



ABOGACIA

TRABAJO FINAL DE GRADO

*La Ley 22.278 a la luz de los estándares
constitucionales y convencionales sobre niñez,
juventud y adolescencia.*

SOLEDAD MARIANA BIANCHI

D.N.I. 22.838.586

Legajo VABG0942

2019

RESUMEN

Con la reforma del año 1994 de nuestra Carta Magna, se han incorporando instrumentos internacionales de derechos humanos que han adquirido igual rango constitucional, como lo es, entre otros, la Convención de los Derechos del Niño. Argentina se ha comprometido a sancionar una nueva legislación penal juvenil acorde a los parámetros convencionales a los que ha adherido, responsabilidad que no ha cumplido hasta la actualidad.

Nuestros niños, jóvenes y adolescentes en infracción con la ley, continúan siendo juzgados conforme a la Ley 22.278 Régimen Penal de la Minoridad, vigente desde el año 1980. Lo reseñado nos lleva a analizar si la mencionada ley es conteste, o por el contrario, colisiona con la Constitución Nacional y con las demás Convenciones, Tratados y Pactos supranacionales suscriptos, respecto del menor como sujeto de derechos en base al principio del interés superior y al paradigma de protección integral.

Palabras claves: **Régimen Penal de la Minoridad – Convención de los Derechos del Niño - Menor - Interés Superior - Protección Integral**

ABSTRACT

With the 1994 reform of our Constitution, international human rights instruments have been incorporated that have acquired equal constitutional status, as is, among others, the Convention on the Rights of the Child. Argentina has committed to sanctioning a new juvenile criminal legislation in accordance with the conventional parameters to which it has adhered, a responsibility that has not been fulfilled until now.

Our children, youth and adolescents in violation of the law, continue to be tried according to Law 22,278 Criminal Regime of Minority, in force since 1980. The above leads us to analyze whether the aforementioned law is answered, or on the contrary, collides with the National Constitution and with the other conventions, treaties and supranational agreements signed, with respect to the minor as a subject of rights based on the principle of superior interest and the paradigm of integral protection.

Keywords: Criminal Regime of Minority – Convention on the Rights of de Child - Minor - Higher Interest - Integral Protection

INDICE

INTRODUCCIÓN.....1

CAPÍTULO I: EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS DENTRO LA NORMATIVA NACIONAL

1. Introducción.....5
2. Definición de Niño.....5
3. Evolución de la ley penal de menores en el país.....6
4. Conclusión.....15

CAPÍTULO II: EL MENOR EN INFRACCION CON LA LEY

1. Introducción.....16
2. Criterio de imputabilidad – Ley 22.272.....16
3. Proceso tutelar previo a la condena o a la absolución.....21
4. Conclusión.....23

CAPÍTULO III: EL MENOR BAJO LOS PARAMETROS CONVENCIONALES

1. Introducción.....25
2. Doctrina de la Protección Integral - Convención de los Derechos del Niño.....25
3. Reglas de Beijing.....27
4. Legislación Nacional.....31
5. Conclusión.....32

CAPÍTULO IV: ANALISIS JURISPRUDENCIAL DEL REGIMEN PENAL JUVENIL

1. Introducción.....	34
2. ¿Qué dice la Corte Suprema de la Nación?.....	34
3. ¿Qué dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos?.....	39
4. Camino hacia una nueva ley penal de la minoridad.....	41
5. Conclusión.....	43

CONCLUSION FINAL.....	45
------------------------------	-----------

Anexo I.....	49
---------------------	-----------

LISTADO DE REFERENCIAS

Doctrina.....	51
Jurisprudencia.....	53
Legislación.....	53

INTRODUCCIÓN

Andrea Pérez, al tratar de identificar los inconvenientes que posee el tratamiento del niño como infractor a la ley penal, señaló:

La vigencia de normas dictadas durante los gobiernos de facto, la posterior incorporación de los tratados internacionales al rango constitucional y la modificación de disposiciones legales realizadas en forma aislada, entre otras cosas, se traducen en un sistema con engranajes que no funcionan correctamente, en tanto su contenido se superpone y contradice (Pérez, 2015, p. 141-151).

En la evolución del mundo y de la sociedad, parece adecuado que las leyes vayan acompañando a las nuevas formas de vivir y a no soslayar el terreno ganado por la defensa de los derechos humanos en todas sus vetas, para todas las personas y con un plus de garantías en las cuestiones inherentes a los menores de edad.

Si bien entre doctrina y jurisprudencia, se han dado grandes pasos con respecto a la implementación de los mandatos constitucionales, es también muy cierto que los jueces no pueden apartarse de una ley interna, de fondo, que no ha sido derogada. Existe un gran dilema entre el control constitucional difuso que opera en nuestro país y por el cual la Corte Suprema de Justicia tiene la última palabra del caso en concreto, del cual ha echado mano tantas veces como también al recurso de afirmar que no es procedente la vía pretoriana, exhortando al Poder Legislativo a adecuar la ley interna a los parámetros constitucionales.

Cabe preguntarnos entonces: ¿Bajo qué argumentos o razones la Ley 22.278 Régimen Penal de la Minoridad sin modificaciones cumple los estándares constitucionales y convencionales vinculados a la protección del menor en conflicto con ley penal? No es caprichosa la cuestión, debido a que no se ha creado aún en forma sistematizada y congruente a los preceptos vinculantes que emanan principalmente de la Convención de los Derechos del Niño, una adecuación exclusiva que regule la ley penal de la minoridad.

En una secuencia lógica de crecimiento institucional y dentro de la temática abordada, es inexorable la necesidad de dejar atrás al paradigma de la Situación Irregular que sustenta la ley actual mencionada, propio de un estado intervencionista, para dar vida plena al paradigma de la

Protección Integral que introduce la Constitución Nacional - conforme el Artículo 75 inciso 22¹ otorga a los tratados vigentes prevalencia a las leyes -, por el cual el estado asegure el total cumplimiento del catálogo de derechos inmanentes a quienes por su condición de menores, no han alcanzado aún el pleno desarrollo físico ni síquico. Circunstancia por la que merecen ser especialmente considerados y tratados como sujetos de derechos y no como objetos de los mismos.

Es entonces menester conciliarse con el plexo de convenciones, tratados, pactos, reglas y directrices universales que proclaman la defensa de los derechos de la minoridad, los cuales ya han sido aceptados por nuestro país. Por lo expuesto, el objetivo fundamental que persigue el presente trabajo es poner de manifiesto principalmente, las divergencias que se dan entre lo prescripto por la Ley 22.278 y los estándares mínimos fijados por la Convención de los Derechos del Niño – de aquí en adelante la Convención -.

Y en su mérito, describir la situación jurídica actual de nuestro país en torno al delito cometido por menores, además de valorar el proyecto legislativo propuesto a los fines de adecuar la ley a las exigencias internacionales y al remedio de la realidad interna. Haciendo extensiva la investigación a lo establecido por los principios convencionales de derechos humanos de menores, a los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A tales fines se utiliza el método descriptivo y la estrategia metodológica en este caso es la cualitativa, ya que tiene el propósito de ofrecer argumentos sobre el tema planteado, los problemas que se advierten y las soluciones que emergen de las

¹ Artículo 75 inciso 22. CONSTITUCION NACIONAL: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

distintas normativas internacionales, de la evolución jurisprudencial y doctrinal y de proyectos locales. Se utilizan fuentes primarias y fuentes secundarias. Entre las primeras podemos mencionar la Ley 22.278, la Convención de los Derechos del Niño y también fallos emblemáticos como los casos “Mendoza” y “García Méndez”; recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc. Entre las segundas, elaboraciones doctrinarias contenidas en libros de autores de la talla de González del Solar J.H.; blogs de noticias, artículos de revistas especializadas en derecho como Revista de Derecho Penal y Criminología, etc. La técnica de recolección de datos radica en el análisis documental de las supra mencionadas fuentes.

El espacio temporal durante el cual se desarrolla este T.F.G. está comprendido entre el año 1980, que es cuando se promulga la Ley 22.278, sin perjuicio de evocar antecedentes de su génesis de comienzos del siglo pasado, y hasta el presente, que es cuándo justamente hay un replanteo muy sólido de los extremos invocados. En cuanto a los niveles de análisis, la investigación comprenderá el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. También se estudiarán aquellos pactos internacionales celebrados por la República Argentina que estén directamente relacionados a los derechos humanos de la minoridad.

Para ello, en el primer capítulo se pretende definir al menor (niño, joven o adolescente) conforme a los parámetros supranacionales y exponer la evolución de la ley penal argentina que rige para tal franja etaria hasta la actualidad, de forma de ubicarnos en la legislación que se irá contrastando a los fines de delimitar un campo de estudio.

En el segundo capítulo se persigue lograr un acabado entendimiento del contenido de la Ley 22.278, con el objetivo de contextualizarla conforme a las diferentes doctrinas y lineamientos que la sustentan, a la vez de ir confrontándola con los criterios convencionales.

En el tercer capítulo, se aborda al menor puramente bajo los preceptos convencionales de la Convención, analizando las Reglas de Beijing y las leyes nacionales que se han dictado en su consecuencia. La doctrina de la protección integral es caracterizada de acuerdo a los principios que la fundan, haciendo especial mención de los atributos del principio: Interés Superior.

En el cuarto capítulo se lleva a cabo un análisis jurisprudencial de casos concretos en la materia por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, a modo de contribuir a un acabado conocimiento de las cuestiones expuestas; además se complementa con un anexo por el cual se exponen los principales puntos del proyecto legislativo actual de reforma del sistema de responsabilidad penal juvenil ya ingresado al Congreso de la Nación para su debate y promesa de nueva ley. La conclusión constituye el final del trabajo, que sirve de espacio para las opiniones personales respecto de todo investigado.

CAPÍTULO I: EL NIÑO Y LA EVOLUCION DE LA LEY PENAL DE LA MINORIDAD EN EL PAIS

1. Introducción

La finalidad de este primer capítulo es definir al menor como sujeto de derechos y recorrer la legislación penal juvenil de nuestro país desde principios del siglo pasado hasta la actualidad a los fines de exponer su evolución.

2. Definición de niño

De esta forma conceptualiza la normativa internacional: “Para los efectos de la presente Convención, 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. Como así también lo afirma nuestro Código Civil y Comercial de 2015: “Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.”³

Más allá de la acepción – niño, menor, joven o adolescente - que se les otorgue a las personas a partir del nacimiento y hasta tanto no hayan cumplido los 18 años de edad; la concepción de la niñez y la adolescencia viene acompañada de la garantía de que las medidas que se tomen con respecto a ellas sean las más convenientes para su persona en cuanto a su desarrollo físico, espiritual, mental y psicológico. Éste es el espíritu del Código Civil y Comercial, legado de la Convención, que innova admitiendo la atribución de la autonomía progresiva, que revela que los niños son los que deben ejercer sus derechos de acuerdo a su edad y grado de madurez, lo que en consecuencia deriva en el derecho a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte⁴.

² Artículo 1 CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

³ Artículo 25 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

⁴ Artículo 26 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad

Para el gran autor y juez penal juvenil cordobés, González del Solar (1995), la infancia, como la adolescencia, son períodos de enriquecimiento del ser, a condición de que transcurran en circunstancias de normalidad, de ajuste a la misma razón de su existir, y de las vivencias que el ser humano recoge en ellas resultan decisivas para su porvenir. Por eso es que el trato debe ser tan cuidadoso en cuanto al respeto de sus derechos, sobremanera en lo atinente a cuestiones relacionadas con el delito, cumpliendo con los principios que se imponen constitucionalmente y que iremos analizando a través de los siguientes capítulos.

