sancionada por el gobierno militar, es la norma fundamental del régimen penal de minoridad. Esta se basa en el paradigma de la Situación Irregular, por lo que causa un perjuicio a los menores, ya que los considera como objetos de tutela que necesitan protección, y fundamentándose en este paradigma se le vulneran sus derechos y garantías; ya que considera al menor de edad como incapaz para ejercer sus derechos.

Son varios los derechos y garantías no reconocidos a los menores de edad que atraviesan un proceso penal, entre ellos a mi parecer el más importante es el del debido proceso, al que entendemos como los derechos y garantías que deben respetarse para aceptar un juzgamiento como válido. La ley otorga un poder discrecional al magistrado, quien tiene la posibilidad de juzgar y disponer del menor según su entender, sean o no autores de un ilícito penal, violando el principio de legalidad y de culpabilidad. Otro derecho no reconocido es el de inocencia, ya que se toman medidas coactivas sobre los niños, niñas y adolescentes sin haber comprobado la responsabilidad de los mismos en un ilícito. Los derechos a ser oído y a poder ejercer una defensa técnica y material, también les son desconocidos a los menores de edad por nuestro régimen. Y otro principio muy importante, que no es reconocido por la normativa argentina es el de proporcionalidad y el derecho a segunda instancia, ya que muchas veces se aplican penas desproporcionadas sin la posibilidad de recurrir la sentencia ante una autoridad superior.

Estos derechos son reconocidos por la Constitución Nacional y por la Convención de los Derechos del niño, la cual tiene validez constitucional desde el año 1994, por lo tanto es inaceptable que casi un cuarto de siglo después de su incorporación a la Constitución, aun no se haya modificado la ley 22.278, la cual desconoce varios de estos derechos siendo no concordante e inconstitucional. La misma debería ser modificada o derogada, ya que se necesita una nueva ley que no se base en la Situación Irregular sino en el nuevo paradigma de la Protección Integral, la cual reconoce a los menores de edad como sujetos de derecho.

El Estado argentino fue sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la sentencia del año 2013, por haber violado los derechos humanos de niños, ya que fueron condenados por la justicia argentina a penas de prisión perpetua, no



respetando entre otros derechos, el de proporcionalidad de la pena. A pesar de dicha sentencia y de los informes presentados por el Comité de los Derechos del niño, en donde se le recomendó al Estado Argentino que modifique la legislación poniéndola en conformidad con la Convención, reconociendo los derechos allí establecidos; la ley 22.278 sigue en vigencia sin haber sufrido ninguna modificación, vulnerando aun los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes argentinos.



6 CONCLUSIONES FINALES

La investigación se centró en los niños, niñas y adolescentes pudiendo analizar cómo fue mutando el concepto que se tenía de niño. Anteriormente estos eran definidos de forma peyorativa, definiéndolos como un no mayor, como un sujeto incompleto, pero al pasar los años se fue cambiando esta forma de definirlos, se fue tomando conciencia de que eran sujetos de pleno derecho, y que había que reconocerlos como tales. Esta forma de definirlos tampoco era abarcativa de la universalidad de menores de edad, sino que existía una diferenciación entre menores y niños, siendo considerados menores aquellos niños que se encontraban en alguna situación de vulnerabilidad o en peligro moral y material, estigmatizando a los niños pobres; y como niños a aquellos que se encontraban protegidos y con sus necesidades básicas satisfechas.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en el año 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas, y ratificada en el año 1990 por nuestro país, con jerarquía constitucional desde su incorporación en el art. 75 inc. 22 de la Constitución en el año 1994, los define como todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Esta convención fue ratificada de manera muy rápida por los estados miembros; y la República Argentina al ratificarla, realizó una aclaración, reconociendo al menor de dieciocho años de edad desde el momento de su concepción.

