



Trabajo Final de Graduación PIA

Aplicación del Régimen Penal de Minoridad en la República

Argentina

Martire Bruno

DNI 32.951.966

Abogacía

2019

Agradecimientos

A mi familia por haberme apoyado incondicionalmente en los comienzos de este largo pero hermoso camino, a mi mujer y compañera Natalia por estar siempre en los momentos más duros durante estos últimos diez años, a mi facultad UES 21 y sus docentes por haberme dado la posibilidad de formarme profesionalmente, brindándome e innovando continuamente todas las herramientas necesarias para que la educación a distancia no tenga nada que envidiarle a la presencial.

Por último a mi hermosa hija Lola, que vino para cambiarnos la vida por completo y hace que todo el esfuerzo valga la pena.

Aplicación del Régimen Penal de Minoridad en la República Argentina

Antes que nada comenzaremos por definir al concepto de niño guiado por la definición dada por la Convención sobre los Derechos del Niño que en su parte 1, art. 1 dispone que se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La misma Convención de los Derechos del Niño reconoce que el niño debe crecer dentro del seno familiar, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Es por ello que todo niño que se encuentre privado de su libertad deberá ser tratado con el respeto, cuidado y humanidad que merece toda persona por su dignidad misma, y más aún un niño visto ser protegido por la Carta Magna teniendo en cuenta todos sus aspectos que recaen en una persona de su edad.

El problema de investigación de este trabajo versará sobre el actual Régimen Penal de Minoridad y si el mismo ¿se ajusta a los lineamientos impuestos por el bloque de constitucionalidad?

Adolescencia – régimen – convención - derechos humanos – minoridad

Application of the Criminal Regime of Minority in the Argentine Republic

We will begin by defining the "child", guided by the definition given by the Convention on the Rights of the Child that in its Part 1, Article 1 provides that a child is understood to be any human being under eighteen years of age, except that, in by virtue of the law applicable to him, he has reached the age of majority before.

The Convention of the Rights of the Child recognizes that the child must grow within the family, in an environment of happiness, love and understanding, for the full and harmonious development of his personality.

The research problem of this work will be addressed on the current Penal Minority Regimen; does it comply with the guidelines imposed by the Convention on the Rights of the Child?

Adolescence - regime - convention - human rights - minority

Introducción

Este trabajo se desarrollara sobre el actual Régimen Penal de Minoridad y si el mismo ¿Se ajusta a los lineamientos impuestos por el Bloque Constitucional?, marcando como objetivo general establecer si el actual Régimen Penal de Minoridad se ajusta a los lineamientos impuesto por dicho bloque, manifestando que las normativas y las prácticas de este régimen deben adaptarse a lo dispuesto por el mencionado bloque, fortaleciendo el sistema de Protección Integral del Niño en conflicto con la ley penal y la vigencia de las garantías durante el proceso penal.

Sus objetivos particulares tienen por finalidad examinar la aplicación del Régimen Penal de Minoridad de la República Argentina, profundizando uno a uno los principios y garantías que protegen a los menores en conflicto con la ley penal, contenidos en el bloque de constitucionalidad, en donde a priori se observan menoscabados por el actual Régimen Penal de Minoridad, valiéndonos de aportes doctrinarios y jurisprudenciales a lo largo de los capítulos del presente Trabajo Final de Grado.

En la hipótesis de investigación del presente trabajo se sostiene que el actual Régimen Penal de Minoridad no es respetuoso del bloque de constitucionalidad, teniendo en cuenta que el actual régimen choca con los principios de Legalidad (Art. 18 Constitución Nacional) , Reserva (Art. 19 Constitución Nacioal) e Inocencia (Art. 18 Constitución Nacional) provocando además el menoscabo de la Libertad Ambulatoria, también consagrado en la Carta Magna en el Art. 14 y contraponiéndose con el principal propósito de la Convención de los Derechos del Niño, la cual reconoce en su Preámbulo que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y a desarrollarse en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Es por ello que la aplicación del Régimen Penal de Minoridad que afecta a menores en conflicto con la ley debería ser menos gravosa que lo que resulta para los adultos en

razón de la madurez mental, intelectual y emocional. Sirviendo no como medida de castigo, sino como una medida de re sociabilización y encauce del niño en la sociedad.

El marco metodológico de este trabajo es de tipo cualitativo permitiendo describir y caracterizar este fenómeno de estudio, sus rasgos generales en función de los interrogantes ya planteados en los párrafos anteriores y permitiendo profundizar sobre el estudio de esta materia, analizando toda la información recopilada para la investigación. Utilizando los tres tipos de fuente primaria, secundaria y terciaria y haciendo uso de doctrina, legislaciones y jurisprudencia nacionales, e internacionales como lo son los Tratados Internacionales, material bibliográfico de diferentes autores de renombre que trataron la materia, siempre que las mismas sean útiles para el desarrollo de la problemática planteada.

Este trabajo constará de 4 capítulos, en el cual el primero; se desarrollara sobre la Evolución Histórica del Régimen Penal de Minoridad, realizando su introducción, sus condiciones preliminares, el tratamiento legislativo y por último su conclusión.

En el segundo capítulo se analizara el Régimen Penal de Minoridad en la República Argentina, abordando primero, su introducción, luego la punibilidad, la disposición del menor en conflicto con la ley, el proceso que se lleva a cabo sobre su internación cuando fuera necesaria, la reincidencia del menor, su interposición de pena, también la responsabilidad parental que ejercen los padres o tutores del menor y como acto seguido lo que sucede cuando el menor alcanza la mayoría de edad. Para finalizar se realizará una conclusión de carácter parcial sobre este capítulo.

En el capítulo tercero se abordarán de manera específica los principios y garantías en conflicto con el actual Régimen Penal de Minoridad, para luego en el cuarto y último capítulo brindar aportes jurisprudenciales de relevancia que den sustento a lo planteado en el capítulo que antecede

Para finalizar esta investigación se realizará una conclusión final que de cierre a la problemática planteada.

Índice

Capítulo 1: Evolución Histórica del Régimen Penal de la Minoridad.

1.1. Introducción.....	9
1.2. Evolución Legislativa.....	9-14
1.3. Conclusión.....	14-15

Capítulo 2: Análisis del Régimen Penal Juvenil Actual

2.1. Introducción.....	16-17
2.2. Punibilidad.....	17-19
2.3. Imposición de la Pena.....	19-21
2.4. Rehabilitación.....	22-24
2.5. Responsabilidad Social y Legal del Cuidado del Menor.....	24-27
2.6. Conclusión.....	27-28

Capítulo 3: Principios y Garantías en Conflicto con el Actual Régimen Penal de Minoridad.

3.1. Introducción.....	29
3.2. Principios de Legalidad, Inocencia y Libertad Ambulatoria.....	29-32
3.3. Principio de Reserva y Justicia Restaurativa.....	33-34
3.4. Convención sobre los Derechos del Niño.....	34-37
3.5. Conclusión.....	37-38

Capítulo 4: Jurisprudencia

4.1. Introducción.....	39
4.2. Cejas Meliari Ariel s/ Habeas Corpus.....	39-40
4.3. Niños y Adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/ Habeas Corpus colectivo.....	40-44
4.4. Campos, Juan José y Cáceres, Laura Dalia s/ homicidio agravado por el vínculo en dos oportunidades en concurso real con lesiones graves calificadas por el vínculo.....	44-46
4.5. Conclusión.....	46-47
Conclusión Final	48-49
Bibliografía	50-51

1. Evolución Histórica del Régimen Penal de la Minoridad

1.1. Introducción

Este primer apartado tratará sobre la evolución histórica del Régimen Penal de la Minoridad, marcando en ella consideraciones preliminares que se tuvieron en cuenta como disparadores referentes al mencionado régimen, haciendo una línea histórica de cómo se desarrolló en la República Argentina desde sus inicios en el siglo XIX con la paulatina llegada de los inmigrantes, la cual trajo consigo marcadas diferencias con la sociedad que residía en el territorio. Esto produjo una creciente movilidad dentro del positivismo jurídico en busca de mejorar las políticas para afrontar las nuevas problemáticas que se suscitaron en la República Argentina.

Por otro lado se analizará el tratamiento legislativo que a lo largo de los años ha ido construyendo un sistema de protección y garantías para los derechos de los niños, enfocándose en los Derechos Humanos, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, contando todo ello con jerarquía constitucional.

Por último se realizará una conclusión parcial referente a lo abordado en este primer capítulo.

1.2. Evolución Legislativa

Degano (2005, p. 88) ha señalado como hito disparador de la cuestión de la Minoridad, el movimiento de la inmigración hacia la República Argentina a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la cual provocó una modificación significativa a nivel poblacional, político e institucional.

El arribo de los inmigrantes manifestó rasgos étnicos, costumbres e ideologías políticas, evidenciando marcadas diferencias con la sociedad criolla y colocándolos en una posición de rechazo y discriminación, ya que eran relacionados con la miseria, la violencia, la locura, la desviación y la mala vida.

El movimiento político del Higienismo Médico, junto con el Positivismo Jurídico buscaron crear una política para afrontar la nueva realidad que afectaba al país, con la idea de la construcción del ciudadano respetable, sano física y moralmente, como respuesta a las posibles degeneraciones que podían darse por el contacto permanente con los inmigrantes. Las figuras que reputaban peligrosidad en ese entonces eran el Loco, el Delincuente y posteriormente el Menor (Degano, 2005).