3. Evolución de la ley penal de menores en el país

A continuación se desarrollan en forma cronológica las normas más significativas del derecho penal de la minoridad nacional, a saber:

- 1) Ley 10.903 - Patronato de Menores (1919)
- 2) Código Penal (1921)
- 3) Ley 14.394 - Modificaciones al régimen de los menores y de la familia (1954)
- 4) Ley 21.338 - Nuevas reformas al Código Penal y carcelarias (1976)
- 5) Ley 22.278 - Régimen Penal de la Minoridad (1980)
- 6) Modificación del Régimen Penal de Menores (1983)
- 7) Constitución Nacional (1994)
- 8) Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (2005)

física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

9) Ley 9.944 - Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Provincia de Córdoba (2011).

1) La sanción de esta ley, conocida también como “Ley Agote”, fue producto de varios factores, entre los cuales se podrían mencionar la duplicación de la población por la inmigración y la contemporaneidad de un régimen político totalmente antidemocrático en connivencia con algunos sectores de la iglesia católica, que en detrimento de los derechos del niño, fuera la solución para reprimir los reclamos de miles de familias enteras - cada una integrada por muchos hijos menores -, que salieran a la calle a manifestarse sobre las pésimas condiciones económicas, laborales y habitacionales que sufría esta clase trabajadora. Es correlato de la siguiente descripción social:

El fuerte surgimiento de agrupaciones de colectividades extranjeras y de grupos políticos contestatarios que defendían ideales libertarios y demandas de reivindicación social, delineaban para las clases populares un proyecto de sociedad alternativo. De allí provenían, los niños y las niñas que invadían los espacios públicos y que eran vistos como un peligro potencial para las clases dominantes de la Argentina conservadora. El crecimiento de la conflictividad social se incrementó violentamente desde 1917 y tuvo su apogeo en 1919, año en la que fue promulgada Ley de Patronato de Menores. (...) Por lo tanto se puede inferir que dicha ley se presenta como una posible solución al problema que significaba ese alto porcentaje de niños y niñas que estaban en abandono material o en peligro moral. Por medio de la ley se los protegía de los males que se suponía acarrearía su origen, sin tener en cuenta que era la misma sociedad quien los producía (De la Iglesia, Velázquez, Piekarz, 2008).

El recurso consistió en la suspensión de los derechos de los padres al ejercicio de la patria potestad para ser delegada a la figura del juez quien tomaba las medidas, este ejercicio se realizó a través de la derivación de niños y niñas a organizaciones que expresaban que sus fines consistían en la resocialización y la reeducación.

Sin lugar a dudas receptaba el modelo tutelar, es decir, la posibilidad de avanzar, no sólo sobre los niños que resultaran autores de delitos, sino fundamentalmente sobre aquellos que se encontraran en situación de desamparo. Para lo cual sostenía su mentor, el Dr. Luis Agote, que el

estado tenía el derecho de secuestrar a los menores cuya conducta fuera manifiestamente antisocial, peligrosa, antes de que cometieran delito, ya que en ello no había restricción de libertad civil, atento que el menor no la tenía y sólo se trataría de sustituir la patria potestad por la tutela del Estado (Mcgee Deutsch, 2003).

Cabe aclarar que para la época, una conducta antisocial era considerada el mero encontrarse en la calle reunidos los niños jugando, como síndrome de vagabundez y peligro para la sociedad. Así lo reflejaba su articulado:

Los jueces (...) ante quienes comparezca una persona menor de 18 años, acusado 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. (...) 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.⁵

Los mismos jueces, cuando sobresean 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.⁶

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

⁵ Artículo 14 Ley de Patronato de Menores

⁶ Artículo 15 Ley de Patronato de Menores

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.⁷

Ante lo expuesto se advierte la amplia discrecionalidad del Estado, que con un criterio ambiguo, daba igual tratamiento a los menores de edad que cometían un hecho delictivo o que se encontraban en estado de abandono, lo que encuadra en lo que se define como doctrina de la situación irregular.

2) En la historicidad de la regulación de la edad de punibilidad, antes de la sanción de este código, la punibilidad regía con una edad de inimputabilidad absoluta (menores de 10 años), una edad de transición en la cual se penalizaba sólo si se acreditaba discernimiento (de 10 a 15 años) y la punibilidad plena a partir de los 16 años (Soler, 1970). El código penal argentino promulgado en 1921 y puesto en vigencia al siguiente año, borró el sistema de transición punible conforme al discernimiento aunque reconfirmó el modelo del patronato que contenía prescripciones de carácter proteccionista, agregando el de punitivo, motivado en fijar una barrera de política criminal basada en las consecuencias del sistema penal sobre las personas menores de 18 años de edad, para entonces fijar una edad de transición entre la no punibilidad absoluta a los 14 años y el establecimiento de medidas educativas y precaucionales.

Diseñando entonces, un sistema en el que se excluía de pena al menor de catorce años, habiendo previsto la entrega a sus padres, tutores o guardadores; a menos que ello resultara peligroso de acuerdo a la causa y a las condiciones personales de los nombrados, caso éste que podría desenlazarse en una internación en un instituto correccional hasta los veintiún años inclusive si la persona revistiera condiciones de perversión o peligrosidad.

Para los menores de edad que tuviesen más de catorce y menos de dieciocho años, conforme a la entidad de los delitos cometidos, si la pena fuera dar lugar a la condena de ejecución condicional, correspondía entregar al menor a sus padres, tutores o encargados, a menos que resultara peligroso y se dispusiera su internación como se expuso precedentemente; en cambio si la pena correspondiente fuere mayor, el tribunal quedaba facultado para reducirla en la forma prevista para la tentativa (González del Solar, 1995). Sin lugar a dudas, en la letra de

⁷ Artículo 21 Ley de Patronato de Menores

su articulado, este Código dejaba instaurada la doctrina de la peligrosidad y nada más instituyó una suba en la edad imputable.

3) A través del dictado de esta ley, también llamada “ómnibus”, amén de la cantidad de materias que regulaba, se derogaron los artículos contemplados en el Código Penal referidos a la responsabilidad penal de menores, sustituyendo el criterio punitivo por el tutivo, pero con claros estigmas de derecho penal de autor, puesto que a los efectos de privarlo de su libertad, debía evaluarse primordialmente la personalidad del joven y en segundo plano su responsabilidad.

La norma recibió la influencia del movimiento de despenalización de los menores, como consecuencia, la idea que primó, fue la de sustraerlos del Código Penal para ser sometidos a un régimen especial, otorgándole un tamiz de especificidad, destinándolos cuando correspondiera, a establecimientos asistenciales y educacionales (González del Solar, 1995).

Resumiendo las principales modificaciones que impuso esta ley, según los Dres. González del Solar (1995) y Fellini (2009), se citan las siguientes: 1) elevación del límite de imputabilidad a los 16 años; 2) la sustitución del criterio punitivo por el tutelar, para tratar al menor delincuente no vulgarmente sino como pupilo del estado; 3) una imputabilidad relativa para la franja etaria de 16 a 18 años: imputables no sometidos a proceso penal cuando la pena correspondiente fuere multa, inhabilitación, respectiva a delitos de acción privada o privativa de la libertad que no excediese de un año; e imputables sometidos a proceso penal cuando la pena correspondiente fuera mayor a un año; 4) la obligatoriedad del examen integral del medio y de la personalidad del menor; 5) la ejecución diferencial según los resultados de ese examen; 6) la obligatoriedad del examen mental en ciertos casos; 7) la computación optativa para el juzgador de la reincidencia, para cuando nuevamente delinquiera después de los dieciocho años de edad; y 8) para aplicarles pena era necesario, por lo menos, un año de internación u otro tratamiento tutelar.

4) En pleno gobierno de facto, tuvo su origen esta ley que modificó el Código Penal y parcialmente la ley 14.394 en materia de menores de edad. Adujo el gobierno de la época la necesidad de la innovación en función de “ (...) la más temprana edad en que los niños acceden a

los vehículos del aprendizaje han tenido por consecuencia la adquisición de una más pronta capacidad de discriminación y dirección” (González del Solar, 1995).

Lo cierto fue, que la innegable parte negra de nuestra reciente historia nos recuerda la época de criminalidad desatada por la guerrilla, verdadero motivo del dictado de una norma más inclusiva en cuanto a la población imputable, ya que los más jóvenes eran considerados peligrosos para el estado. “ (...) la minoridad quedó expuesta desde los 14 años a la pena de muerte, conminada para numerosos ilícitos frecuentes en un estado de conmoción interior que importaba falta de seguridad y desasosiego extremo” (González del Solar, 1995).

El cambio redundó en que, el sistema que fijara la ley 14.394, que había ubicado el régimen de imputabilidad a partir de los 16 años, estableciendo un tratamiento especial para quienes entre ese tope y los 18 años delinquieran, retrotrajo tales edades a 14 y 16 años, respectivamente. Así, la inimputabilidad absoluta era a los 14 años, entre los 14 y los 16 se encontraba la imputabilidad relativa, y desde los 16 años había plena responsabilidad penal, es decir, igualado a un adulto. Sin embargo, el sistema de ejecución penal especial abarcaba hasta los 21 años, edad en que se obtenía la mayoría. Cabe señalar que lo más gravoso fue que, a raíz de que la ley 14.394 no preveía exenciones, los menores a partir de los 14 años, quedaron expuestos a la pena de muerte.

5) Aún durante el régimen de facto, pero con ideas reconciliadoras entre los distintos sectores de la sociedad, no obstante consecuente con la ideología imperante en nuestro país, fue sancionada y promulgada esta ley, la que suscribió fundamentalmente a la concepción de la ley 14.394. Es decir que, si bien mantuvo los 14 años como punto de partida para el sometimiento al proceso, extendió la posibilidad de no imposición de pena a través del tratamiento tutelar hasta los 18 años. Desde el punto de vista reflexivo de la autora:

A través de esta doctrina jurídica, que en la realidad tenía poco de doctrina y nada de jurídica, los jueces podían declarar en situación de irregular (y por ende objeto explícito de cualquier tipo de disposición estatal) al niño o adolescente que enfrentaba dificultades –nunca taxativamente definidas– independientemente que las misma puedan (ej. adolescente infractor) o no (ej. niño víctima de abusos o malos tratos) ser atribuidas a su voluntad. (Beloff, 1999, p.13,)

Esta norma, con algunas modificaciones, ha regulado el régimen penal de los menores en nuestro país hasta el presente y se la reconoce como una normativa complementaria del Código Penal, ya que no contiene un catálogo propio de infracciones susceptibles de ser cometidas por menores de edad, sino que se remite, combinando lo tuitivo y punitivo a la aplicación específica del Código Penal (González del Solar, 1995).

6) Con la sanción de esta norma se modificó el régimen de punibilidad de menores sometidos a proceso regresándose a las fuentes, esto es, al régimen de la ley 14.394, vale decir: inimputabilidad absoluta hasta los 16 años y a partir de allí y hasta los 18 años; procesamiento y tratamiento en miras al posible “perdón” con la única variante que mientras el sistema originario preveía la no punición para la franja entre 16 años y 18 años en caso de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no excediera de 1 año, con multa o inhabilitación; la modificatoria la eleva, hasta el presente, a 2 años, abrazando en tal sentido el criterio que introdujo la ley 22.278, tal como lo explica Martínez Vivot (1983). Esta fue la reforma más significativa que sufrió la Ley 22.278 desde su nacimiento.

7) Es en el año 1989, con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que comienza a introducirse en nuestro país el paradigma de la Protección Integral, propiciado por organismos internacionales como las Naciones Unidas y UNICEF. Seis años después, dicha Convención fue incorporada a nuestra Constitución Nacional, adquiriendo a partir de ese momento jerarquía constitucional. Así lo define el constitucionalista Bidart Campos (2006, p.56): “Puede hablarse de un nuevo sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que abreva en dos fuentes: la nacional y la internacional. Sus normas, no se anulan entre sí ni se neutralizan entre sí, sino que se retroalimentan formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía”.