El cambio en el concepto del niño, no fue solo una modificación en la definición de estos sino también, un cambio en la forma de entenderlos, en la forma de reconocerlos. Dicha mutación vino de la mano del cambio de paradigma, donde se pasó de una doctrina de la situación irregular a una doctrina de protección integral. La doctrina de la situación irregular, entiende al niño como un objeto de protección, como un objeto que necesita ser tutelado y que es incapaz de ejercer sus derechos, esta concepción es la base fundamental de porque no se les reconocían sus derechos. Esta doctrina, la cual considero muy desventajosa para los niños, niñas y adolescentes, surgió en nuestro país desde principios del siglo XX, y más de cien años después aún tenemos una ley, la 22.278, fundamentada en la misma. Una doctrina más moderna es la de la protección integral, la cual los reconoce como verdaderos sujetos de derechos, como personas a las que deben reconocérseles no solo los mismos derechos que a los mayores, sino que deben reconocérseles otros especiales por su condición de personas en desarrollo. Es importante modificar nuestro régimen penal de la minoridad, fundamentándonos realmente en la doctrina de la protección



integral, y buscar de esta forma que todos sus derechos sean reconocidos y dejen de ser vulnerados.

En la Convención no solo se le reconocen derechos sino también se les reconocen obligaciones y por lo tanto responsabilidades. En base a esto es importante que cuenten con un régimen penal que al perseguirlos cuando son acusados de cometer un delito, respete todas las garantías de un debido proceso. Nuestro país más allá de haber ratificado la Convención, no realizó un cambio efectivo en la legislación, por lo tanto sigue habiendo derechos que realmente no son reconocidos.

En Argentina sigue vigente el régimen penal de la minoridad basada en la ley 22.278, la cual está fundamentada en la doctrina de la situación irregular y por lo tanto no les reconoce derechos a los menores de edad que entran en conflicto con la ley penal, ya que no los considera como sujetos de derecho. Esta ley permite al magistrado disponer del niño tomando en consideración las características personales del mismo, respondiendo a un derecho penal de autor. Se pudo ver a lo largo del trabajo que el régimen penal regulado por dicha ley, vulnera constantemente los derechos y garantías reconocidos tanto por la Convención sobre los Derechos del Niño como por nuestra Constitución Nacional, y que cuando un menor es acusado de cometer un delito no tiene si quiera los mismos derechos que los adultos, cuando la Convención les reconoce derechos especiales por tratarse de personas en desarrollo.

Nuestro régimen penal de la minoridad, el cual es aplicado a los menores de dieciocho años de edad, debe ser derogado urgentemente y reemplazado por un nuevo sistema penal, que incorpore los derechos y garantías reconocidos por los tratados internacionales a los niños, niñas y adolescentes. No debe ser posible que el magistrado tenga la facultad de aplicar penas con plazos indeterminados, y que los niños condenados no tengan la posibilidad de defenderse. No puede seguir condenándose a niños infractores de la ley penal, a penas totalmente desproporcionadas, como es la pena de prisión perpetua olvidando que el fundamento de la sanción a los niños, niñas y adolescentes debe ser su resocialización. La República Argentina fue sancionada ya por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y aun así no modificó el régimen penal aplicable a los menores, quienes siguen siendo vulnerados en sus derechos.

Es necesario que Argentina se plantee en serio un cambio, y se sancione una ley acorde a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales que ratificó. Esta ley



debe regular un régimen penal de minoridad especial, que contenga procedimientos y penas especiales y no las mismas que establece el código penal de los adultos.

La especialización estará dada entonces por normas, procedimientos, juzgados y tribunales diferenciados de los previstos en el sistema de justicia penal de adultos. Los juzgadores, en este nuevo sistema resuelven los conflictos jurídicos apuntando a que los adolescentes involucrados en estos procesos puedan comprender el daño causado, y que las eventuales consecuencias jurídicas derivadas de su acto no violen el principio de proporcionalidad, aplicando en primer lugar las sanciones no privativas de la libertad, y utilizando sólo esta sanción como medida de último recurso y por el menor tiempo posible (*Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la convención sobre los derechos del niño*, 2007).