El médico Dr. Luis Agote fue quien impulsó con mayor énfasis la creación de la primera ley para regular la situación de los menores en conflicto con la ley penal. Esta Ley de Patronato de Menores fue sancionada por el Congreso de la Nación el 21 de Octubre de 1919 bajo el número 10.903¹.

La normativa citada en el párrafo anterior, por un lado vino a traer paz y tranquilidad a las preocupaciones de los sectores medios y altos de la sociedad y a su vez la marginalidad para los sectores más bajos.

Las nuevas políticas en ese entonces buscaban controlar y corregir a los menores que, a los ojos de la justicia eran perjudiciales para el resto de la sociedad, como decía Degano (2005, pág. 90) los hijos de los pobres, eran los hijos de la mala vida o de vidas dudosas, revoltosos, los hijos de los extranjeros de la Europa pobre, a los cuales se los creía anarquistas y socialistas.

Cabe destacar que existía una distinción entre hijos, criados y menores. El término hijo se refería a la existencia del vínculo sanguíneo, mientras que los criados no eran hijos, sino que eran niños que se encontraban desamparados y habían sido acogidos por familias criollas las cuales se encargaban de su crianza.

¹ Ley N° 10.903 Patronato de menores (Promulgada: 21 de octubre 1919).

La condición de los menores, en cambio, los hacía excluidos de la protección familiar y por lo tanto, pasibles de la acción estatal, la cual ejercía sobre ellos su Patronato.

La semejanza entre niños criados y menores estaba dada en que ambos están sujetos a una protección, obteniéndola, los primeros por parte de la familia de crianza y los segundos por parte del Estado.

Volviendo a la Ley de Patronato de Menores es dable destacar, que con la lectura de los arts. 15², 19³ y 21⁴ del referido cuerpo normativo, se entiende que menoscababa los derechos fundamentales de los menores en cuestión, bajo el pretexto de una supuesta protección.

La Ley Agote hablaba de una situación irregular del niño, donde no solo se refería al menor en conflicto con la ley, sino también a situaciones de riesgo social como eran el abandono, peligro material o moral, falta de asistencia, adicciones y maltratos físicos o psíquicos sufridos por el menor, ya poniendo aquí al menor como una víctima y no como victimario, pero sin distinguir como se debía proceder ante un supuesto delictivo cometido por un menor y uno que verse sobre las situaciones de vulnerabilidad enumeradas, ya que el magistrado interviniente resolvía estas cuestiones mediante la aplicación de medidas tutelares que frecuentemente conllevaban la institucionalización de los menores, ya sean víctimas de la sociedad o victimarios de la misma.

Como se observa en el art. 14⁵ de la Ley 10.903, la autoridad judicial gozaba de un inmenso poder ya que en vez de limitarse a resolver controversias entre partes, ya sea civiles o penales, asumían funciones que se referían a la internación de menores en reformatorios públicos por abandono, peligro moral o material, ya sea por mendigar en las calles, frecuentar gente viciosa o de mal vivir y hasta vender periódicos en la calle lejos de sus padres o tutores. Continuando con esta mirada, y leyendo el art. 19 se observa que la actividad recursiva estaba muy limitada, ya que únicamente se podía interponer una acción

² Artículo 15 de la Ley N° 10.903 Patronato de menores (Promulgada: 21 de octubre de 1919).

³ Artículo 19 de la Ley N° 10.903 Patronato de menores (Promulgada: 21 de octubre de 1919).

⁴ Artículo 21 de la Ley N° 10.903 Patronato de menores (Promulgada: 21 de octubre de 1919).

⁵ Artículo 14 de la Ley N° 10.903 Patronato de menores (Promulgada: 21 de octubre de 1919).

revocatoria, en relación a una decisión definitiva dictada en perjuicio del menor, dejando así la actividad jurisdiccional, casi sin ningún tipo de control por parte de una instancia superior durante el proceso.

Era evidente que el menor, en materia penal, no gozaba de los derechos y garantías mínimos que sí le eran reconocidos a los adultos durante un proceso, mucho más aun teniendo en cuenta su condición especial, diferente a la de un mayor por su edad y grado de madurez (Beloff, 2001).

En 1954 se realizó una modificación al Régimen de Menores, fundamentado en la mejoría de la situación de los mismos. Se efectuó una segmentación en cuanto a las edades, por un lado los menores inimputables (menores de 14 años), imputables de sanción eventual (entre 14 y 16 años), imputables con tratamiento especial para su detención y prisión (entre 16 y 18 años) y por último un régimen especial para aquellos entre 18 y 22 años para la ejecución de las penas.

Los jueces aquí contaban con un amplio espectro para atender cada caso en particular y pareciera que comenzaba una nueva era en lo referido al Derecho Penal de menores, sin embargo esto no fue así.

En 1980 se sancionó la Ley 22.278⁶ que terminó de consagrar el Sistema Tutelar en la República Argentina. Ésta normativa no realiza diferenciación entre un menor infractor de la ley penal y aquel que se encuentra en una situación de vulnerabilidad (estado de abandono, peligro material o moral, falta de asistencia o problemas de conducta) ya que para cualquiera de los casos prevé las mismas medidas,

Dichas medidas son aplicadas con total discrecionalidad por parte de los magistrados, bajo fundamentos tutelares, desconociendo continuamente derechos fundamentales.

A nivel internacional se pueden encontrar numerosos antecedentes como la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, el cual fue el primer texto histórico,

⁶ Ley 22.278 Régimen Penal de Minoridad (sancionada: 25 de agosto de 1980)

que reconoce la existencia de derechos específicos para las niñas y niños, además de la responsabilidad de las personas adultas sobre su bienestar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fundada en el año 1948 en este mismo año se firmó la Declaración Americana de Derechos Humanos, luego se realizó la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959 donde se proclamó la Declaración Universal de los Derechos del Niño, paralelamente se encuentra con la Organización de Naciones Unidas por medio de firma de Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales en las que otorga obligatoriedad al cumplimiento de lo expresado en diferentes declaraciones, como los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Pérez Chaca, 2006).

En el año 1969 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocida como el Pacto de San José de Costa Rica estableció que todos los niños tienen el derecho a gozar de medidas de protección por parte de la familia, sociedad y el Estado, reconociendo que es sujeto de derecho desde la concepción misma. En 1979 se declara el Año Internacional del Niño, lo cual se consideró un hito mundial, generando procesos de discusión sobre la legislación de la infancia y los derechos del niño (Pérez Chaca, 2006).

En 1985 se crean las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, mayormente conocidas como Reglas de Beijing. En la década del 90' se crean las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, reconocidas como Directrices de Riad, llevada a cabo el 28 de Febrero de 1988 y aprobada por la Asamblea General en la resolución 45/112⁷ el 14 de Diciembre de 1990.

Por último, el 20 de Noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas sancionó la Convención de los Derechos del Niño, reconociendo importantes derechos económicos, sociales y culturales a niñas, niños y adolescentes sin discriminación de ninguna índole.

⁷ Resolución N° 45/112 Directices de Riad (sancionada: 14 de diciembre de 1990)

En 1990 la República Argentina adhirió a La Convención y en 1994 se le dio rango constitucional al incorporarla en la reforma de la Constitución Nacional en el art. 75⁸ inc. 22.

1.3. Conclusión

En base a lo expuesto en éste primer capítulo pudimos observar los orígenes de la legislación penal de la minoridad, ubicando a la misma a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, como consecuencia de la inmigración europea, ya que, hasta ese entonces no existía una regulación específica para la minoridad en conflicto con la ley penal.

A raíz de lo mencionado en el párrafo precedente es que surgió la necesidad de regular dicha problemática y es aquí, en 1919 cuando el Congreso de la Nación sancionó la Ley 10.903, más conocida como Ley Agote, en honor a su más ferviente precursor, el Dr. Luis Agote.

La ley citada anteriormente, como se detalló en el presente capítulo, menoscababa ciertos derechos fundamentales del menor, como así también otorgaba un gran poder al magistrado interviniente, lo cual acentuaba en mayor medida la situación desventajosa que atravesaba el menor en conflicto con la ley, antes y durante el proceso, ya sea por haberse visto envuelto en un hecho delictivo o bien encontrarse en una situación de desprotección, peligro material o moral.

En la actualidad la persona menor de edad cuenta con mayores herramientas normativas para proteger y hacer respetar sus derechos y garantías, como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual goza de jerarquía constitucional luego de la reforma de 1994 y las leyes especiales como el Régimen Penal de Minoridad Ley 22.278 y 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

⁸ Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina (sancionada: 22 de agosto de 1994)

Más allá de lo expresado en el párrafo que antecede, concluimos en que a pesar de haber trascurrido casi doscientos años desde la aparición de la primera ley que se refería al tratamiento de los menores en conflicto con la ley penal, los menores continúan en esta situación desventajosa, donde sus derechos y garantías se ven mermados y que, en menor medida sigue sin resolverse en la legislación actual.