La Supremacía de la Constitución⁸ radica en el concepto de norma fundamental reguladora de la creación del derecho y acierta que el orden jurídico del Estado debe estar subordinado a ella y que su cometido es dotar de justificación política y legitimación formal a

⁸ Artículo 31 C.N.: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

todas las demás normas jurídicas, velando en su cumplimiento a través del mecanismo del control constitucional⁹ de las disposiciones inferiores a la ley base, como así también atribuir a la Corte Suprema de la Nación la tarea de ser la última instancia del ejercicio de tal control (Gelli, 2008). No obstante la supremacía en sentido estricto ya no se identifica sólo con la C.N., sino también con los referidos once Tratados de Derechos Humanos que forman parte del art. 75 supra citado que cobijan implícitamente los derechos de los menores.

8) Recién en septiembre del año 2005, el Congreso Nacional sanciona esta ley que deroga la Ley de Patronato de Menores, vigente desde 1919. Esta norma representa un punto de inflexión en la forma de concebir a la infancia y su relación con el Estado, con la familia y la comunidad. Al respecto se expone Félix Alejandro Martínez (2006, p.195):

La creación de un órgano administrativo para tomar intervención inmediata en los casos en que el derecho de un niño, niña o adolescente se encuentre vulnerado, es necesaria y tiende no sólo a la prevención sino al restablecimiento de los derechos vulnerados. El fundamento de la norma es evitar la judicialización de situaciones en las cuales no aparece necesaria dicha intervención, la que debe ser excepcional, pudiendo estigmatizar innecesariamente al menor.

En consecuencia, lo más valioso de su contenido se encuentra plasmado en la diferencia que se hace en cuanto a la situación de carencia del menor, a lo que se responde con las medidas de protección¹⁰ que habilita la asistencia estatal; y a las de conflicto¹¹, para la que opera la tutela

⁹ Artículo 116 C.N.: Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

¹⁰ Artículo 33 Ley 26.061: MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS. Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente. La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.

estatal mediante las medidas excepcionales (Martínez, 2006). Además deja sentado que el procedimiento que se deberá llevar a cabo en la intervención judicial necesaria, será determinado por la ley provincial correspondiente.

9) Es la norma que reglamenta la aplicación de la legislación nacional en el territorio provincial. “Tiene por objeto promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los menores de edad en el territorio provincial (...)” (González del Solar, 2013, p.25).

La presente acoge a un modelo administrativo, que tiende a la atención universal de la niñez entera para la promoción y protección de sus derechos fundamentales. Así, la Secretaria de la Niñez, Adolescencia y Familia (Se.N.A.F.) se convirtió en el órgano administrativo del Poder Ejecutivo Provincial, encargado de la implementación de políticas públicas dirigidas a niños, niñas y adolescentes funcionando en coordinación con los juzgados penales juveniles.

2.4. Conclusión del capítulo

La relación que existe en nuestro país entre el sistema de reprochabilidad ante una infracción a la ley penal por parte de un menor y la respuesta brindada por el Estado en esos casos es sumamente compleja. Las reformas jurídicas que se sucedieron podrían agruparse en dos amplios momentos: una primera etapa que comienza en 1919 introduciendo la especificidad del derecho de menores y creando un nuevo tipo de institucionalidad, la justicia de menores y una segunda etapa que comienza a partir de la década del noventa y que continúa abierta. Al respecto coexisten realidades que revelan que: en la práctica, puede describirse la situación como "sin reglas", posibilitando de esa manera todo tipo de abusos y arbitrariedades; pero que también en virtud de la evolución de leyes referidas, observamos el cambio de paradigmas en cada una de ellas, debido al cambio de la función del Estado, viendo al niño transitando sobre su rol de espectador, al tiempo de llegar a ser protagonista de sus derechos.

¹¹ Artículo 39 Ley 26.061: MEDIDAS EXCEPCIONALES. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

De todos modos esta nueva institucionalidad, aún embrionaria, desafía a las instituciones involucradas creadas y por crearse, en estos procesos de cambio, como así también a los actores que en ellas se desempeñan, ya que implica desaprender modelos de acción ya instituidos para darle paso.

CAPITULO II: EL MENOR EN INFRACCIÓN CON LA LEY

1. Introducción

Este capítulo pretende analizar el contenido de la Ley 22.278 en pos de contextualizarla conforme a las diferentes doctrinas y lineamientos que la sustentan, con la pretensión de ir perfilando un parangón entre sus preceptos y los que instituyen las normas convencionales.

2. Criterio de imputabilidad conforme la legislación vigente – Ley 22.278

“No es punible el menor que no haya cumplido DIECISEIS (16) años de edad (...)”¹². Como se puede observar, se establece una carencia de punibilidad total respecto de los niños que estén por debajo de los dieciséis años al momento de cometer un ilícito. Esto viene a significar, que no se los puede someter a un proceso judicial penal, ni les es posible la aplicación de una pena de las establecidas en el Código Penal vigente, debido a la presunción legal iure et de iure de incapacidad. Es decir, que no es necesario comprobar su incapacidad, ya que es absoluta para esta materia hasta esa edad. Por cuanto impedir la libertad por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir dieciséis años de edad, es manifiestamente ilegítimo, ya que no obedece a una prisión preventiva ni a una condena firme, y vulnera los principios de legalidad penal, culpabilidad, inocencia y el derecho a juicio previo.

A primera vista, esta primera clasificación podría generar una primera impresión favorable, dando la apariencia de ser una normativa coherente con los postulados liberales del derecho penal adecuados a la Constitución Nacional, lo cierto es que esta apreciación queda disipada tristemente con la lectura de las restantes normas del decreto ley.

“ (...)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 (...)”¹³. La ley también exime de responsabilidad penal a los menores por este tipo de delitos, ya que prefiere preservarles la integridad justificando su accionar adolescente propio de torpezas que provocan hechos de una entidad de poca trascendencia social, reduciendo el ámbito material de intervención jurisdiccional. Esto se da, por ejemplo, cuando

¹² Artículo 1 Ley 22.278

¹³ Artículo 1 Ley 22.278

cometen faltas o contravenciones que en ningún caso excedan los dos (2) años de prisión, lesiones leves, exhibiciones obscenas, amenazas, delitos contra la libertad de reunión, delitos contra la libertad de prensa, violación de domicilio, hurto, daño, entre otras, sin mencionar los tipos contemplados en las leyes complementarias (Crivelli, 2008).

Verbigracia, el mismo Código Civil ha atribuido una autonomía progresiva al menor, conforme a su madurez, a su entorno, a su conformación familiar, a su educación y a su nivel socioeconómico. Entonces se torna muy controvertida la cuestión de los menores infractores no punibles al valorar la opinión pública, el proyecto gubernamental actual que propone una baja del piso de edad y lo que mandan las normas convencionales y constitucionales, sin dejar de mencionar la amplia discrecionalidad reservada a los jueces para evaluar la disposición de un menor, aunque fuera no punible, de la se expondrá más adelante.

Parafraseando a Crivelli (2008), puede decirse que la sociedad reclama un sistema de derecho penal juvenil contrario a mínimo y garantista, máximo como el que nos rige actualmente con la diferencia de un reclamo en la baja de la edad, por cierto, de ningún modo compatible con un Estado democrático de derecho.

Al respecto Justo Laje Anaya (2002) cuestiona diciendo, que más bien pareciera que nuestra ley peca por exceso porque no es de sentido común que la ley presuma o presuponga que todos los comprendidos hasta el límite de dieciséis años son incapaces y entonces ajenos a la imputación subjetiva. La ley ha contrariado lo que aconseja y se ha convertido en un factor criminógeno porque hasta se podría decir que estimula a cometer delitos a quienes por ser sanos de mente, y por ello poder saber y querer, saben que la ley y los jueces declararán su irresponsabilidad y proclamarán su falta de culpabilidad. Continuando con el análisis:

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de

conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.¹⁴

En la hermenéutica de este último párrafo del primer artículo del Régimen Penal de la Minoridad, se entiende que si el juez lo considera necesario, podrá ordenar que se ponga al menor en un lugar adecuado -instituto de menores o reformatorio- para su mejor estudio, durante el plazo indispensable que ello demande, para luego disponer definitivamente de él, si de los estudios realizados sobre su persona resulte que se halla desamparado, corriendo algún tipo de peligro o se constate que tiene serios problemas de conducta .

He aquí que se suscita una grave complicación proveniente de la amplitud de la norma para marcar el desempeño de la autoridad judicial a los fines resolver el problema. En primer lugar no logra distinguir entre la atención de situaciones de desprotección, desamparo o abandono y la persecución y juzgamiento de hechos calificados como delitos por la ley penal. En segundo lugar permite privar de la libertad a un menor haciendo uso de las herramientas procesales y de fondo que la autorizan. Se observa entonces, un juez protagonista y un menor destinatario, sobreviviendo en plena legitimidad la figura del primero como buen padre de familia que decide sobre las medidas más adecuadas para la tutela del menor en conflicto con la ley, que no necesariamente crea una identidad de acción con lo anticipa el Preámbulo de la Convención: “ (...) el Niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal (...) ”.

Al contrario, lo que hoy se prevé, es un marco de garantías para todos los interesados, en el que el juez de menores tome conocimiento del supuesto en que habría una situación de conflicto concerniente al menor de edad, pero que las medidas a tomar para resolver la causa esté lo menos emparentada con el encierro de aquel.¹⁵ De todas maneras la necesidad de reglamentar “ (...) durante el período más breve posible (...) ” del art. 37 de la Convención deviene prioritaria en la letra de una nueva ley, a modo de neutralizar los efectos de la arbitrariedad y de otorgar seguridad jurídica a los actores del conflicto. En igual orden de ideas, Cecilia López (2012)

¹⁴ Artículo 1 Ley 22.278

¹⁵ Artículo 37 Convención de los Derechos del Niño: Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

manifiesta que la doctrina sostiene dos posibles interpretaciones al texto de este artículo: La primera, que la alocución "por el tiempo más breve que proceda" se dirige a las autoridades encargadas de aplicar una sanción a un joven para que, en el caso concreto, tengan en cuenta que si se trata de una medida restrictiva de la libertad ambulatoria, ésta debe ser la mínima manifestación temporal que pueda proceder en el andamiaje normativo, y la segunda se direcciona al ámbito del Poder Legislativo, a los fines de la determinación legal de las sanciones penales para los hechos tipificados como delitos, debiendo existir en la norma plazos máximos de privación de la libertad además de la prohibición de condenas perpetuas; en consecuencia, resultando inconstitucional la ley 22.278, ya que no contiene dicha limitación. Continuando en el análisis del articulado de la ley bajo estudio:

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

Aquí la ley fija la franja etaria a partir de la cual un menor se convierte en imputable. Refiere a una imputabilidad relativa, en cuanto participare en la comisión de cualquier otro delito tipificado por la normativa penal vigente distinto a los exceptuados en el primer artículo de la norma.

Nuevamente se advierte que la norma habilita legalmente al juez a disponer del menor que es considerado por sus características personales, familiares y sociales a ser propenso a tener conductas antisociales que deriven en delitos. Básicamente, alude a la aplicación de un derecho penal de autor, disponiendo del menor provisoriamente, como si ya estuviese cumpliendo una condena por un hecho que aún no se le ha endilgado en forma comprobada.