Esta ley debe habilitar la intervención de la justicia, solamente ante la comisión de un hecho tipificado en una ley anterior al hecho del proceso, garantizando el principio de legalidad, y evitando que los niños sean ingresados en el sistema penal por características personales, o por las condiciones socio-económicas de su familia. El nuevo régimen penal juvenil debe respetar el debido proceso, reconociendo los mismos principios procesales que tienen los adultos más algunos específicos por ser niños, y ser juzgados por un tribunal imparcial y especializado. Durante este proceso el niño imputado debe ser considerado inocente, evitando aplicarles medidas restrictivas hasta que no sea declarada su culpabilidad. También debe contar con asistencia letrada especializada en infancia, para poder ejercer de manera efectiva su derecho de defensa, tanto material como técnica; y como parte de su defensa material, al menor de edad debe garantizarle su derecho a ser oído y a ser parte del proceso, informándole de manera inmediata sobre el hecho ilícito del que es acusado. El proceso debe dirimirse en un plazo razonable y siempre respetando la vida privada de los menores, evitando divulgar información sobre su identidad. Esta ley solo debe establecer la pena privativa de la libertad de forma excepcional y como último recurso, y solo ante la comisión de delitos graves. En caso de condenarse a un adolescente, este debe tener el derecho a recurrir esa sentencia para que sea revisada por una autoridad judicial superior.

...los organismos estatales encargados de aplicar la legislación que los rige, con prescindencia de la necesaria adecuación de la legislación interna por parte de los órganos legislativos, deben conformar su conducta de acuerdo con el objetivo de procurar para el niño o joven, a quien eventualmente se le imponga una pena o de una medida, con prescindencia de la forma en que se la denomine, a que ella sea el resultado



adoptado en el marco un procedimiento tal que respete todas y cada una de las garantías generales y particulares que presiden aquello que hoy se concibe como “debido proceso” o derecho a un “juicio justo” frente a un tribunal imparcial (Maier, 2000, pag. 17 y ss).

Nuestro país se encuentra en una situación en la cual la aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño es deficitaria, ya que después de tantos años sigue vigente la ley 22.278, no se modificó ni se sancionó una nueva norma que establezca un nuevo régimen penal juvenil que sea acorde a la misma, y que respete todos los derechos y garantías allí reconocidos. Por lo tanto es necesario sancionar una nueva ley que se adapte a los estándares mínimos de derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del niño y en la Constitución Nacional.



7 LISTADO DE BIBLIOGRAFIA

7.1 DOCTRINA

- Bellof, M. (2004) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina (1989-2004)* (3er ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Bellof, M. (2011) *La protección de los niños y las políticas de la diferencia*. Buenos Aires, Argentina: Departamento de publicaciones. Facultad de Derecho. UBA
- Bellof, M. (2006) *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.
- Beloff, M. (1999). Protección Integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. En M. Beloff, M. Cillero, J. Cortes y J. Couso (Eds.), *Justicia y Derechos del niño n° 1* (pp. 9-21). Santiago de Chile, Chile: Ed. s/d.
- Birdart Campos, G. (2008) *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Caferatta Nores, J. I., Montero, J., Vélez, V., Ferrer, C., Novillo Corvalán, M., Balcarce, F., Hairabedian, M., Frascaroli, M. S., Arocena, G. (Eds.) (2004) *Manual de Derecho Procesal Penal*. (2da ed.). Córdoba, Argentina: Intellectus.
- Cevasco, J., Lander Osio, A., Beloff, M., Tiffer, C., Carranza, E., González Ferrari, G. (Eds.) (2017) *Reflexiones sobre el sistema de justicia penal juvenil*. Buenos Aires, Argentina: Jusbaire.
- Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y UNICEF. (2003). *Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)*. Recuperado el 22 de abril de 2017, de https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PESentencias.pdf.
- Dirección Nacional de Asistencia Directa a Personas y Grupos Vulnerables de la Secretaria de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación con la colaboración del Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF) (2007). *Derechos de niñas, niños y adolescentes, seguimiento de la aplicación de la convención sobre los derechos del niño: estándares mínimos de derechos humanos*



para la implementación de un sistema de justicia penal juvenil. Recuperado el 21 de abril de 2017, de https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_de_ninos.pdf.

- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (2008). *Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación*. Recuperado el 21 de abril de 2017, de https://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdp.

- Garcia Méndez E., (1994) *La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular*. Recuperado el 14 de Septiembre de 2017, de http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/La_legislacion_de_menores.pdf

- Garcia Méndez E., (2007) *¿Porque una ley de responsabilidad penal juvenil?* Recuperado el 6 de Junio de 2017 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37306-ley-responsabilidad-penal-juvenil>

- González Contró, M., (2011) *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. *Publicación Electrónica* n°5 (5) 35-48. Recuperado el 25 de Febrero de 2018 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/9.pdf>

- González Martin, N., Rodríguez Jiménez., (2011) *¿Menor o niños, niñas y adolescentes? Un tópico a discutir*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. *Publicación Electrónica* n°5 (5) 55-65. Recuperado el 25 de Febrero de 2018 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/9.pdf>

- Hernández Sampieri R., Fernández-Collado C., Baptista Lucio P. (2006) *Metodología de la investigación* (4ta Ed.) Distrito Federal, México: Mc Graw-Hill.

- Kemermajer de Carlucci A. (2006) *Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

- Lascano C. (2005) *Derecho Penal. Parte General: libro de estudio*. Córdoba, Argentina: Advocatus.

- Maier, J. (2000). Los niños como titulares del derecho al debido proceso. En M. Beloff, M. Cillero, M. Herrera y G. Pinto (Eds.), *Justicia y Derechos del niño* n° 2 (pp. 9-18). Buenos Aires, Argentina: Ed. s/d.



- Ruiz Pérez R. (1992) *El análisis documental: bases terminológicas, conceptualización y estructura operativa*. Granada, España: Universidad de Granada.
- Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2015). *Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal. Año 2015*. Recuperado el 18 de Junio de https://www.unicef.org/argentina/spanish/PROTECCION_AdolescConflictoLeyPenal_Final.pdf.
- Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2011). *Procedimientos penales juveniles a nivel provincial: Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial*. Recuperado el 18 de Junio de https://www.unicef.org/argentina/spanish/PUBLICACION_SISTEMAS_PROCESALES_PROVINCIALES_JUSTICIA_JUVENIL.pdf

7.2 LEGISLACION

- Código Penal de la Nación
- Código Procesal Penal de la Nación
- Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General ONU de 1989 aprobada por la República Argentina por Ley 23.849)
 - Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959)
 - Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)
 - Ley N° 10.903 – Patronato de Menores
 - Ley N° 22.278 - Régimen Penal de la Minoridad
 - Ley N° 22.803 (1983)
 - Ley N° 26.061 – Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005)
 - Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad.
 - Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)



7.3 JURISPRUDENCIA

- Cámara Federal de Casación Penal, Sala 2da, “Mendoza, Cesar Alberto y otros s/ recurso de revisión” (2012)
- Comisión I.D.H. Caso Mendoza y otros vs Argentina, Informe N° 172/10, del 2 de Noviembre de 2010.
- Corte I.D.H., Sentencia Mendoza y otros vs Argentina, del 14 de Mayo de 2013, Serie C, N° 260.
- C.S.J.N. “Maldonado, D.E.s/ causa 1174 C” Fallo M. 1022 XXXIX (2005)
- S.C.J de Mendoza, Sala 2da, “F.C/Roldan Cajal, Cristian Saúl s/casación” (2012)
- Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil. Mar del Plata, Buenos Aires. “S., S. D. y H., J. E. s/homicidio (art. 79 CP) -v. B.- y homicidio en grado de tentativa (arts. 42 y 79 CP) -víctima: T. R.-" Id SAIJ: FA10010000 (2010)