2. Análisis del Régimen Penal Juvenil Actual

2.1. Introducción

En éste capítulo se elaborará un análisis del Régimen Penal Juvenil en la República Argentina, el proceso de intervención que lleva a cabo el poder judicial que se encarga del juzgamiento de delitos, en este caso los cometidos por menores de edad, partiendo desde la teoría de la punibilidad y tomando como principio general las leyes como lo es la Ley 24.050⁹ que contempla la organización y competencia de la Justicia Penal Nacional además de tener en cuenta la disposición e internación del menor puestas en manos de los jueces y la reincidencia.

Por su parte además, la imposición de la pena que se establecerá como medida de seguridad hacia los menores que se encuentran en conflicto con la ley penal. Para esta imposición de pena se tendrá en cuenta a la Convención de los Derechos del Niño que sirve como instrumento internacional aplicable en el sistema jurídico y que es equiparable al texto constitucional, sirviendo como un mecanismo de protección especial para los menores de edad.

También se tendrá en cuenta el antiguo instituto de la Patria Potestad que en la actualidad para el sistema civil es conocido como el instituto de la Responsabilidad Parental. Es aquí donde se pone en evidencia su doble orden visto también desde el sistema penal que sirve como presupuesto para que los niños gocen de derechos, encontrándose al resguardo del Estado, la familia y la sociedad en general.

En el marco jurídico de la protección de los Derechos Humanos incrementa la obligación de los estatales a tratar con especial detenimiento sobre los derechos y las garantías para los niños y en esa se toma las Declaraciones sobre los Derechos del Niño junto a sus protocolos facultativos que sirven de protección.

⁹ Ley 24.050 Competencia Penal del Poder Judicial de la Nación (Promulgada: 30 de diciembre de 1991)

Para finalizar, luego de todo lo analizado en este segundo apartado se realizará una conclusión parcial donde se hará referencia sobre la aplicación de este régimen y el interés superior del niño.

2.2. Punibilidad

La punibilidad es la cualidad de ser punible, la capacidad que tiene una persona para que sea imputada, es decir que se le pueda reclamar responsabilidad por determinado acto.

Como dice Jorge Frías Caballero (1981), la punibilidad es la capacidad personal para comprender lo injusto o antijurídico de un hecho y de dirigir la conducta en base a esa comprensión.

El artículo 1 de la Ley 22.278¹⁰ reza que no es punible el menor que no haya cumplido los 16 años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido 18 años, respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda los 2 años, multa o inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguna 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 ordenara los informe y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad, de las condición familiar y el ambiente en el que se encuentre.

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

Inicialmente la ley ha optado por utilizar un argumento de tipo protectorio para los menores en el campo de la punibilidad, excluyéndolos de responsabilidad penal frente a hechos que supuestamente la inmadurez los condujo a realizar.

¹⁰ Artículo 1° de la Ley N° 22.278 Régimen Penal de Minoridad (sancionada: 25 de agosto de 1980).

Esta falta de punibilidad se fundamenta en la presunción absoluta de que un menor de 16 años no cuenta con la suficiente madurez en sus facultades mentales como para comprender la criminalidad del acto y dirigir su conducta en base a esa comprensión.

Al decir de Núñez (1975) una persona es absolutamente incapaz hasta que no cumpla los 16 años de edad, esta presunción es *juris et de jure*, por lo tanto no es necesario someter al menor en cuestión a un proceso para determinar si cuenta o no con la madurez para comprender la criminalidad, lo antijurídico de su actuar.

Por otro lado y retrotrayéndonos al año 1200, precisamente refiriéndonos al cuerpo normativo llamado Las Siete Partidas, en la Corona de Castilla, ya se hacía la distinción en base a la edad del agente, eximiendo de responsabilidad al menor de 10 años por mengua de razón y de sentido, lo mismo sucedía con los mayores cuando a cierta edad se demostraba que carecían de discernimiento.

Más tarde, en 1886, el Código Penal Argentino continuó con lineamientos similares, estableciendo que los menores de 10 años carecían absolutamente de responsabilidad penal, los menores entre 10 y 14 años estaban sujetos a la prueba de discernimiento y por último los que hayan cumplido los 14 años adquirirían automáticamente la capacidad de ser imputables.

Como expresamos inicialmente, la no punibilidad del menor esta expresada en el texto de la Ley 22.278, en su artículo 1. Leyendo detenidamente el mencionado artículo, se evidencia una supuesta contradicción o al menos una cuestión paradójica, en el sentido de que al inicio del artículo se destaca que no es punible el menor que no haya cumplido los 16 años de edad, pero en el párrafo siguiente se inicia con la frase “Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente (...)”, lo que nos lleva a suponer, al menos inicialmente, que un menor no punible puede ser imputado, lo que significa reconocer que cuenta con capacidad o condición de ser imputable, cuestión que parece ser lo contrario a lo que la norma refiere en el comienzo del primer artículo.

En el párrafo anterior utilizamos la palabra “supuesta”, en relación a una contradicción o carácter paradójico referida a la punibilidad de los menores, ya que pareciera que un niño en principio inimputable puede ser objeto de imputación, esto no se corresponde con la misma consecuencia jurídica que le podría caber a un mayor de edad imputable, es decir la sustanciación de un proceso penal con el fin de determinar la responsabilidad del imputado. Esto se debe a que el proceso que se lleva a cabo no es un juicio de responsabilidad sino uno orientado por razones de índole tutelar, o sea donde se busca instrumentar alguna medida tutelar provisoria o definitiva, o bien el archivo del caso según corresponda.

Otra cuestión a tener en cuenta es la expuesta por Gonzales del Solar el cual observa como desafortunada a redacción del art. 1 de la Ley 22.278 ya que motiva a una interpretación errónea por parte de los magistrados y que lleva al absurdo de atribuir incapacidad para los delitos leves y capacidad para aquellos graves. (Gonzales del Solar, 1995)

2.3. Imposición de la Pena

El art. 4¹¹ del Régimen Penal de la Minoridad se refiere a la imposición de la pena a los menores de edad. En el inc. 3 segundo párrafo enumera los requisitos o aspectos que deben tener en cuenta el juzgador a saber:

1- Que previamente haya sido declarada la responsabilidad penal y civil si correspondiere, conforme las normas procesales.

2- Que haya cumplido los 18 años de edad.

¹¹ Artículo 4 de la Ley N° 22.278 Régimen Penal de Minoridad (sancionada: 25 de agosto de 1980).

3- Que haya sido sometido a un Tratamiento Tutelar por un período no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta a mayoría de edad.

Luego de comprobar la existencia de los requisitos mencionados anteriormente surgen dos posibilidades. La primera es la aplicación de una sanción penal y la segunda es la absolución por ser innecesaria una sanción.

En el caso de que el juez estime necesario la aplicación de una sanción penal, deberá considerar ciertas cuestiones. La primera se refiere a la modalidad de hecho delictivo, es decir cómo se produjo y en qué circunstancias. El segundo de los requisitos se refiere a los antecedentes del menor, donde generalmente es el Fiscal quien realiza una una lectura según sus valoraciones en relación al caso.

Seguido de esto vienen las valoraciones del Tratamiento Tutelar impuesto al menor, el cual es un informe elaborado por el funcionario a cargo del control tutelar, el cual elaborara una síntesis del tratamiento y bridará una recomendación, según su valoración sobre la medida que estime más adecuada para con el menor.

El último y no menos importante de los requisitos será el encuentro cara a cara entre el menor y el magistrado interviniente, donde este último valorara situaciones, condiciones y características del menor que lo ayuden a definir su sentencia. No existe un guía específica que mencione cuales serían los pasos a seguir por el juez para ir encaminando su decisión, de manera que se trata de una valoración de índole personal, subjetiva y lógicamente extremadamente discrecional.

Concluyendo, el justiciante luego de evaluar los requisitos previos, deberá arribar de manera fundada a una decisión siguiendo los criterios de su más íntima convicción magisteril (Degano, 2005).

En el plano normativo internacional, las disposiciones que se refieren a la aplicación de una pena a menores de edad en conflicto con la ley penal surgen de los arts. 37¹² y 40¹³

¹² Artículo 37 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (sancionada: 20 de noviembre de 1989).

de la Convención sobre los Derechos del Niño. El art. 37 prohíbe imponer la pena de muerte y la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. En el caso de ser necesaria la detención, encarcelamiento o prisión de un menor, será de último recurso y por el tiempo más breve posible.

Para que sea de última ratio ofrecen diversas medidas que deben tener prioridad al encarcelamiento tales como el cuidado, ordenes de orientación y supervisión, asesoramiento, libertad vigilada, colocación en hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional.

Las Reglas de Beijing establecen también principios rectores que deben ser tenidos en cuenta por los tribunales. Precisamente la Regla 18 enumera a las ordenes en materia de atención, orientación y supervisión, libertad vigiada, ordenes de prestación de servicios a la comunidad, sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones, ordenes de tratamiento intermedio, sesiones de asesoramiento colectivo y actividades análogas, hogares de guarda, como alternativas previas a la imposición de una pena de privación de la libertad.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la Ley 22.278 es contraria a la Convención Americana de Derechos humanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño ya que otorga la posibilidad de aplicar una pena con la misma escala correspondiente a la de una persona adulta, violando así los estándares internacionales mencionados anteriormente, ya que no alcanza con la simple atenuación de la pena en razón de la edad del imputado, sino que es exigible una escala penal atenuada o una escala especial, obviamente más leve.