¹⁶ Artículo 2 Ley 22.278

Luego, más allá del delito cometido o no cometido, igualmente da poder al juez para encerrarlo, apartarlo de su familia y de la sociedad, por el sólo hecho de que se encuentre desprotegido o su actuar fuera transgresor. Si la internación convalidada por la ley es la solución por excelencia hasta convertirse en la regla, ¿cómo se compatibiliza con el principio constitucional de que la privación de la libertad funciona como último recurso? Es fácil inferir que ante una realidad conflictiva en la que sea parte un niño, como lo define la Convención, es muy baja la probabilidad que tiene, por las facultades que la ley confiere al juez de la causa, de que no se lo prive de la libertad si pertenece a un sector de la sociedad en el que su niñez no se condiga con el normal y habitual curso de esta etapa de la vida, en aceptable armonía con los derechos que le pertenecen. A contrario sensu dispone la normativa convencional:

Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 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 al internamiento 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.”¹⁷

A su servicio, dentro de las medidas provisorias que prescribe el art. 87 de la Ley 9944 en el ámbito provincial cordobés para el fuero Penal Juvenil, el juez puede disponer provisoriamente de un menor en conflicto con la ley penal durante la investigación preparatoria, hasta su disposición definitiva trazando una progresividad directamente relacionada con la situación actual del niño o adolescente que se proyecta a partir de la modalidad del hecho, de sus antecedentes, del contacto directo con el menor y sus guardadores; con lo cual podrá disponer provisoriamente, en interés de la niña, niño o adolescente, de manera progresiva: a) Su mantenimiento en el medio familiar o su cuidado bajo la guarda a un tercero cuando se satisfagan ciertos requisitos; b) La sujeción de la guarda a un régimen de libertad asistida; c) Su atención integral a través de programas, proyectos o centros de protección integral cuando la niña, niño o adolescente careciera de familia o de terceros en condiciones de cumplir eficientemente la

¹⁷ Artículo 40 Convención de los Derechos del Niño

guarda y apoyar la libertad asistida; d) La atención de la especial problemática de salud o de adicciones que pudiere presentar y e) Su atención integral y excepcional en un establecimiento cuyo régimen incluya medidas que impidan la externación por su sola voluntad una vez evaluada fehacientemente la ineficacia de las alternativas previstas precedentemente.

El problema se visualiza cuando el menor desamparado ha cometido a su vez un delito penal, lo cual no es poco usual, por cierto, en nuestro país. En tal caso, debería ser entregado a sus guardadores con los requisitos y condiciones de ley, previo contacto directo y audiencia con el tribunal que lleve a fundar tal decisión basada en su mismo interés superior si de esa forma se lo puede asegurar, a no ser que no existan familiares o guardadores o responsables de dichos menores que pudieran hacerse cargo. Entonces la Se.N.A.F deposita su acción de prevención en el tribunal, no teniendo otra opción el Juez Penal Juvenil, al menos normativa y prácticamente, que disponer provisoriamente del joven en un instituto carcelario hasta que alguien pueda garantizar que en libertad no se conculcarán otros derechos, que la ley presume más valiosos que la libertad ambulatoria. En tal caso cualquier decisión que se tome produce un mal, el dilema es ¿Cárcel o Calle? (Papa, Rustán, 2018).

De todas maneras los lineamientos de la Convención se pregonan muy laxos en su puesta en práctica, y no siempre de su lectura se entienden compatibles, como por ejemplo la responsabilidad penal del menor infractor que emerge del inc.1 del artículo supra citado con el principio del Interés Superior del Niño que irroga la misma norma. La noción cuántica y cualitativa de hasta dónde sancionar y desde cuándo y cómo sancionar, asimismo la naturaleza y la intensidad del castigo, y las medidas alternativas al mismo; todo queda al libre albedrío de los países firmantes de la Convención. Un poco en la “misma vereda” y un poco en la de “enfrente”, el autor se explaya de acuerdo a sus reflexiones:

¿Pueden los menores ser condenados por haber cometido un delito cuando no han cumplido dieciocho años? Tres son las fuentes jurídicas que no impiden que ello ciertamente pueda ocurrir. La primera es la Constitución Nacional que no contiene ninguna regla para impedir que a un menor de edad le pueda ser impuesta una pena. La segunda es el Convenio del Niño, que sólo se ocupa de recomendar a cada Estado adherente que fije límites de capacidad imputativa a partir de una determinada edad (art. 40). Y la tercera es el Convenio de Costa Rica que sólo prohíbe aplicar la pena de muerte a los menores de dieciocho años (art.

20). El desafío consiste en idear un régimen de responsabilidad penal de menores que concilie tales preceptos convirtiéndolos en un conjunto de garantías que limiten el poder punitivo del Estado, aseguren los derechos del niño y de la sociedad en su conjunto. (Laje Anaya, 2002, p. 545)

3. Proceso tutelar previo a la condena o a la absolución

“La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: 1º Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales (...)”¹⁸ El primer requisito que anuncia la norma deja entrever una suspensión de imposición de condena, ya que el juez por disposición fundada, emite un veredicto de culpabilidad, y “guarda en el cajón” la sentencia de condena a la espera de los resultados positivos o negativos del tratamiento tutelar. Se denomina a este mecanismo cesura de juicio o diferimiento de pena.

Esta etapa tutelar, en su razón de ser la comprobación del estado de abandono o riesgo, material o moral en que pueda encontrarse el menor, es donde el juez decide todo lo relacionado a la restricción de derechos del sometido a proceso, incluida la libertad, sin necesidad de que dicha medida guarde relación con lo acontecido en el proceso penal, hasta puede extenderse la internación, aún cuando el imputado haya sido sobreseído. Al respecto critica el modelo la Dra. Mary Beloff expresando:

El sistema que se aplica en Argentina, combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal. En otras palabras: no protege sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos, porque la intervención estatal sobre menores imputados de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de argumentos represivo-sancionatorios, propios del derecho penal liberal. (Beloff, 2005, p. 102)

Se fundamenta su opinión en que precisamente la justicia del caso se vale más de los atributos personales del autor que el de la culpabilidad del acto llevado a cabo, imponiendo una tutela que no pertenece al estado de derecho, de democracia, del que gozamos actualmente, en consecuencia irrespetando la máxima constitucional que contiene el principio de reserva:

¹⁸ Artículo 4 Ley 22.278

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.¹⁹

Porque no sólo es justificable la supremacía de la Constitución Nacional sobre las leyes internas conforme en este caso, a la Convención, que es de dónde derivan las innovaciones del derecho aplicable a los niños, sino que antes de su incorporación, nuestra ley suprema primigenia era autosuficiente porque dado su carácter fundamental y fundacional, sus cimientos son legítimos al devenir de un largo proceso de consolidación de valores comunitarios que no deben ser contrariados por las intenciones contenidas en una norma nacional que de ninguna manera es legítima en cuanto a su existencia jurídica respecto de su validez formal y material (Castorina de Tarquini, 1995). Como es de público conocimiento, formalmente no es una ley propiamente dicha sino que es un “decreto ley” y si de su materialidad nos referimos, la inconstitucionalidad puede probarse simplemente confrontándola con el artículo antes transcripto revelándose cada vez más notoria a la luz de los preceptos convencionales.

El segundo requisito es el siguiente: “2° Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad”.²⁰ La ley proclama esta condición mientras se continúa con el tratamiento especial que importan las medidas tutelares, que se adoptan en base a la eventual peligrosidad y situación familiar del encausado. A partir de esta edad el juez debe dictar una segunda resolución: confirmatoria de la que motivó el encierro o bien, absolutoria de los cargos atribuidos. Este mecanismo consistente en apartarlo de la sociedad hasta alcanzada la mayoría de edad, conocido como la doctrina de la Situación Irregular, tiene sus fuentes en la concepción de la idea de un estado paternalista, que habilita la intervención de sus órganos judiciales bajo el argumento de protección mediante mecanismos de tutela dirigidos a resocializarlo.

Y por último: 3° Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.²¹ Son doce meses como mínimo de cumplimiento de esta imposición coercitiva. Se entiende entonces que puede el

¹⁹ Artículo 19 Constitución Nacional

²⁰ Artículo 4 Ley 22.278

²¹ Artículo 4 Ley 22.278

imputado haber alcanzado la mayoría de edad mucho antes de que se cumpla el plazo antes mencionado, a la espera de la segunda y definitiva sentencia.

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 segundo.²²

Es de fácil comprensión la última parte de la norma, llamada “del perdón”, debido a la posibilidad de que luego de transcurrido el proceso tutelar con resultados positivos; como ser, buena conducta, no reincidencia, informes psicológicos favorables, buena impresión del juez, etc.; tenga lugar una factible exención de pena o bien una disminución en la cuantía en su equivalente a la tentativa, para el delito que hubiere cometido cuando era menor. Como también puede suceder, de no tener la suerte de ser beneficiado con la benevolencia de la norma por no haber logrado una preparación para la potencial reinserción social futura que vaticine a priori, de las resultas de la tutela, un normal desenvolvimiento en la vida lejos de los conflictos con la ley y sea conminado a cumplir una condena de adultos, sin límites de un delito cometido durante la niñez.

Evidentemente lo mandado a hacer por el tinte tuitivo de la norma, no siempre logra su cometido, afectando gravemente los derechos humanos, y esto es, porque no toma el camino indicado por la Convención, como es:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.²³

4. Conclusión

²² Artículo 4 Ley 22.278

²³ Artículo 40 Convención de los Derechos del Niño

Conforme lo expuesto, se advierte que el sistema de atribución de responsabilidad e imposición de sanción penal que determina la ley 22.278, está construido sobre la base de la edad del autor; el tipo de delito cometido; la especie de la pena y el monto de la misma. Remite al Código Penal, a los fines de tipificar y cuantificar los delitos.

La doctrina de la situación irregular, del derecho penal de autor y de la peligrosidad, sobre las que asienta sus preceptos, encierra el grave defecto de no discernir la clase de conflicto en la que está inmerso el menor, pudiendo ser víctima o victimario del mismo, y tal confusión en la que incurre es la responsable de que se vulneren las garantías de las que debe ser destinatario todo menor de edad, más aún en una situación de vulnerabilidad, sometiéndolo a un proceso de tutela para protegerlo cuando en realidad se lo reprime mediante medidas coactivas que son típicamente punitivas.

Las normas constitucionales y convencionales exigen la configuración de un derecho penal de acto que desvalore lo que el agente hizo sin consideración a su modo de vida o su conducta moral. El sistema penal debe basarse en la culpabilidad por el hecho cometido descartando toda posibilidad de que se pueda ser culpable por defectos del carácter o por la conducción en la vida, de modo que un suceso delictivo pase a un segundo plano sin que sea la razón determinante de la consecuencia jurídica. Es comprobable que el modelo que rige nuestro régimen penal juvenil se enmarca en una concepción tutelar que sitúa al menor como objeto de derecho y no como sujeto del mismo.

CAPITULO III: EL MENOR BAJO CONSIDERACION DE LOS PARAMETROS CONVENCIONALES

1. Introducción

En el contenido de este capítulo se aborda al menor de acuerdo a cómo debe ser tratado conforme a los preceptos convencionales y las leyes nacionales que se han dictado en su consecuencia. La doctrina de la protección integral es caracterizada de acuerdo a los principios que le dan origen. Nace el concepto de Interés Superior, principio padre de la doctrina.

2. Doctrina de la Protección Integral - Convención de los Derechos del Niño

La Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infanto-juvenil. La misma incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia (García Méndez, 1994).

La aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 resultó la culminación de un progresivo proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX, ya sea desde el aspecto jurídico o social y ha significado una nueva visión al respecto, a la que igualmente se adscriben otras normas de vigencia internacional, como las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Directrices de Riad), que constituyen un punto de inflexión respecto al tratamiento que hasta ese momento se le daba al menor.