¹³ Artículo 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (sancionada: 20 de noviembre de 1989).

2.4. Rehabilitación

Bajo la protección y promoción de los Derechos de la Niñez en materia del Régimen Penal Juvenil se puede encontrar vigente a la ley 22.278, en ella también se observan numerosas críticas surgidas desde los organismos internacionales (Adler, 2019).

Tanto en el ámbito local como en el internacional se ha recomendado que se apruebe una nueva ley que resulte compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño y las normas internacionales en materia de justicia juvenil. En un mismo sentido La Corte Interamericana determinó que el Régimen Penal que se rige en la República Argentina con respecto a personas menores de edad contiene ciertas disposiciones que resultan contrarias a dicha Convención, recomendando el ajuste de su marco legal hacia los estándares que fueron impuestos en la reforma constitucional del año 1994 (Adler, 2019).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considera que el elemento retributivo no es apropiado dentro del sistema de justicia juvenil si los objetivos que se persiguen son la reintegración y rehabilitación de los niños, niñas y adolescentes, siendo también un imperativo normativo que establece el inciso 1 del art. 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, argumentos basados en la prevención general de la pena con el objeto de la reintegración del menor en la sociedad y de que asuma una función constructiva en la misma (Marcón, 2005).

En la operatoria cotidiana, los organismos estatales que se encargan de recibir a los jóvenes que se hayan en conflicto con la legislación penal, los cuales tienen una personalidad, cultura y crianza específica desarrollada, cuentan con características muy diferentes a las del entorno del menor antes de ser institucionalizado (Marcón, 2005).

Son conocidas las condiciones de precariedad, inseguridad, falta de control y personal capacitado en las instituciones para menores, que no hacen más que ir en contra de la finalidad por la cual se los institucionalizó (rehabilitación y reeducación)

Si las condiciones antes mencionadas toman un giro trascendental, entendiéndose a esto como el mejoramiento de las condiciones de detención, sanitarias, personal idóneo y suficiente, posibilidad de aprender varios oficios. No cabe duda que esto tendrá un impacto positivo en el sujeto en cuestión, pero éste al salir en libertad deberá retomar la construcción de su vida en su antiguo espacio, en iguales o peores condiciones que las que provocaron, en primer lugar, que fuese institucionalizado (Marcón, 2005).

De esta manera, por lo expuesto en el párrafo anterior, adherimos a la opinión de Marcón ya que es una falacia pensar que la idoneidad de las instituciones es lo único que contribuye a modificar y rehabilitar una conducta

Por otra parte, el joven que delinque suele ser visto como un individuo que tuvo la oportunidad de cambiar pero no la supo aprovechar.

Las responsabilidades son depositadas íntegramente sobre el menor, sin valorar y enjuiciar con el mismo vigor la realidad de las instituciones en cuyo seno se pretende cambiar y rehabilitar esa conducta, ni tampoco la ausencia de esfuerzos por parte del Estado por modificar el entorno en el que el niño, niña o adolescente se crio y desenvuelve, de donde se originó la conducta transgresora. Para que el problema de la rehabilitación se resuelva de manera más eficaz, es necesario que se involucren las tres aristas que la integran, a nuestro entender, el menor, las instituciones y el Estado, es por ello que la ausencia de alguno de estos la transforma en disfuncional (Marcón, 2004).

Adentrando ahora en los organismos de rehabilitación e internación, nos oponemos a aquellos que se caracterizan por el régimen más gravoso para el individuo, es decir el de tipo cerrado.

Toda medida que restrinja la libertad, inexorablemente priva de libertad ambulatoria.

Dicha privación de la libertad, provoca además la pérdida de otras libertades, tales como la sexual, laboral y educacional, las cuales todas en suma contribuyen a la realización socio económica del individuo. Al ser un ser humano socioeconómicamente realizado se

goza de una mayor cantidad de bienes patrimoniales y extra patrimoniales. Por el contrario, la persona a la que le han sido vulnerados continuamente sus derechos tiene una cantidad mucho menor de bienes de los cuales disfrutar, disponer y valorar (Marcón, 2004).

Se desprende de esto que privar de la libertad a un ser socioeconómicamente realizado tendrá una significación subjetiva de mucho mayor impacto que para aquel que no cuenta con esa cantidad de bienes valorables a su entender, es decir que la restricción ambulatoria de este último tendrá un efecto de menor intensidad.

Por lo expuesto anteriormente no se quiere decir que a un sujeto menoscabado en sus derechos, marginalizado, sumido en la pobreza, violencia o drogas no le interese ni le afecte la posibilidad de perder su libertad ambulatoria, pero sí dar una opinión de la peligrosidad de los regímenes cerrados (no quiere decir que aquel responsable de delitos

graves no sea pasible de ser alojado en este tipo de régimen) y destacar que si el menor tuviese en su vida una mayor cantidad de bienes o de mayor valor subjetivo, quizás no se arriesgaría a perderlos por transgredir las normas penales

2.5. Responsabilidad Social y Legal del Cuidado del Menor

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sirve como etapa fundamental para la proclamación y realización activa de los Derechos Humanos llevado a cabo en los niños., integrando elementos importantes, el hombre y el Derecho, incorporando en ella necesidades reales en el desarrollo de la sociedad desde un punto de vista histórico y social que mantiene una visión dinámica que sirvió para fomentar las diferentes capacidades.

Los Derechos Humanos han sido la proyección normativa partiendo del término del deber ser sobre toda aquellas necesidades que son potencialidades de estos pequeños individuos que integran la sociedad y es por ello que en las Convenciones Internacionales

sirven para proteger e indicar el camino hacia la realización de la persona y respetando la dignidad humana de todos ellos.

Las acciones y actitudes de todas las personas dependen en cierta forma de los grupos a los que pertenecen, la cultura que los integra, el lenguaje que utilizan, todos ellos determinan un sentido de propiedad dentro de la sociedad y del mundo, que mantiene una relación de poder en cuanto a su forma y su producción en el sistema al que pertenecen. Estas ideas encuentran fundamento en la concepción iusnaturalista que a su vez encuentra un nuevo fundamento en el concepto de necesidad, todo eso se define de la naturaleza ontológica y tiene una estrecha relación con la dimensión histórico-social.

Es por ello que la justicia y los Derechos Humanos han adquirido un contenido dinámico, que ha ido evolucionando en base a las necesidades del hombre y sus posibilidades, partiendo desde el grupo humano, que se puede considerar como realizable en relación con el grado de desarrollo de las distintas sociedades a nivel mundial conforme a sus fuerzas productivas.

Ahora bien, la protección de los menores es una figura relevante en el campo de la protección del Derecho de la que se hacen eco los Tratados Internacionales incorporando en ella a los niños y a sus familias buscando otorgarles mejores condiciones de vida, influyendo sobre las políticas sociales y otorgándole a los jueces las leyes que tienen la capacidad real de diseñar y ejecutar las política de infancia que sirvan para el desarrollo pleno de los menores o de protección cuando se encuentren en una situación irregular o inadecuada. En ella también se puede observar la participación de diferentes activos sociales como psicólogos, asistentes sociales, pedagogos, psiquiatras que sirven para complementar el diálogo y el respeto entre las partes, los operadores sociales y los juristas.

Para el Derecho ha resultado evidente exigir una profunda renovación sobre la mirada del Sistema Jurídico integrado por los jueces, fiscales y defensores integrando en sus valoraciones diferentes miradas que sirvan para ampliar el panorama en el que se desenvuelven cada una de las situaciones particulares en los que tienen como protagonista principal al menor, tomando como relevante las diferentes miradas y valoraciones que puedan brindar los pedagogos, psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales y médicos, siendo

todo ello objetivo y abstracto de la ley pero con un funcionamiento real de la discrecionalidad clínica.

Hasta aquí se puede indicar que existe una estrecha relación entre el Derecho y la Pedagogía desde el concepto de la interdisciplinariedad que le sirve al juez de menores para valorar la realidad del menor que se encuentra en conflicto con la ley penal sirviéndose de ello para el tratamiento y la rehabilitación de los menores tomando con pertinencia jurídica una medida socio-educativa que sirva para reencausar al menor (Justicia y Derecho del Niño N°9. UNICEF 2007).

Adentrándonos ahora en la responsabilidad de los padres o tutores del menor que se encuentra en conflicto, el Proyecto de Reforma del Código Civil le atribuye al tutor la responsabilidad legal del menor sobre el cuidado de su persona y de sus bienes aplicado a lo que correspondía al antiguo instituto de la Patria Potestad. En este caso, el tutor es responsable de todo perjuicio que resultase del incumplimiento de sus deberes.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la Responsabilidad Parental, que viene a ser el nuevo instituto que reemplaza a la Patria Potestad, el artículo 118¹⁴ del presente Código prevé dicha responsabilidad en la que establece que el tutor es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, ya sea por acción o por omisión en el ejercicio o en ocasión de sus funciones.

Es así como el tutelado, cualquiera de sus parientes o el Ministerio Público Fiscal pueden solicitar las providencias necesarias para remediar los perjuicios ocasionados o bien a pedido de oficio.

La actuación del tutor debe ser juzgada con cierta severidad, visto que la tarea consiste entre otras cuestiones cuidar de la persona menor de edad, tal es así que el mencionado artículo prevé personas que se encuentran legitimadas para solicitarle al juez las medidas necesarias para hacer efectiva la responsabilidad del tutor. Dicha responsabilidad es objetiva hacia los terceros por los daños causados por sus hijos menores

¹⁴ Artículo 118 del Código Civil y Comercial de la Nación (sancionada: 01 de agosto de 2015).

de edad, tal como resulta lo dispuesto en los párrafos del art. 1755¹⁵ del Código Civil y Comercial de la Nación.

2.6. Conclusión

Antes de brindar una conclusión sobre el presente capítulo, corresponde realizar un breve repaso por todos los estamentos del mismo.

Inicialmente en el ámbito de la punibilidad del menor en conflicto con la ley penal, observamos contradicciones entre la prerrogativa que recalca la no punibilidad del menor que no haya cumplido los 16 años de edad, contrapuesta con la facultad dispositiva del juez en caso de que el menor se encuentre, a su parecer, en estado de peligrosidad moral o material.

Posteriormente, llegando al momento de la imposición de la pena, es necesario comprobar en primer lugar si existió responsabilidad penal por parte del menor en el hecho, y para poder aplicar una pena se debe haber suministrado previamente un mínimo de un año de tratamiento tutelar y que el menor en cuestión haya adquirido la mayoría de edad para ese entonces.

En esta etapa además de las valoraciones del juez en su encuentro con el imputado, serán relevantes también las realizadas por el Ministerio Público Fiscal en relación al caso, como así también las que realice el encargado del Tratamiento Tutelar.

Adherimos en este aspecto a los lineamientos impuestos por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como a las Reglas de Beijing, que remarcan la importancia de que la detención del menor sea de ultima ratio, y por el menor tiempo posible atento a sus posibilidades de rehabilitación y reinserción en la sociedad, las cuales son mayores que las de un adulto.

¹⁵ Artículo 1755 del Código Civil y Comercial de la Nación (sancionada: 01 de agosto de 2015).

En el plano de la rehabilitación, destacamos que no hay programas orientados con el mismo ímpetu que se utiliza para institucionalizar al menor, en otras palabras, el Estado tiene el deber de encontrar la manera de reparar los derechos vulnerados de la infancia, para luego, a partir de ese momento exigir un comportamiento responsable y acorde a derecho.

Podemos concluir de esta manera, que el menor primordialmente debe crecer y desarrollarse en el seno familiar, en la medida de lo posible, que su detención e internación deba ser por el menor tiempo posible y de último recurso, si todos los mecanismos previos han fallado.

Así mismo reclamamos mayores programas por parte del Estado para que el menor recupere antiguos derechos vulnerados y vuelva a valorarlos, para que de éste modo al momento de infringir la ley penal desista de hacerlo, atento al valor que le asigna a dichos bienes mayormente de índole extra patrimonial.

Concluyendo, y refiriéndonos a los casos que no versan sobre la violación de normas penales sino de situaciones de peligrosidad o abandono, adherimos a la opinión de numerosos autores en materia de Derecho Penal Juvenil, al destacar que el mismo es un Derecho Penal de autor ya que toma mayor importancia las características personales del joven y no su conducta a la hora de ser dispuesto por el órgano jurisdiccional.

3. Principios y Garantías en Conflicto con el actual Régimen Penal de Minoridad.

3.1. Introducción.

En el próximo capítulo nos referiremos a ciertos principios y garantías que a priori observamos en controversia con lo receptado por la normativa vigente en el ámbito de la minoridad en conflicto con la ley penal.

Partiremos por el principio de legalidad, principio básico de nuestro ordenamiento jurídico penal, plasmado en el artículo 18¹⁶ de la Constitución Nacional, del cual lógicamente se desprende el principio de inocencia y el de reserva ubicado en el art. 19¹⁷ de la Carta Magna.

El derecho a la libertad ambulatoria, es otro que se observa menoscabado por el actual ordenamiento penal juvenil.

Al haber comenzado por lo general, concluiremos por lo particular, es decir por la Convención sobre los Derechos del Niño la cual goza de jerarquía constitucional y cumplimiento obligatorio para los Estados parte, y que a lo largo de este Trabajo Final de Grado se intentará brindar acabadas muestras de su relación antagónica con el Régimen Penal de Minoridad.

Para finalizar, como es costumbre en cada capítulo, brindaremos una conclusión a lo expuesto en el presente apartado.

3.2. Principios de Legalidad, Inocencia y Libertad Ambulatoria

Como antecedente se debe tener en cuenta al conocido principio “in dubio pro reo”, el cual es un pilar fundamental dentro del derecho penal.

¹⁶ Art.18 de la Constitución Nacional Argentina (sancionada: 22 de agosto de 1994)

¹⁷ Art. 19 de la Constitución Nacional Argentina (sancionada: 22 de agosto de 1994)

Este principio como lo explica Maier se basa en que la aplicación de una pena solo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla sobre la existencia de un hecho punible y atribuible al acusado.

Observamos de esta manera como se relaciona con el principio de legalidad por el cual no hay pena sin ley previa al hecho del proceso y así mismo se deriva al estado de inocencia del cual goza toda persona hasta tanto no se demuestre su culpabilidad de manera fundada.

El art. 1 del Régimen Penal de Menores dispone que si existiere imputación contra algún menor punible, la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procediendo a la comprobación del delito y tomará conocimiento del menor entre otras cuestiones. Continúa el art. 1 destacando que si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia con los padres, tutor o guardador.

La ley 22.278 como se observa otorga un enorme margen de discrecionalidad al juez, ya que si bien es necesaria la discrecionalidad del juzgador para que aplique la ley al caso concreto mediante el ejercicio de su sana crítica, creemos necesaria la existencia de ciertos límites.

Planteando el supuesto de que el juez entienda que la familia de un menor no puede salvaguardarlo ni protegerlo, por ejemplo, de alguna situación de peligro para sí mismo o para terceros, el juzgador seguramente ordenará su internación en un instituto especializado.

Con este claro ejemplo, podemos inferir que se menoscabarían los principios fundamentales del derecho penal como son el principio de legalidad e inocencia, al ser un menor quien está siendo dispuesto y –si se quiere penado- sin habersele atribuido delito alguno previamente establecido por ley, sino a consecuencia de encontrarse en una situación de riesgo o desprotección a criterio del magistrado interviniente.

Destacamos también que se atenta contra la libertad ambulatoria, derecho básico de la persona humana consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional Argentina, al tratarse como venimos mencionando a lo largo del Trabajo, de un derecho penal de autor y no de acción.

El principio de inocencia, íntimamente ligado al de legalidad, ubicado en el art. 18 de la Carta Magna se refiere a la presunción de inocencia que se debe tener de cualquier individuo, tratándose en este caso del menor, siendo inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad y de esta manera sea procedente la aplicación de una sanción.

Siguiendo el ejemplo brindado anteriormente ¿Cómo puede ser culpable un menor por hallarse en una situación de peligro o desprotección?

Su libertad y sus derechos constitucionales están siendo cercenados sin ser en muchos casos culpable de la situación que atraviesa.

Como dice Cafferata Nores (2012), cualquier intervención judicial respecto de un menor debe estar legitimada por la atribución de un delito y que cualquier medida que se adopte no puede ser sino en consecuencia de la comisión de un delito y nunca de una conducta que no configure delito o de una situación por la que este atravesando el menor.

Los principios del derecho penal no se amoldan al menor como persona en plena formación y desarrollo, es por eso que en el presente trabajo intentamos resaltar la incongruencia de las disposiciones del Régimen Penal de Minoridad, en cuanto otorgan facultades al juez de disponer provisionalmente del menor de 18 años imputado por un delito, toda vez que entra en colisión con las disposiciones constitucionales y de los pactos internacionales incorporados a la Constitución, que consagran al debido proceso y al principio de inocencia, los cuales exigen que la pena debe aplicarse solo luego de una sentencia condenatoria.

La presunción de inocencia también se encuentra receptada en las llamadas Reglas de Beijing, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, las cuales constituyen un valioso aporte para establecer los principios rectores del derecho procesal de menores (D'Antonio, 2006).

En su regla 7.1 destacan que en todas las etapas del proceso se deben respetar las garantías básicas, entre otras la presunción de inocencia (D'Antonio, 2006).

Sin embargo, se le puede hacer una crítica a este instrumento normativo, y es el que sólo hace referencia al menor que ha incurrido en una acción u omisión penalmente reprochable y sin hacer mención a aquellos individuos dentro del estrato entre la niñez y la adolescencia. (D'Antonio, 2006)

La Convención sobre los Derechos del Niño, entendida como ley suprema en el ámbito de los menores de edad, en su art. 40 también reconoce a la presunción de inocencia entre tantas otras garantías de las que deben gozar los menores durante un proceso que los involucre.

La misma Convención creó al Comité de los Derechos del Niño, un órgano con sus funciones establecidas en el art. 43 del cuerpo normativo en cuestión. El mencionado Comité, el 9 de Octubre de 2002 realizó las Observaciones Finales para la República Argentina, reiterando su profunda preocupación por el hecho de que el Régimen Penal de Minoridad, el cual se basa en la antigua doctrina de la situación irregular, no distingue claramente entre los niños que necesitan atención y protección y aquellos que tienen conflictos con la justicia, reiterando una vez más el ejemplo del que hablamos anteriormente, puesto que un juez puede ordenar la detención de un menor sin las debidas garantías procesales únicamente por su condición social.