Su aplicación directa en el derecho interno, sea en materia de derechos constitucionales o de los reconocidos en la Convención, sostiene que una garantía determinada no es inaplicable por no existir aún ley que la reglamente; para algunos no se trata de una primacía entre un derecho comunitario preeminente y un derecho nacional subordinado, sino la sustitución del derecho nacional por el derecho comunitario, en los dominios en que la transferencia de

competencias ha sido operada, en lo sucesivo es la regla del derecho comunitario la que se aplica; para otros existe primacía, cualquiera sea el caso; lo cierto es que el carácter jurídico, obligatorio, imperativo e incondicionado de este derecho es indubitable (Gordillo, 2001).

En la base de este sistema se encuentran el conjunto de políticas públicas básicas, universales e integrales, necesarias para su pleno desarrollo: educación, salud, desarrollo social, cultura, recreación, juego, participación ciudadana y la garantía estatal para el pleno acceso a éstas, la prioridad en la atención y la permanencia en ellas a lo largo de todo su crecimiento (Laje, Vaca Narvaja, 2011; pag.34).

Justamente para que ese desarrollo pleno tenga vida, es que se han instaurado cuatro principios básicos de los que no puede la sociedad apartarse, ni menos que menos, las normas penales dirigidas a los menores. Como se sabe, la Convención no agota su prédica en estos únicos principios, sino que se los considera troncales de toda su extensión. 1) No discriminación: la norma lo expresa muy claramente en cuanto enuncia la protección a distintos tipos de discriminaciones o castigos según sea la condición, color de piel, actividades, procedencia, creencias²⁴; y su a su vez lo garantiza exigiendo el acceso a la educación para lograr igualdad de oportunidades²⁵. 2) Interés Superior: es el fiel reflejo del carácter integral de la intencionalidad de la Comisión. En todas las medidas que se tomen en cualquier ámbito, ya sea privado o público, administrativo o judicial, se le brindará al niño una consideración primordial a la satisfacción de sus derechos²⁶. 3) El derecho a la vida, a la supervivencia y desarrollo: dirigida esta norma a que los estados adopten medidas de aplicación que aseguren el desarrollo físico, moral, espiritual, mental, psicológico y social de los niños²⁷. 4) Ser escuchado y que sus opiniones sean tomadas en cuenta: es decir, a expresar con total libertad sobre los temas que les conciernen y que sus opiniones sean valoradas de acuerdo a la edad y la madurez²⁸. Un niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o se lo acuse o haya sido declarado culpable de haber infringido esas leyes tiene derecho a ser escuchado para que su juicio sea imparcial. Debe respetarse su silencio en la fase instructora y ser escuchado directamente por la policía, por el

²⁴ Art. 2 Convención de los Derechos del Niño

²⁵ Art. 28 Convención de los Derechos del Niño

²⁶ Art. 3 Convención de los Derechos del Niño

²⁷ Art. 6 Convención de los Derechos del Niño

²⁸ Art. 12 Convención de los Derechos del Niño

juez, por el fiscal durante el proceso. Debe ser informado de los cargos que se le atribuyen y permitirles opinión acerca de las medidas ordinarias y sustitutivas que le podrían imponerse.

3. Reglas de Beijing

En lo que al control de constitucionalidad atañe la presente investigación, se subsume a los parámetros respetables relacionados a la normativa penal juvenil. Recordando que la Convención adhiere a lo dispuesto en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); las que establecen un piso de condiciones y de prácticas que los países deben respetar para garantizar los derechos humanos de los niños o adolescentes que se enfrentan a un proceso penal²⁹.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación hace una interpretación de las Reglas de Beijing a través de un recorrido por sus normas. A continuación se expone el contenido más relevante de las mismas, haciendo alusión a los principios y derechos a los que se remite: al aplicar estas reglas no puede hacerse ninguna diferencia basada en la raza, la nacionalidad, la religión o la situación económica del menor o de su familia (principio de no discriminación).

Se debe garantizar que la sanción tenga una relación justa y humanitaria entre el delito y la pena, es decir, analizar su gravedad, por ejemplo, no tendrá igual reproche robar que vender droga; las circunstancias en las que el menor de edad cometió el delito, es decir, la conducta que tuvo el niño o adolescente antes, durante y después de lo que hizo, por ejemplo, si atropelló a una persona con un auto, ¿ayudó o abandonó a esa persona?; las condiciones personales del menor de edad, o sea, sus experiencias de vida: ¿cómo se crió?, ¿con quién?, ¿fue a la escuela?, ¿tuvo que trabajar?, etc. Todo este análisis conjunto se llama: aplicación del Principio de proporcionalidad de la pena.

En cuanto a la edad mínima de responsabilidad penal, prescribe la norma que no se debe fijar en un número demasiado bajo por la inmadurez emocional, mental e intelectual que es propia de los niños (derecho a la protección de los niños). Se prohíbe considerar la pena de

²⁹ Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño

muerte ni los castigos corporales como una pena posible (derecho a la protección contra los malos tratos).

El ingreso en las instituciones debe ser la última alternativa y por el menor tiempo posible; el castigo por cometer un delito debe ser distinto al que se aplica a adultos. Los estados deben lograr una formación permanente y especializada de todas las personas que se dediquen a la prevención de la delincuencia de menores o traten con delincuentes menores (policías, jueces, asistentes, funcionarios en general). ¿Por qué es tan importante que los Estados tengan un procedimiento penal para los menores de edad distinto al de los adultos? Porque el procedimiento penal afecta seriamente el futuro y la formación de la personalidad de los mismos. Cuanto más tiempo pase encerrado el niño o adolescente, mayores serán los problemas intelectuales y psicológicos que tendrá y más difícil será la posibilidad de reingresar bien a la sociedad.

El procedimiento penal debe considerar en primer lugar el interés del menor, tener un trámite rápido y sin demoras de ningún tipo (derecho a la razonabilidad temporal del proceso); cumplirse en un ambiente de comprensión de su situación; respetar el derecho de sus padres o del adulto que esté a su cargo de participar en las distintas partes que tiene el procedimiento; salvo que esa participación pueda perjudicar al niño o adolescente, eso sucede, por ejemplo, cuando ese adulto fue abusador; adaptarse al sexo, la edad, madurez, capacidad mental, emocional y física del menor (derecho al debido proceso).

Proteger la intimidad del niño o adolescente y evitar las publicaciones que lo identifiquen; no pueden quedar “antecedentes penales del menor de edad”, esto significa que los registros de todo el procedimiento no pueden darse a conocer (derecho a la protección de la identidad y la intimidad); tampoco pueden ser usados en procesos de adultos que tengan relación con el niño o adolescente, ni en procesos futuros en los que pueda participar (derecho a no ser considerados reincidentes en delitos menores).

Si no se puede evitar el encarcelamiento, se lo debe ubicar en lugar separado de los adultos, en establecimientos distintos o en partes separadas del mismo establecimiento. ¿Cuáles son las sanciones que se pueden aplicar, distintas al encarcelamiento? Libertad vigilada; prestar

servicios a la comunidad; sanciones económicas, devoluciones o indemnizaciones; distintos tipos de tratamientos (terapéuticos, asistenciales, acompañamientos); participación en hogares de guarda y familias transitorias, en comunidades o en establecimientos educativos. Según las Naciones Unidas, lo más recomendable es aplicarlas combinadas porque da mejores resultados, por ejemplo, libertad vigilada con tratamientos terapéuticos y actividades de servicio a la comunidad o prohibición de acercarse a la víctima del delito (por ejemplo, de un robo) y devoluciones económicas a través del personal que está a cargo del control de la conducta del menor.

Cuando las autoridades detienen a un menor, deben avisar antes que nada y en forma urgente a los padres o adultos a cargo; considerar como primera posibilidad la libertad del mismo; evitar que sufra cualquier tipo de daño (principio de inocencia y derecho a cuidados especiales). Esta obligación debe ser cumplida desde el primer contacto que se tenga con el mismo; realizar una investigación completa sobre cómo vive y su familia y las circunstancias en las que cometió el delito.

¿Qué es la remisión de casos? Es la suspensión del proceso penal; es una posibilidad exclusiva del procedimiento con menores y puede decidirse en cualquier momento del procedimiento, es a pedido del mismo o de sus padres, pero la decisión final es del juez; si nadie la pide también puede decidirla el juez y se necesita el consentimiento, o sea, que esté de acuerdo (derecho a ser escuchado).

¿Cuándo puede privarse de la libertad a un menor? Si el delito es grave y con violencia contra otra persona; si reincidió (o sea, repitió) delitos graves y no hay otra forma de sancionarlo que sea más conveniente para él y para la sociedad; debe cumplirse siempre con los requisitos de proporcionalidad de la pena y privación de la libertad por el menor tiempo posible.

¿Puede aplicarse la prisión preventiva a un menor, o sea quitarle la libertad hasta que se haga el juicio? Sí, pero como último recurso y después del fracaso de la custodia permanente; mientras está en prisión preventiva, debe recibir asistencia social, médica y psicológica según su edad, sexo y personalidad (derecho a la vida, a la supervivencia y desarrollo).

Si se priva de libertad a una niña o adolescente, ¿qué trato debe recibir?, diferente al de los varones, con mayor protección y asistencia; es obligatorio darle atención especial porque tiene problemas y necesidades que son propios de su género. Los países deben asegurar un tratamiento igualitario en educación y capacitación profesional y evitar que la niña o adolescente sufra discriminación por ser mujer (por ejemplo, se debe evitar que le den menos posibilidades de estudio que a los varones).

¿Qué objetivos debe tener el encierro de un menor? Los países sólo pueden encerrar a un menor delincuente para cuidarlo y protegerlo, porque estando libre es peligroso para él y para la sociedad; darle los tratamientos que necesite; por ejemplo, por haber consumido drogas (derecho a la salud). Que estudie y se eduque profesional y académicamente, esto significa que los países deben dar estudios superiores en las cárceles para que los adolescentes privados de su libertad no estén en desventaja en relación a los demás; ayudarlo a que se prepare para una vida en libertad, buena y productiva para él y para la sociedad (derecho a la educación).

Si se decidió el encierro del menor, ¿qué es lo primero que hay que tener en cuenta? Su libertad condicional. ¿Qué es la libertad condicional? Es un permiso de salida que se le da al menor de edad que cumple una pena en la cárcel, antes de que la cumpla totalmente y con la “condición” de que no vuelva a cometer delitos. ¿Qué diferencia hay con la libertad vigilada? La libertad vigilada es una medida de seguridad que puede darse en dos situaciones distintas, como medida sustitutiva de la prisión, o sea, es una sanción menor que se da en lugar del encarcelamiento o después de que haya estado en la cárcel, como un modo progresivo de reinserción en la sociedad. ¿En qué se parecen la libertad condicional y la libertad vigilada? Las dos dependen de una decisión de la autoridad que llevó el proceso contra el menor que cometió un delito, para tener derecho a cualquiera de las dos, debe mostrar un progreso y haber cumplido ciertas obligaciones, por ejemplo: tener buen comportamiento, haber participado en programas comunitarios, haber aprobado sus estudios.

Las Reglas de Beijing también instituyen los sistemas intermedios, que sirven para que el menor tenga una vida mejor después de la cárcel, tanto para él como para la sociedad, concerniente en asistencia post carcelaria que se hace a través de hogares educativos, centros de capacitación, programas comunitarios, establecimientos de transición y otros servicios y apoyos

que ayudan a que el menor que cometió un delito se encuentre cada vez mejor en la sociedad³⁰. Puede decirse que todo lo reseñado adscribe al principio del interés superior del niño, que implica la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías que le son reconocidos. En el derecho penal, debe ser comprendido como la vigencia de las garantías penales y procesales consagradas constitucionalmente por sobre la voluntad del juez.

4. Legislación Nacional

En estos vaivenes de afán de lograr cumplir con los mandatos de la Convención, y parafraseando a la Biblia, se ha tratado de poner remiendos nuevos a vestiduras viejas, es decir que hay un consenso amplio de máximo respeto a la niñez, no sólo considerando al menor como adulto potencial, ni como adulto en miniatura, sino como lo que verdaderamente es y significa en esa etapa de la vida. Así, como tributo establece:

OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte³¹.