Por otra parte, y como queda de manifiesto en nuestro apartado de jurisprudencia, precisamente en el fallo “Niños y Adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/ Habeas Corpus colectivo”, se observó con preocupación las precarias condiciones de detención en las que se encontraban los menores privados de su libertad, específicamente en la falta de atenciones básicas como la salud y la educación, la falta de personal capacitado y los castigos corporales, entre otros.

3.3. Principio de Reserva y Justicia Restaurativa

El art. 19 de la Constitución Nacional expresa que las acciones de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a los terceros, están solo reservados a Dios y exentos de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no demande ni privado de lo que ella no prohíbe.

De esta importante prerrogativa constitucional se desprende el Principio de Intervención Mínima, principio fundamental del derecho penal que postula la necesidad de restringir al máximo la intervención penal, reservándola solo para los casos en los que no exista posibilidad de utilizar otro medio que resulte efectivo.

Este principio es observado con gran relevancia según las Reglas de Beijing para lograr una verdadera justicia penal juvenil.

De lo anterior surge el término de Justicia Restaurativa, término por el cual abogan todos los instrumentos internacionales de derechos humanos modernos.

Refiriéndonos a esta justicia restaurativa, podemos definirla como lo hizo la Organización de Naciones Unidas al referirse a esta como “una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad (Quintero, 2018).

De esta definición podemos sintetizar que la justicia restaurativa, a diferencia de la retributiva (enfoque actual del Régimen Penal de Minoridad) busca abordar al delito teniendo en cuenta a las víctimas, adolescentes infractores, familiares y comunidad, buscando también otros medios alternativos de resolución de conflictos, lógicamente refiriéndonos a conflictos de gravedad baja y dejando la intervención judicial para los casos que realmente sea preponderante la actuación del Estado para restablecer el orden jurídico alterado.

Precisamente en la justicia penal juvenil es donde los organismos internacionales opinan que tendrá mayor sentido esta justicia restaurativa ya que favorece la asunción de responsabilidad del victimario y la mayor atención de las necesidades de las víctimas.

Al aplicar los valores de la justicia restaurativa también nos referimos a los casos en los que el menor es dispuesto, institucionalizado y hasta punido por el magistrado, el cual más allá de aplicar las disposiciones de la ley 22.278, de alguna manera vulnera el principio de reserva al castigar estados de las personas menores de edad, que si se quiere, pueden ser vistas como conductas que no perjudican a terceros ni al orden público, bajo el velo de que se los dispone e institucionaliza para su protección integral.

Es importante aclarar que la justicia restaurativa busca reeducar al victimario, pero también reparar el daño injustamente sufrido por la víctima y la comunidad. Esto no debe ser confundido con que la pena aplicable siempre buscará ser la más leve ya que cada delito siempre debe ser analizado de manera particular y lógicamente no creemos que un delito de homicidio agravado se subsanará con el pedido de perdón y arrepentimiento del victimario o con trabajos comunitarios, más allá de que sean cuestiones valorables, y siempre se deberá respetar otro principio rector del derecho penal como lo es el de proporcionalidad.

Nuestro enfoque es que este tipo de justicia posee un efecto preventivo importante ya que para los delitos leves facilita la asunción de responsabilidad del joven infractor para generar en él un deseo de cambiar y de alejarse de conductas lesivas para la sociedad.

3.4. Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derecho del Niño incorporó en su art. 3 como idea rectora al interés superior del niño, señalando que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño.

Este principio se encuentra receptado en nuestro derecho interno en el art. 1 de la ley 26.061 y es mucho más profundo que el in dubio pro reo del cual hablamos anteriormente ya que se refiere además de la esfera judicial, a la administrativa y legislativa.

La importancia del interés superior del niño se observa al momento de escoger la medida de protección más adecuada para el caso, valorando las posibilidades de desarrollo pleno del sujeto en libertad y dentro de su núcleo familiar.

Ahora volviendo a la Convención, desde su entrada en vigencia, los tribunales de nuestro país recurren a su aplicación en forma cotidiana, otorgándole supremacía por sobre nuestras normas internas.

Observando dicho instrumento, hay que resaltar puntos de consenso dentro del ámbito del derecho penal de menores, tal como lo marcan (Freedman y Terragni, 2018).

Estamos de acuerdo en que la sanción impuesta a un menor tiene una finalidad de prevención especial positiva, es decir de educación, y que con su aplicación se persiga que el menor, mediante el tratamiento recibido, más las evaluaciones periódicas y relevamiento de datos, consiga rehabilitarse de su conducta, comprendiendo la gravedad de sus hechos y que de esta manera no vuelva a delinquir en el futuro.

Otro punto de concordancia que se observa entre el actual régimen penal de minoridad y la Convención es la necesidad de aplicación de una sanción penal disminuida a los menores, tal como lo explicitó el Comité de Derechos del Niño concluyendo que la diferencia entre niños y adultos se da a nivel físico, psíquico, con necesidades emocionales y educativas diversas. Esas diferencias evidencian un menor grado de culpabilidad por parte de los menores que tienen conflictos con la justicia. Por todo lo expuesto se justifica la existencia de un sistema separado de justicia juvenil y hacen necesario dar un trato diferente a la persona menor de edad (Freedman y Terragni, 2018).

Esta sanción atenuada se debe, como explicamos en capítulos anteriores, al menor grado de reproche de culpabilidad a razón de la inmadurez emocional del adolescente.

Finalmente otro punto de encuentro entre los instrumentos internacionales como la CDN, las Reglas de Beijing y el Comité de los Derechos del Niño, y lógicamente el ordenamiento que rige a los menores de edad en conflicto con la ley argentina es que la sanción privativa de libertad se debe aplicar solo de manera excepcional, por el menor tiempo posible y sujeta a revisión en forma periódica para poder, en el tiempo oportuno, analizar la procedencia de regímenes menos gravosos como la libertad condicional o asistida.

La CDN en su art. 40. 4 Se refiere a que las medidas que se dispongan tales como el cuidado, las ordenes de orientación y supervisión, asesoramiento, libertad vigilada, colocación en hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional así como otras posibles alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada y que se guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

De esta manera se deduce que la CDN adhiere al principio de proporcionalidad, por el cual debe haber un equilibrio entre la reacción penal y las circunstancias como menores de edad, privilegiando la reintegración a su familia o sociedad. De ello se desprende que deben valorarse las circunstancias del imputado por ser un menor de edad, las circunstancias del delito y su reintegración.

En contradicción con lo expuesto ut supra, el art. 4 de la ley 22.278 colisiona con el principio anteriormente descripto ya que permite, por ejemplo, que se valoren elementos ajenos al delito, como los antecedentes del menor, el resultado de su tratamiento tutelar y la impresión personal del magistrado interviniente, posibilitando también a su criterio la aplicación de la misma escala penal que a un adulto o una atenuada.

De esta forma vemos como la normativa vigente no se adapta al principio de proporcionalidad avalado por la Convención a la cual adhiere la Carta Magna y valora elementos personales ajenos al delito.

Consecuentemente creemos que el velo del principio de proporcionalidad puede y debe ser corrido, en los casos que importe un beneficio para el menor, por ejemplo para valorar cuestiones personales como violencia familiar, abandono o problemas de adicción, para así buscar una atenuación en la pena, cuando el caso lo amerite.

En conclusión podemos decir que adherimos al principio de proporcionalidad, y que las circunstancias personales del menor pueden ser tenidas en cuenta siempre que se persiga una pena atenuada o alternativa y que la finalidad de la misma debe ser siempre educativa y no retributiva, más allá de que en varios casos puedan cumplirse ambos fines.

3.5. Conclusión

En el presente capítulo hemos planteado inicialmente la posibilidad de que los principios y garantías plasmados en el bloque de constitucionalidad puedan encontrarse en desacuerdo con distintos aspectos del Régimen Penal de Minoridad.

Cuando nos referimos al bloque de constitucionalidad hacemos referencia primordialmente a la Carta Magna y a la Convención sobre los Derechos del Niño como ley suprema en cuanto a menores se refiere, sin perjuicio de otros pactos internacionales a los que la Nación Argentina adhirió, sobre los cuales hemos hecho breves referencias para acotar y tener un campo de análisis más concreto.

A lo largo de éste trabajo, como también del capítulo que nos ocupa, se pudo observar con ejemplos claros como los principios de inocencia, legalidad y reserva pueden ser menoscabados ya sea en determinadas etapas del proceso o en ciertas situaciones en las que se puede encontrar el menor.

Adherimos a la opinión de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual pone de manifiesto la relevancia de la libertad ambulatoria y el efecto negativo que tiene más aún en los menores de edad y que sólo deben aplicarse medidas restrictivas de la libertad ambulatoria de ultima ratio, por el plazo más breve posible y con revisiones periódicas.

Al inicio del capítulo utilizamos el término “a priori” para referirnos a la posibilidad de que ciertas garantías se vean menoscabadas por la ley 22.278. Luego de lo expuesto en este apartado nos vamos acercando a una posibilidad más concreta aún, la cual buscaremos confirmar y afianzar en el próximo capítulo dedicado a la jurisprudencia.

4. Jurisprudencia

4.1. Introducción.

En el presente apartado brindaremos relevante jurisprudencia referida al tema que nos compete, no solo en tribunales de primera instancia, sino en instancia de Casación como también en el máximo tribunal de justicia de la nación.

Buscaremos afianzar la problemática planteada en nuestro problema investigativo referida a la normativa vigente en materia de derecho penal juvenil ley 22.278 y si la misma se adecúa al boque de constitucionalidad y los estándares internacionales impuestos por los tratados incorporados a la Carta Magna con respecto a los menores de edad en conflicto con la ley penal.

Finalizaremos con la correspondiente conclusión como es costumbre en cada capítulo del presente trabajo final de grado.

4.2. Autos: “Cejas Meliare Ariel s/ Habeas Corpus”.

Tribunal: CSJN

Fecha: 25/04/16

Actora: Procuración Penitenciaria de la Nación.

Demandada: Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

Hechos: La sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por el fiscal general contra el rechazo de una acción de habeas corpus correctivo y colectivo interpuesto por la Procuración Penitenciaria de la Nación a favor de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad en dependencias de la Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

Esta acción perseguía remediar la agravación ilegítima de la forma y condiciones de ejecución de los menores afectados, ya que la secretaría mencionada anteriormente impedía que los funcionarios de la Procuración Penitenciaria de la Nación realicen las visitas periódicas a los establecimientos conforme lo facultan las leyes 25.875¹⁸ y 26.827¹⁹.

El recurso fue denegado, es por ello que se recurrió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para resolver la cuestión.

La Corte hizo lugar a la acción de habeas corpus correctivo y colectivo en favor de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad, dejando sin efecto la resuelto por Casación, a fin de quien corresponda dicte una nueva resolución conforme a derecho.

El recurrente argumentó que la sentencia apelada era contraria a los compromisos asumidos por nuestro país. Consagrados en la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales incorporados a ella, en relación a los niños, los cuales son objeto de un trato especial por su mayor vulnerabilidad.

El Estado debía garantizar y no obstaculizar el control de las condiciones de detención de los menores y esta conducta por parte de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia afectaba el derecho a la protección de la integridad física y mental de los menores en cuestión.

La CSJN compartió los criterios expuestos por la recurrente y el 25/4/2016 con decisión unánime los jueces Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco hicieron lugar al recurso interpuesto y dejaron sin efecto el pronunciamiento del tribunal a quo.

4.3. Autos: “Niños y Adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/ Habeas Corpus colectivo”.

Tribunal: Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Fecha de sentencia: 3/11/2014

¹⁸ Ley 25.875 Procuración Penitenciaria (sancionada: 17 de diciembre de 2003)

¹⁹ Ley 26.827 Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumana o Degradante (sancionada: 28 de noviembre de 2012)

Actora: Niños y Adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires.

Demandada: Secretaria de la Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires y del Servicio Penitenciario Bonaerense.

Hechos: El Sr. Defensor Oficial Dr. Julián Axat Della Croce ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de La Plata interpuso acción de Habeas Corpus. El Dr. Axat Della Croce denunció el agravamiento de las condiciones de detención que padecen los niños y adolescentes que se hallaban en establecimientos con régimen cerrado, es decir aquellos que no tenían posibilidades de salir de los mismos, en el marco de la Secretaria de la Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires y del Servicio Penitenciario Bonaerense.

Se argumentaba la falta de fundamentos para mantener estas condiciones de detención, sumamente excepcionales y gravosas y no otras que sean abiertas o semi abiertas teniendo en cuenta lo receptado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en sus artículos 3²⁰, 12²¹, 37²² y 40²³ y la Constitución Nacional artículo 75, inciso 22²⁴.

Al decidirse una privación de la libertad de un niño o niña, deben agotarse previamente todas las medidas que permitan arribar al cumplimiento de las finalidades precautorias o de reintegración social que se pretenden -art. 40.1²⁵ y 4²⁶ C.D.N.-. En casos excepcionales y sólo cuando resulte imposible el empleo de una medida alternativa al internamiento en un institución de encierro, como último recurso, puede el Magistrado del fuero especializado disponer este tipo de medidas restrictivas por el tiempo más breve posible -art. 37²⁷.b C.D.N.; reglas 13²⁸ y 17²⁹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores-.

²⁰ Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

²¹ Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

²² Art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

²³ Art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

²⁴ Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina (sancionada: 22 de agosto de 1994)

²⁵ Art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

²⁶ Art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

²⁷ Art. 37. “b” de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

El accionante además resaltaba el cúmulo de casos en donde menores eran sometidos a este tipo de régimen sin fundamentaciones válidas, ocasionando así que en la práctica administrativa se presuma que el encierro en establecimientos de régimen cerrado es la regla más no la excepción.

Es destacable mencionar que el artículo 37³⁰ de la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece que la instancia más gravosa de privación de la libertad es la excepción, y en caso de proceder deberá ser por el menor tiempo posible, evitando que se vulnere la prohibición de tratos o pena crueles, inhumanas o degradantes, como también lo reza por las Reglas de Beijing, las cuales establecen que los menores confinados en establecimientos penitenciarios deben recibir los cuidados, protección y asistencia social, educacional, profesional, psicológica y física que merecen las personas de su edad, sexo y personalidad en miras de su desarrollo.

En este fallo, el Tribunal competente hizo lugar al recurso planteado en forma unánime y dispuso, entre otras cuestiones, que se haga cesar inmediatamente toda forma de sanción o tratamiento de jóvenes detenidos que implique un trato cruel,, inhumano o degradante, como la práctica de restricción o encierro absoluto de los mismos en sus pabellones.

Según los Magistrados Piombo, Natiello y Sal Llargués se verificó lo denunciado en varios centros de detención, en los que era común la provisión de psicofármacos a los niños y niñas, sin prescripción, diagnóstico y control médico, generalmente como inductores de sueño.

El art. 37. 3³¹ de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “todo niño privado de la libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad”, de lo que surge su derecho a recibir atención médica adecuada

²⁸ Art. 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

²⁹ Art. 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

³⁰ Art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

³¹ Art. 37. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

durante su estancia en el centro, como lo ha señalado el Comité de los Derechos del Niño (Observación General N° 10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, párr. 89).

Castigos y maltratos en los dispositivos de detención provincial: Debe recordarse que nuestra Carta Magna ha proscripto los castigos y maltratos de las personas privadas de su libertad, desde su originaria sanción en 1853 art. 18 C.N., lo que se ha visto reforzado en el año 1994 con la inclusión en el “bloque constitucional” de una serie de tratados internacionales sobre Derechos Humanos art. 75 inc. 22° C.N. Específicamente y en relación con los niños, niñas y adolescentes, el art. 37³².a) de la Convención de los Derechos del Niño expresa: “Los Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas, ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. En este sentido, y conforme la calidad de los destinatarios de la norma protectora, “obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal” (C.I.D.H., caso “Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, sent. 8/7/2004, párr. 170).

El Dr. Sal Llargués señaló en referencia al Centro de Recepción de La Plata, que varios habeas corpus fueron presentados en el año 2011 por parte de los Defensores del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de La Plata, denunciando las largas horas de “engome” (basado en el encierro por más de 16 horas por día en celdas grupales o unicelulares, por períodos temporales que fueron de 15 días a 2 meses) a la que son sometidos los jóvenes.

El 17 de abril de 2013 se interpone un nuevo habeas corpus por el encierro al que son sometidos los jóvenes, la imposibilidad de utilizar los sanitarios y por hallarse treinta y cuatro (34) jóvenes durmiendo en el piso.

³² Art. 37. A) de la Convención sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)

Puede observarse de ello, aun cuando la legislación interna e internacional prohíbe métodos disciplinarios que supongan un atentado a la dignidad del niño, es frecuente la práctica del “engome”, es decir, el encierro total del joven en el lugar destinado a pernoctar, sin contacto alguno con el exterior, privándolo de actividades sociales, laborales, educativas y recreativas.

En este sentido, le cabe al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires y, específicamente, a las autoridades de la Secretaría de Niñez y Adolescencia y del Servicio Penitenciario Bonaerense, arbitrar todos los medios conducentes para denunciar, prevenir y hacer cesar toda práctica que, so pretexto de imponer criterios disciplinarios o de sancionar por indisciplina a los jóvenes privados de su libertad, importen una violación de los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niños, las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores conocidas como Reglas de Beijing y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la Libertad.

Encontramos especial relevancia en el presente fallo, debido, no solo a la cantidad de derechos que se verificaron conculcados por el Tribunal competente como el derecho a la salud, trato digno, prohibición de castigos crueles e inhumanos, privación de la libertad solo en casos excepcionales y por el tiempo más breve posible, sino por ser de índole colectivo, afectando a un sinnúmero de jóvenes que se encontraban y encuentran actualmente dentro del Sistema Penal Juvenil y que sirve como base jurisprudencial para fundamentar la problemática planteada en el presente Trabajo Final de Grado.

4.4. Autos: “Campos, Juan José y Cáceres, Laura Dalia s/ homicidio agravado por el vínculo en dos oportunidades en concurso real con lesiones graves calificadas por el vínculo”.

Tribunal: Tribunal Oral de Menores N° 2 de Capital Federal.

Fecha: 18/10/05.