Y se congracia con lo dispuesto por la normativa internacional asegurando la inserción en plenitud de todos los aspectos e implicancias del respeto de los derechos en la vida del menor al definir este principio fundamental:

INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de

³⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación-Presidencia de la Nación. Justicia de menores de edad. Reglas mínimas para la administración de justicia de menores (Beijing 1985 - Res. 40/33 ONU). Recuperado de <http://www.derechofacil.gob.ar/leysimple/justicia-de-menores/>

³¹ Art. 1 Ley 26.061

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 primeros³².

Lo más rescatable que ha aportado la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, de la interpretación que surge de su lectura, es la exclusión del ámbito penal a los menores víctimas al eliminar el instituto del Patronato del Estado, de esta manera suprime toda la potestad de los jueces de disposición de los menores por motivos tutelares.

En este sentido todos los expedientes tutelares debieran ser derivados a la órbita de la administración pública a los fines de que tengan remedio por medio de la implementación de medidas proteccionistas, educadoras, de reinserción, con planes de seguimiento y alternativas al no funcionamiento de las mismas de modo de no encerrar al menor sino brindarle herramientas para salir de un estado de abandono del propio ser y un eventual resentimiento social. Sin embargo la Ley Penal de Responsabilidad de la Minoridad no pudo desarraigarse del Patronato y en consecuencia colisiona, como ya se ha expuesto, no sólo con la C.N. y la Convención, sino también con esta ley nacional, ignorando por el momento el motivador Principio del Interés Superior del Niño en que base sus fundamentos. En la opinión conciliadora del jurista Roberto Durrieu:

La idea de la integración de las disposiciones legales, como bien dice la Corte, sustentada por ella desde antaño para obtener la vigencia de todas las disposiciones, sin necesidad de recurrir a declaraciones de inconstitucionalidad, es perfectamente viable en su actual aplicación con relación a los postulados constitucionales (...). (Durrieu, 2008, p.7)

³² Art. 3 Ley 26.061

5. Conclusión

Esta nueva impronta de los derechos del niño, ha definido con mayor fineza, no sólo lo que lo que el estado no debe hacer para evitar violaciones, sino que también constituye un exhaustivo catálogo de derechos que hacen de vía de acción para la puesta en marcha de políticas públicas de niñez. La integralidad a la que alude, comprende la articulación entre sectores sociales, privados y públicos para atender al reconocimiento de necesidades, requerimientos y realidades por las que subyacen los menores.

Notoriamente está basada en la des judicialización, esto implica que cualquier medida de protección que se adopte, aún las excepcionales, deben ser ordenadas por las autoridades administrativas de aplicación, debiendo la instancia judicial ocurrir en razón del control de legalidad de las primeras. La Convención ordena a los jueces procedimientos especiales para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entran en conflicto con la ley siendo menores de edad.

El paradigma de la protección integral dejó al descubierto los problemas de legalidad de las intervenciones tutelares y su impronta de “criminalización” de la pobreza. Ya no se trata de los “menores vulnerados” sino de la vulneración de derechos, que comprende e incluye a todos los NNA por igual en cuanto “sujetos de derechos” (Laje, Vaca Narvaja, 2011; p.34).

Los efectos jurídicos en los casos que debieran trascender los lineamientos propios de la doctrina de la protección integral no denotan un cambio sustancial, debido a la predominancia del sistema de responsabilidad de menores actuante y de la no celebración de políticas del gobierno que modifiquen el statu quo.

CAPITULO IV: ANALISIS JURISPRUDENCIAL DEL REGIMEN PENAL JUVENIL

1. Introducción

El contenido del presente capítulo está conformado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos emblemáticos y recientes de justicia penal juvenil y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. ¿Qué dice la Corte Suprema de Justicia?

El fallo “Maldonado”³³ sucede en medio de una suerte de esquizofrenia jurídica debido a que, mientras se constitucionalizan tratados protectorios de los niños, al mismo tiempo se analizan legislativamente iniciativas tendientes a reforzar las características represivas del sistema penal de menores, comenta Martín Juárez Ferrer (2011). A los fines de reseñar brevemente el caso, de las constancias obrantes de la causa, surge que este menor fue juzgado por los delitos de robo con armas y homicidio calificado cometidos con fecha 28/02/98, cuando contaba con 16 años de edad, por los que fue declarado coautor penalmente responsable el 05/05/00 a los 19 años, y mientras se hallaba bajo tratamiento tutelar en el Instituto Agote por esa condena. En una de las salidas en calidad de egresos periódicos, cometió otro violento asalto donde disparó a un policía y tomó de rehén a una mujer embarazada. Fue condenado por el tribunal oral de menores el 05/11/02, con la escala reducida a tentativa por su calidad de menor, cuando ya había cumplido 21 años. Contra el fallo el fiscal general interpuso recurso de casación al entender que se había interpretado erróneamente el art. 4 de La ley 22.278. La cámara de casación penal condenó al nombrado a pena de prisión perpetua, desestimando el pedido formulado por el defensor oficial -de inconstitucionalidad de tal pena a menores de 18 años-, justificando la resolución en el fracaso del tratamiento tuitivo y la peligrosidad del encartado; no haciéndolo merecedor de la reducción de pena que prevé el art. 4 de la Ley 22.278. Dicha resolución fue apelada por la defensa oficial mediante el recurso extraordinario porque contradijo la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo rechazo motivó la queja ante la Corte Suprema

³³ C.S.J.N. “Maldonado, Daniel Enrique y otros /robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”. Fallos 328:4343 (2005)

de Justicia de La Nación. Esta última hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, mandando los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo determinado por la Corte.

El fallo es un ícono de representatividad de muchos casos análogos consecuentes de las facultades extraordinarias de los jueces, conferida por la irrefutable legitimidad de la ley reinante, en concepto de causas de delitos de menores. Entonces podemos ver opacada la manda de la Convención, en todas estas ofensas a los derechos humanos de los menores, como son: la internación como única respuesta; las garantías penales que se encuentran retaceadas de principios básicos que ordenan todo debido proceso, como el de legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio; la ausencia de protección a derechos especiales; la arbitrariedad en la ponderación de la necesidad de la pena; la no aplicación del non bis in idem; la desconsideración de la atenuación de la pena por la minoridad; la indiferencia de valoración de las circunstancias sociales del niño y del principio de culpabilidad; el juicio de peligrosidad; la negación del derecho a ser escuchado; la pena de prisión perpetua. Los ministros de la Corte Suprema de Justicia, en algunas menciones del examen del caso, se explayaron diciendo:

(...) la necesidad de la pena a que hace referencia el régimen de la Ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a gravedad del hecho o a peligrosidad (...) los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (...) al momento de determinar la pena, el tribunal no puede omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto (...) la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia (...) un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se

es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor (...) esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional (...)

Obviamente la Corte interpreta el caso a la luz de la acogida constitucional de los derechos del niño y si bien critica fuertemente el imperio de la Ley 22.278, en su control de constitucionalidad aún no está presente la voluntad de dictar la inconstitucionalidad de la misma. Cabe preguntarnos entonces, ¿este paradigma elocuentemente descrito de la situación irregular, creado con anterioridad a la incorporación de la Convención al bloque de constitucionalidad, superaba el examen de constitucionalidad antes del año 1994 o a partir de ese momento histórico pasa a ser un caso de inconstitucionalidad sobreviniente? El conocimiento del crecimiento global de los derechos humanos nos devela que la norma nunca ha respetado las garantías penales de los menores, desde el contexto de suspensión de las garantías individuales impuestas por el gobierno de facto en la que fue dictada - sociedad en la que, dadas las condiciones políticas, quizás pareció más normal el tratamiento pensado para los jóvenes en conflicto con la ley que en nuestros días - y durante los que le sucedieron hasta el presente, no sólo porque no se condice con lo que prescriben los instrumentos internacionales sino porque no valora a la persona-niño como sujeto de derechos.

Esta concepción conservadora, perfeccionista y antiliberal del régimen penal de la minoridad es propia de un estado paternalista que la prescribe con la intención de “salvar” al niño de la degradación moral y de la delincuencia, profesando buscar lo mejor para él mediante un procedimiento racional en la práctica caracterizado por la coerción y la represión, ignorando por supuesto sus opiniones, necesidades y deseos (Ferrer, 2011).

Otro de los mentados fallos en el que se la Corte ha sentado precedentes es “García Méndez”³⁴, por el cual La Fundación Sur interpuso un habeas corpus colectivo a favor de todas

³⁴ C.S.J.N., “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina” s/ causa n° 7537 (2008)

las personas menores de 16 años que se hallaren privadas de su libertad en el ámbito de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, solicitando la inconstitucionalidad de la norma que regula los procedimientos “tutelares” a los que se somete a los niños y niñas acusados de infringir la ley penal. La Cámara Nacional de Casación Penal declaró inconstitucional el régimen establecido en la ley 22.278 y ordenó la libertad progresiva de todos los menores detenidos en virtud de dicha norma, el caso llegó a la Corte Suprema por medio de un recurso extraordinario interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal. En marzo de 2008, la Corte primeramente resolvió la suspensión de la ejecución de la sentencia apelada. A raíz de esto -y a pedido de la Fundación Sur- el tribunal convocó a una audiencia pública a realizarse en el mes de septiembre a la que también fueron citados a quienes se habían presentado como amigos del tribunal (ILANUD, Human Rights Watch y el Dr. Luigi Ferrajoli). Luego de cancelar la audiencia pública sin dar motivos al respecto, la Corte falló, entendiendo que si bien existe una tensión entre el sistema impugnado y la Constitución Nacional, no corresponde a los jueces la creación de un régimen general sustitutivo del actual. Por este motivo -y fundado en un argumento tutelar, según el cual la liberación de los niños colocaría a éstos en una peor situación que en la que están actualmente en los internados- evitó pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley en cuestión. En cambio, sí exhortó a los tres poderes del Estado a adaptar la legislación e implementar políticas que se adecuen a la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Dejó a salvo que, en las causas relativas a niños, niñas y adolescentes, los jueces dicten -cuando corresponda-, las decisiones que salvaguarden sus derechos y libertades según las normas constitucionales e internacionales que los protegen. Reza uno de los puntos de la sentencia:

Los "tribunales", al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una "supervisión adecuada" (ídem, art. 3), sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que "garantizar" los derechos humanos implica para el Estado el deber "de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar" de aquéllos, lo cual comprende el ejercicio del "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional ("Mazzeo", Fallos: 330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra un menor en la situación mencionada de sus derechos constitucionales, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio. Valga la presente, en

consecuencia, como recordatorio e instrucción en tal sentido (doctrina de "Verbitsky", citado, p. 1203-1204).

En este caso, también con valoraciones netamente personales – peligro moral o material del que son víctimas – se reclamó el encierro antilegal y anticonstitucional de menores de 16 años, reclamando en función de la gravísima violación de derechos efectuada a estas personas. No sólo que se irrespetó la Convención, Las Reglas de Beijing, la C.N., sino que al amparo de la Ley 22.278, asimismo se transgredieron los límites de edad que esta misma ley impone para ser objeto de persecución penal.

En un reciente fallo³⁵ del más alto tribunal de la nación, del año 2017, el cual se subsume a que se condenó a un joven a 12 años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por su comisión con arma de fuego en concurso ideal con su portación, cuya pena fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, al declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa, que planteó recurso extraordinario. El caso fue finalmente dirimido en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual confirmó la decisión. A tales extremos se justificó:

(...) ante el dato objetivo de que el sistema previsto en la ley 22.278 no ha sido modificado en este punto, al no haberse establecido legislativamente los presupuestos para que el juez decida sobre “la posibilidad de la puesta en libertad” en el caso que llegara a considerarse que la privación de libertad no continuara siendo necesaria, cabe concluir que el contralor judicial de la sanción privativa de la libertad impuesta a C. J. A., a cargo del magistrado correspondiente, no podrá tener este alcance (considerando 7°).

(...) cabe requerir al Poder Legislativo que en un plazo razonable adecue, en lo pertinente, la legislación penal juvenil a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (artículo 75, inc. 22, segundo párrafo) y a los términos

³⁵ A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/casación • 31/10/2017

ordenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso “Mendoza” (considerando 9°).

Y señaló que el agravio invocado por la defensa según el cual la pena privativa de la libertad debe utilizarse durante el período más breve que proceda, contenido en el artículo 37, inc. b, de la Convención sobre los Derechos del Niño, está íntimamente vinculado con el deber de revisar periódicamente las medidas de privación de libertad de los menores infractores, que surge del artículo 25 de la misma Convención. En tal sentido destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Mendoza vs. Argentina", remarcó que en lo que hace a las medidas o penas privativas de la libertad de los jóvenes infractores de la ley penal, rige la revisión periódica de las mismas³⁶.

3. ¿Qué dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Derechos del niño – Detención de menores de edad – Derecho a la vida humana - Estado garante: niños bajo su jurisdicción Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Bulacio vs. Argentina – 18/09/2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)³⁷. En 1991 un menor de edad fue detenido sin orden judicial, en las inmediaciones de un estadio donde se realizaría un concierto de rock, junto con 80 personas más. Durante su permanencia en la comisaría fue seriamente golpeado por agentes de seguridad. Luego de su liberación debió ser atendido en distintos hospitales, falleciendo seis días después de que fuera liberado, como consecuencia de los golpes recibidos. Los policías involucrados en la causa penal fueron sobreseídos. La parte querellante recurrió el fallo. Los recursos fueron denegados. Finalmente la Corte hizo lugar al recurso de queja planteado y ordenó la revisión de la sentencia dictada. El expediente continuó su tramitación con planteos e incidencias, acaeciendo finalmente en el año 2002 la prescripción de la acción penal. El caso mereció Informe de Admisibilidad en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y una sentencia de reparación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En lo pertinente la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que:

³⁶ Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Boletín de Novedades Jurídicas. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/boletin-diario/boletin-20171130.html>

³⁷ C.I.D.H. “Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C No. 100. (2003). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm

Conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, éste violó los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) y los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...), todos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención 63 Americana sobre Derechos Humanos, en los términos del párrafo 38 de la presente Sentencia. (...) el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos; que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados, en los términos de los párrafos 110 a 121 de la presente Sentencia. El Estado debe garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 122 a 144 de la presente Sentencia.³⁸

Como se desprende del conocimiento del caso, a cuyos efectos se expidió la Corte Interamericana a una década y media atrás, ha dejado en claro que la justicia argentina no puede argüirse un derecho interno, así sea constitucional, para justificar la lesión de un derecho supranacional en materia de cualesquiera otras garantías, derechos y libertades públicas mínimos de cada individuo en su propio país. Dado que el país ha establecido en forma expresa su sometimiento a la jurisdicción de un tribunal internacional de justicia, con competencia para dictar sentencias en contra del Estado argentino en caso de desconocimiento por éste de las garantías individuales mínimas de sus propios habitantes, lo menos que se puede decir, en una perspectiva teleológica y de razonable futuro, es que se tiene un verdadero derecho supranacional, con todas las características propias de un orden jurídico supremo. Como consecuencia de la aplicación directa de la Convención, toda norma contraria preexistente, sea

³⁸ C.I.D.H. "Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas". Serie C No. 100. (2003). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm

legal o reglamentaria, ha perdido automáticamente vigencia a partir de la entrada en vigor de la Convención, en la medida que la respectiva cláusula pueda interpretarse como operativa (Gordillo, 2001).

En el año 2018, el Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones finales sobre la Argentina, se refirió a la situación de Justicia Penal Juvenil en el país y recomendó al Estado argentino que:

(...) apruebe una ley general de Justicia juvenil compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de Justicia juvenil, en particular en lo que respecta a garantizar que la privación de libertad sólo se utilice como último recurso y por el período de tiempo más breve posible, y que no incluya disposiciones que puedan endurecer las penas o reducir la edad de responsabilidad penal, y que promueva la adopción de medidas no judiciales, como las sanciones alternativas, la libertad condicional, la mediación, el apoyo psicológico o el trabajo comunitario, y, cuando sea posible, utilice medidas alternativas a la imposición de penas.³⁹

Valiéndose de la expresión “todos los caminos conducen a Roma”, la norma que regula los casos de los niños cuya conducta es antisocial, antijurídica o es producto de una realidad de desprotección, es atacada a través de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, morigerando sus efectos negativos en procesos concretos pero no pudiendo sanar la inconstitucionalidad general que irroga, nada más que reiterando en cada oportunidad sus recomendaciones de adecuación.

Es costumbre generalizada, interpretar que la violencia institucional -referida al tema de menores- está referida, preferentemente al accionar de los organismos de internación, con estructuras opresivas que fundamentalmente atentan contra la integridad física de los niños. Pero la experiencia señala que son de igual o mayor gravedad para la integridad de los menores tutelados, la violencia psicológica y las carencias afectivas de las que son víctimas, ya sea dentro de las estructuras institucionales formales o de la perspectiva de políticas normativas que no respetan derechos consagrados por el derecho de menores. (Boqué Miró, 1992)

³⁹ Duras críticas de UNICEF al proyecto de reforma de la Ley Penal Juvenil: "Es regresivo". Recuperado de <https://www.msn.com/es-ar/noticias/argentina/duras-críticas-de-unicef-al-proyecto-de-reforma-de-la-ley-penal-juvenil-es-regresivo/ar-BBVSrgY?amp;ocid=iehp>

4. Camino hacia una nueva ley de responsabilidad penal de la minoridad. Consideraciones a la propuesta de modificación de la ley 22.278

El anteproyecto lleva varios años de trabajo gestionados por el subsecretario de Justicia y Política Criminal, Juan José Benítez, supervisado por el ministro de Justicia y Derechos Humanos Germán Garavano, gestionado desde la plataforma de participación ciudadana “Justicia 2020”, un programa de reforma del Poder Judicial de Argentina impulsado por el gobierno del Presidente Mauricio Macri, y coordinado por el jurista Ricardo Gil Lavedra.

Los cambios que proclama y que más sobresalen están direccionados a la contención de menores que entren en conflicto con la ley y a reducir a 15 años la edad de la imputabilidad en los casos de delitos con penas superiores a 15 años de prisión. Todo en función de la creación de un sistema acorde a los estándares internacionales en la materia estructurado en cuatro ejes fundamentales: una justicia especializada en los jóvenes, un abordaje multidisciplinario con miras de reinserción social, una responsabilidad efectiva por parte de quienes cometen delitos, y finalmente la inclusión de las víctimas. El detalle de los principales puntos de reforma se encuentra en el Anexo I.

5. Conclusión

Basta sólo una mirada jurisprudencial nacional e internacional, para advertir que los más altos tribunales reconocen ampliamente el daño a los derechos humanos de la niñez, sobre todo en la etapa de la adolescencia, que se causa desde la detención de un menor hasta la imposición de la pena de prisión perpetua bajo el cobijo de la legislación interna. Aún así, la Corte Suprema de justicia no le da un carácter operativo a las normas internacionales protectorias de la minoridad en conflicto con la ley, sino que, en el mismo sentido que lo hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “exhorta” al poder legislativo a adecuar la misma a los estándares internacionales. Tratando de brindar una respuesta al exhaustivo reclamo social de nuestro país, así como también de la comunidad internacional, el proyecto actual contiene la intención de crear una ley especial en la materia que pareciera encauzar dentro de los parámetros

exigidos, salvo en la cuestionable disminución de la edad sujeta a imputabilidad, irreconciliable in aeternum con los derechos de la minoridad.

CONCLUSION FINAL

Resulta tragicómico que, a más de un siglo después de la exégesis –Patronato de Menores- de la actual Ley 22.278, aún permanezca vigente este antecedente en la parte que legitima la privación de libertad sin debido proceso y que las personas de entre 16 y 18 años todavía pueden ser condenadas con la misma pena que un adulto.

Harto demostrado está que el sistema de atribución de responsabilidad e imposición de sanción penal que determina esta ley que se remite al Código Penal, a los fines de tipificar y cuantificar los delitos; está construido sobre la base de la edad del autor, el tipo de delito cometido, la especie de la pena y el monto de la misma. El instituto ha sido el responsable de no sólo del encierro injusto de menores a lo largo de la historia sino que varios de ellos llegaron a ser receptores de la pena de prisión perpetua por delitos cometidos durante su minoridad.

Es comprobable que el modelo utilizado que rige nuestro régimen penal juvenil se enmarca en una concepción tutelar que sitúa al menor como objeto de derecho y no como sujeto del mismo, contrariamente a lo que establece la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos de derechos humanos del menor.

La doctrina de la situación irregular, del derecho penal de autor y de la peligrosidad, sobre las que asienta sus preceptos, encierra el grave defecto de no discernir la clase de conflicto en la que está inmerso el menor, pudiendo ser víctima o victimario del mismo, y tal confusión en la que incurre es la responsable de que se vulneren las garantías de las que debe ser destinatario todo menor de edad, más aún en una situación de vulnerabilidad, sometiéndolo a un proceso de tutela para protegerlo cuando en realidad se lo reprime mediante medidas coactivas que son típicamente punitivas.

La realidad bidimensional imperante muestra la crueldad bondadosa de proteger privando de libertad y la bondad para utilizar la privación de libertad como una forma de política social reforzada, unificando consecuencia a distintas causalidades.

Por lo que se concluye que su inconstitucionalidad se revela tanto en su aspecto formal debido a que no es una ley propiamente dicha sino que es un “decreto ley”, como en su aspecto

material ya que colisiona con los artículos 19, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, consecuente y específicamente con las Convenciones, Reglas y Pactos que pregonan los derechos de la minoridad.

El sistema penal no fue creado para dar respuesta a problemas que corresponden a las políticas sociales, el Estado debería activar la prevención antes que la represión, para que el adolescente no vuelva a cometer delitos.

No obstante, cortando el desaliento nobleza obliga para con los parámetros internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional desde el año 1994, observamos un cambio de paradigmas que se han ido desarrollando en forma paralela a la verdadera innovación que se augura del sistema de responsabilidad penal juvenil.

Interpretado el carácter “no operativo directo” de las convenciones internacionales protectorias de los derechos de la minoridad, ha llevado al dictado de las distintas normas nacionales y provinciales tales como las leyes 26.061 y 9.944. Conforme a las mismas, en forma precaria, empachada, el niño fue abandonando su rol de espectador, con miras a ser protagonista de sus derechos.

Las normas convencionales exigen la configuración de un derecho penal de acto que desvalore lo que el agente hizo sin consideración a su modo de vida o su conducta moral. Esta nueva impronta de los derechos del niño, ha definido con mayor firmeza, no sólo lo que el estado no debe hacer para evitar violaciones, sino que también constituye un exhaustivo catálogo de derechos que hacen de vía de acción para la puesta en marcha de políticas públicas de niñez.

La integralidad a la que alude, comprende la articulación entre sectores sociales, privados y públicos para atender al reconocimiento de necesidades, requerimientos y realidades subyacentes en los menores. Notoriamente está basada en la desjudicialización, esto implica que cualquier medida de protección que se adopte, aún las excepcionales, deben ser ordenadas por las autoridades administrativas de aplicación, debiendo la instancia judicial ocurrir en razón del control de legalidad de las primeras.

La Convención ordena a los jueces procedimientos especiales para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entran en conflicto con la ley siendo menores de edad. En cuanto a la actuación jurisprudencial en consecuencia, reconoce ampliamente el daño a los derechos humanos de la niñez, sobre todo en la etapa de la adolescencia, que se causa desde la detención de un menor hasta la imposición de la pena de prisión bajo el cobijo de la legislación interna. De tal forma se ha pronunciado en casos emblemáticos luego de que fueran desdichadamente menoscabados los derechos del menor acusado y ha sentado valorables precedentes al respecto.

Aún así, la Corte Suprema de Justicia, no siempre le ha dado un carácter directo a las normas internacionales protectorias de la minoridad en conflicto con la ley, sino que, en el mismo sentido que lo hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “exhorta” al poder legislativo a adecuar la misma a los estándares internacionales. Desafortunadamente, aduciendo la no interferencia sobre la órbita de actuación de los otros poderes y argumentando la ausencia de políticas públicas, estas intenciones no han traído soluciones.

El proyecto actual de reforma de la Ley Penal de la Minoridad, contiene la intención de crear una ley especial en la materia que pareciera encauzar dentro de los parámetros exigidos, tratando de brindar una respuesta al exhaustivo reclamo social de nuestro país, así como también de la comunidad internacional, que en resumen, se podría decir que moderniza la normativa, ya que se halla en sintonía con los reclamos de los organismos internacionales en la materia y con la doctrina de la C.S.J.N.

Sin embargo deslucen en la cuestionable disminución de la edad sujeta a imputabilidad, irreconciliable in aeternum con los derechos de la minoridad. Bajar la imputabilidad no parece ser la respuesta adecuada, mancha de regresividad al sistema propuesto. Además que no se soslaye que si no se hace una reforma integral del sistema se corra con el riesgo de cada vez haya más chicos presos que perfeccionen su accionar delictivo.

Las leyes no pueden ser regresivas porque no se puede ir hacia atrás con los derechos adquiridos, al contrario, deben ser restaurativas de los mismos. Debe existir una compatibilidad entre tener capacidad para votar a los dieciséis años y comprender la criminalidad de los actos.

La inseguridad producto de la delincuencia excede a los jóvenes, lo que debería llevarse a cabo es mejorar la educación, las políticas sociales, el apoyo del Estado, el rol del mismo para no culpabilizar y encerrar a los menores.

¿Y no será que no se trata de sancionar más leyes sino de cumplir las que ya existen? La Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061) tienen plena vigencia, así como todos los tratados internacionales de derechos humanos que establecen todos los derechos a los que son acreedores cada niño y cada niña que vive en nuestro país.

Otras cuestiones que merecen especial detenimiento de análisis al dictado de la ansiada normativa y atendiendo al principio de subsidiariedad de la prisión, conforme el cual ésta ha de ser empleada como medida de último recurso, es la reacción punitiva estatal, que debería proceder inferior que la que correspondería a un adulto en iguales circunstancias; además, toda pena debería estar dirigida a la readaptación y reforma social de los condenados, por ello el sentenciante no podría desentenderse de los eventuales efectos de la misma, por lo que una pena *ex ante* se apropiaría de la exclusión definitiva de la sociedad.

En definitiva, a la luz de los estándares constitucionales y convencionales sobre niñez, juventud y adolescencia, si se piensa en el dictado de una nueva ley, en forma más acertada debería idearse como contraria a una ley estándar, sino como a un traje a medida de acuerdo a la realidad de cada menor. Sobremanera atendiendo al principio de interés superior del niño; desjudicializando atento a la edad y al conflicto del que es parte; echando mano a un gran abanico de penas sustitutivas de la privación de la libertad; implementando un debido proceso llevado a cabo en el plazo más breve que le permita justamente ser escuchado y que la privación de la libertad sea la última opción luego de que todas las posibilidades de direccionamiento a un nuevo proyecto de vida tendiente a convertir al niño infractor en una persona íntegra para sí y para la sociedad se hayan agotado. La reinserción debiera procurarse desde el primer día del cumplimiento la sanción impuesta.

ANEXO I

La nueva normativa

Haciendo un recorrido por sus cien artículos, lo más impactante del anteproyecto⁴⁰ presentado por el Poder Ejecutivo de la Nación es que contiene una nueva escala de responsabilidad penal; a) para la cual se prohíbe expresa y absolutamente la privación de la libertad para los menores de 15 años; pero a partir de esa edad resultarían penalmente responsables quienes cometan un delito grave penado con 15 años de prisión o más; b) además entre los 16 y los 18 años resultarían penalmente responsables aquellos que cometan un delito penado con 2 años de prisión o más; c) estaría prohibida la adopción de cualquier medida de coerción procesal para inimputables; d) se crearían órganos especializados para la aplicación de la normativa, los procesos, el control de las medidas y la ejecución de las sanciones; e) el adolescente tendría derecho a ser escuchado cada vez que lo solicitare, en cualquier etapa del proceso y durante la ejecución de la sanción que eventualmente se le hubiere impuesto; f) el proceso penal no debería excederse en el término de tres años contados desde el comienzo de la investigación preparatoria; g) estaría prohibida la difusión de nombres, sobrenombres, filiación, parentesco o residencia del adolescente o su familia al igual que la exhibición de fotos o cualquier dato que permita su identificación en los procesos judiciales; h) la documentación involucrada no será de carácter público salvo que el adolescente lo solicitare; i) el fiscal podría prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal respecto de un adolescente, excepto cuando el delito del que se lo acuse tenga una pena máxima superior a los 10 años de prisión, en tal caso la decisión deberá ser fundamentada e informada a la víctima; j) el plazo de prescripción de la acción penal sería de cinco años, en los casos de los delitos que pudieran tener penas privativas de la libertad, y de dos años en los casos en los que no correspondiera esta pena; k) podría declararse extinguida la acción penal (remisión) y disponer la incorporación del adolescente a programas comunitarios en los delitos cuyas penas máximas no excedieran de diez años de prisión; l) la normativa daría la opción de un proceso de mediación por pedido del Ministerio Público Fiscal, la víctima o el imputado; con carácter confidencial, voluntario, imparcial e informal y estaría a cargo de un mediador ajeno al tribunal y con conocimientos en la

⁴⁰ Eje Penal Equipo: Fortalecimiento de la Investigación Criminal. Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Recuperado de <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-penal/sistema-penal-juvenil/>

materia. Sería necesario el consentimiento de la víctima; ll) también arrojaría la posibilidad de llevarse a cabo acuerdos restaurativos si hubiera consentimiento de la víctima y acuerdos conciliatorios en los delitos que no impliquen penas privativas de la libertad; m) si a los delitos imputados no les correspondieran penas privativas de la libertad el juez podría disponer de la suspensión del proceso a prueba, debiendo escuchar la opinión de la víctima.

LISTADO DE REFERENCIAS

.Doctrina

Andrés Rosseti y Magdalena Álvarez (coordinadores) (2011) Álvarez, I. Magdalena, Arreguine, Natalia, Barale, Laura M, Cena, María Julieta, Etchichury, Horacio J., Ferniot, Cecilia, Guiñazu, Claudio E., Juárez Ferrer, Martín, Laje, María Inés, Lloveras, Nora, Martínez, Carlos, Milisenda, Natalia, Robledo, Federico, Robledo, Miguel, Rosseti, Andrés, Scocozza, Romina y Vaca Narvaja, Tania Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Un análisis desde el método de casos. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba. Advocatus.

Beloff, Mary (1999). Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, Santiago de Chile. *Revista Justicia y Derechos del Niño Número 1, Sección Primera, artículos para el debate*, disponible en www.unicef.org.ar.

Beloff, Mary (2005). Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 6 N° 1.

Bidart Campos, Germán (2006). Manual de la Constitución Reformada. Buenos Aires. Ediar.

Boqué Miró, Roberto (1992). La violencia institucional y la Ley 22.278. *Semanario Jurídico*. pag.113. Comercio & Justicia editores.

Castorina de Tarquini, María Celia (1995). Supremacía de la Constitución en el nuevo orden. Derecho Constitucional de la Reforma de 1994. Buenos Aires. De Palma.

Crivelli, Ezequiel (2008). Bases para un nuevo Derecho Penal Juvenil. *La Ley*. Suplemento penal y procesal penal.

De la Iglesia, Matilde, Velázquez, María Eugenia, & Piekarz, Walter. (2008). Devenir de un cambio: del patronato de menores a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. *Anuario de investigaciones*, 15. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S185116862008000100032&lng=es&tlng=es.

Durrieu, Roberto (2008). La constitucionalidad del Régimen Penal para menores (ley 22.278)

La Ley 22/12/2008, 22/12/2008, 9 – *La Ley* 2009-A, 195. Cita Online: AR/DOC/3987/2008

García Méndez, Emilio (1994). Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral. Santa Fé de Bogotá: Forum Pacis.

Gelli, María Angélica (2008). Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada: 4ta.edición ampliada y actualizada. 4ta.ed. Buenos Aires: La Ley

González del Solar, José H. (1995). Delincuencia y derecho de menores. Buenos Aires: Editorial Depalma

González del Solar, José H. (2013). Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Notas a la Ley 9944. Córdoba: Editorial Mediterránea

Gordillo, Agustín (2001). La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales. Tomo I, 01/01/2008, 61. *La Ley* 1992-B, 1292 – *La Ley* 1993-A, 1115 - Cita Online: AR/DOC/4659/2001

Laje Anaya, Justo (2002). ¿Debe modificarse la edad para considerar penalmente imputables a los menores? *Semanario Jurídico: Número: 1389 - 28/11/2002*

Lopes, Cecilia (2012). Incompatibilidad entre responsabilidad penal juvenil y prisión perpetua declarada por la Corte Suprema de Justicia Nacional. Publicado en: RDF2006-III-54. Cita Online: AP/DOC/907/2012

Martínez, Félix Alejandro (2006). Derecho de Menores. Algunas cuestiones procesales y constitucionales. Córdoba: Editorial Mediterránea

Martínez Vivot, J. J. (1983). Volver sobre la punibilidad de los menores. A propósito de la ley 22.803. *La Ley*. Sin datos.

Mcgee Deutsch, Sandra (2003). *Contrarrevolución en la Argentina 1900 – 1932*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

Papa, Hernán Franco y Rustán, María Victoria (2018). ¿Cárcel o calle? Una mirada desde el Punitivismo al Derecho Penal Juvenil de la provincia de Córdoba. *Revista Argumentos*. Sección: Artículos. Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Núm. 6 julio-agosto 2018, pp. 53-65. <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

Pérez, Andrea (2015). Nuevos paradigmas de la justicia penal juvenil. I. El marco actual II. El tratamiento en otras legislaciones III. Conclusión. *Revista de Derecho Penal y Criminología*; Jun. 2015 N° 5.

Soler, Sebastián (1970). *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. 3ªed. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires.

.Jurisprudencia

- C.I.D.H. “Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C No. 100. (2003)
- C.S.J.N. “A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/casación”. Fallos 743/214 (2017)
- C.S.J.N. “Maldonado, Daniel Enrique y otros /robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”. Fallos 328:4343 (2005)
- C.S.J.N., “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina” s/ causa n° 7537 (2008)

. Legislación

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- Constitución Nacional

- Ley 10.903. Ley de Patronato de Menores.
- Código Penal de 1922.
- Ley 22.278 -Ley Penal de Minoridad-.
- Ley 14.394 -Modificaciones al régimen de los menores y de la familia-.
- Ley 21.338 -Nuevas reformas al código Penal y carcelaria-.
- Ley 22.803.-
- Ley 9.944 -
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing – 1985)
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana - 1990)
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad – 1990)