Actora: Ministerio Publico Fiscal

Demandada: Campos, Juan José y Cáceres, Laura Dalia

Hechos: El presente fallo se trata sobre el homicidio de dos menores de edad en manos de sus padres por medio de asfixio por sofocación y estrangulamiento, donde al momento de cometer el hecho, el progenitor de las víctimas, Juan José Campos era un adulto, pero la coautora y madre de los pequeños contaba con 16 años de edad, de manera que la relevancia de este fallo queda a la vista.

Los magistrados, de manera unánime concluyeron en la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño en relación a los delitos realizados por la menor Cáceres.

La Dra. Fellini sostuvo que “La mencionada Convención instauró un sistema diferente basado en el respeto de las garantías constitucionales, ejercida por los jueces que tienen la obligación de velar porque ellas no sean dejadas de lado.

Los arts. 37 y 40 de la misma, contienen normas de derecho penal en expresa contradicción a los presupuestos de medidas de seguridad, medidas y al procedimiento contemplado en la Ley 22.278”.

El art. 37 sostiene entre otras cuestiones la exclusión de la prisión perpetua y que la privación de a libertad se utilizará de última ratio y por el menor tiempo posible.

La Dra. Fellini sostuvo el evidente antagonismo entre la Convención y el Régimen Penal de Minoridad y recordó que la razón de ser de que la pena aplicable a menores de edad admita reducción se debe a que en la minoridad, el individuo se encuentra en un período de la vida en la que aún no ha concluido el proceso biológico de formación psicofísica, careciendo del estado de madurez que se requiere para advertir las consecuencias del obrar delictivo.

En la instancia anterior a la de éste tribunal, el juez decidió continuar aplicando la ley 22.278, con el mínimo establecido en dicha norma para este supuesto, que reducido al grado de delito tentado, quedó determinado en 10 años de prisión o reclusión.

La magistrada Fellini en disidencia con su colega de instancia anterior concluyó imponiendo la pena de 8 años de prisión al incluir la conducta en lo prescripto en la última parte del art. 80 CP, considerando a la Convención sobre los Derechos del Niño como ley más benigna.

La Dra. López Gonzales y el Dr. Talón coincidieron con la magistrada Fellini en cuanto a la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.5. Conclusión.

A lo largo del presente capítulo hemos brindado jurisprudencia que de sustento a nuestra postura, en relación a la importancia del respeto y la concordancia que debe existir entre la normativa vigente con respecto a la minoridad en conflicto con la ley penal y el bloque de constitucionalidad.

En los fallos “Axat Della Croce” y “Cejas Meliari” observamos cómo tanto el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires como el máximo tribunal de justicia de la nación fueron coincidentes en la supremacía y el respeto que se debe tener por la Carta Magna y los Pactos Internacionales en ella incluidos, La Convención de los Derechos del Niño entre ellos, como normativa máxima en cuanto a menores de edad.

En cada uno de los fallos traídos a colación se resalta la importancia por el respeto del desarrollo de la integridad física y mental de los niños, niñas y adolescentes, los cuales deben ser tratados con especial atención y cuidado debido al momento que transitan en sus vidas; momento en el cual aún se encuentran en pleno desarrollo físico, mental y emocional, donde no ha culminado el mismo y por lo tanto no son capaces de comprender y racionalizar el verdadero valor de su actuar.

Conclusión Final

En el fallo “Cejas Melliare” observamos una sentencia apelada mediante un habeas corpus colectivo y correctivo a raíz de que la misma era contraria a la Constitución Nacional y los compromisos asumidos por los Tratados Internacionales asumidos por la Nación, en razón de que los menores deben ser objeto de un trato especial en virtud de su mayor vulnerabilidad y por lo tanto es el Estado quien debe garantizar el control periódico de las condiciones de detención de todos los menores de edad privados de su libertad en lugar de obstaculizar dicho control.

Nos encontramos en total acuerdo con esta resolución ya que la limitación de la libertad, además de las condiciones insuficientes de detención en las que se encontraban los menores es una cuestión que provoca un fuerte menoscabo espiritual y físico en la persona, más aún cuando se trata de menores de edad.

Dicho esto concluimos que el art. 3 de la Convención sobre los Derecho del Niño el cual reza que primará el interés superior del niño en todas las medidas que se tomen sobre su persona, se ve vulnerado tal cual se observa en el fallo “Cejas Melliare” como también en el fallo emitido a raíz del recurso interpuesto por el Dr. Axat Della Croce.

Otras aristas importantes de nuestra investigación, como lo son el derecho a la libertad ambulatoria y los principios de inocencia, legalidad y reserva, todos amparados en la Carta Magna y en la Convención sobre los Derechos del Niño se observan menoscabados continuamente en virtud de que la normativa actual en vigencia , es decir la ley 22.278 se halla en contraposición con la mencionada Convención y, para nosotros esta última es la ley madre en cuanto a menores se refiere, y en definitiva debe ser tenida en cuenta como ley más benigna tal como lo recalcó la Dra. Fellini en su sentencia en autos “Campos, Juan José y Cáceres, Laura Dalia s/ homicidio agravado por el vínculo en 2 oportunidades e concurso real con lesiones graves calificadas por el vínculo”.

A lo largo del capítulo de Jurisprudencia demostramos la controversia de los arts. 1, 2 y 4 del Régimen Penal de Minoridad, como así también que la facultad tutelar de los magistrados del art. 3 es en ocasiones un tanto extralimitada.

Dada la continua y creciente tensión entre el Régimen Penal de Minoridad y el bloque de constitucionalidad creemos conveniente la creación de un Código Penal de Menores y abogamos por medidas alternativas de resolución de conflictos, como lo remarcamos en el capítulo 3.3 amén de la justicia restaurativa.

Por todo lo expuesto a lo largo de nuestro Trabajo Final de Grado creemos que se debe derogar la Ley 22.278, ley más antigua que la Convención sobre los Derechos del Niño y ajustarla a los estándares planteados por la mencionada Convención y sus posteriores Protocolos Facultativos que la fueron complementando.

De esta manera conseguimos corroborar la hipótesis propuesta al inicio del Proyecto de Investigación Aplicada, en donde planteamos que el Régimen Penal de Minoridad transgredía los lineamientos impuestos por el Bloque de Constitucionalidad ya que es incuestionable que numerosos principios como el de Reserva, Legalidad, Inocencia y el Derecho a la Libertad Ambulatoria se ven afectados por el Régimen Penal de fondo como lo expusimos a lo largo del Trabajo.

Si bien es cierto que al final de cuentas, el magistrado es el encargado de interpretar la ley y aplicarla al caso concreto según su sana crítica, no es aceptable una normativa de fondo que no sea acorde a la Carta Magna, como así también con la Convención sobre los Derechos del Niño vista como ley suprema en todo lo atinente a menores de edad, ni mucho menos una que posibilite la afectación de un derecho tan fundamental como el de la libertad, el cual siempre provoca un impacto negativo en la persona, mucho más cuando se trata de menores de edad.

Para culminar de manera final con nuestro Trabajo Final de Grado recordamos los dichos de Pitágoras: “Educad a los niños y no tendréis que castigar a los hombres”.

Bibliografía

Doctrina

1. Beloff, M. (2017), “Nuevos Problemas de la Justicia Juvenil”. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires.
- 2.- D’antonio, D. (1999), “Práctica del Derecho de Menores”. Editorial Astrea. C.A.B.A.
- 2.- Degano, J. (2005). “Minoridad: La Ficción de la Rehabilitación”. Editorial Juris. Rosario.
- 3.- Fellini, Z. (2019). “La Problemática Penal Juvenil”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.
- 4.- Marcòn, O. (2004). “Derecho de Menores Interdisciplinario”. Editorial Juris. Rosario.
- 5.- Marcòn, O. (2005). “Delincuencia Juvenil”. Editorial Juris. Rosario.
- 6.- Quinteiro, A. (2018). “Aportes Para una Justicia Especializada para Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal”. Editorial Jusbaies. C.A.B.A.
- 7.- Terragni, M. (2015). “Proceso Penal Juvenil”. Editorial La Ley. Buenos Aires.

Legislación

1. - Constitución Nacional Argentina (sancionada: 22 de agosto de 1994)
2. - Convención Sobre los Derechos del Niño (sancionada: 27 de septiembre de 1990)
3. - Código Civil y Comercial de la Nación (sancionada: 01 de agosto de 2015).
4. - Ley N° 10.903 Patronato de menores (Promulgada: 21 de octubre 1919).

5. - Ley 22.278 Régimen Penal de Minoridad (sancionada: 25 de agosto de 1980)
6. - Ley 24.050 Competencia Penal del Poder Judicial de la Nación (Promulgada: 30 de diciembre de 1991)
7. - Ley 25.875 Procuración Penitenciaria (sancionada: 17 de diciembre de 2003)
8. - Ley 26.827 Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumana o Degradante (sancionada: 28 de noviembre de 2012)
9. Resolución N° 45/112 Directrices de Riad (sancionada: 14 de diciembre de 1990)

Jurisprudencia

- 1.- “Cejas Meliari, A. S/ Habeas Corpus” (Expte. CCC 33893/2014/1/1/Rh1)
- 2.- “Niños y Adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/ Habeas Corpus colectivo” (Expte. 52327)
- 3.- “Campos, Juan José y Cáceres, Laura Dalia s/ homicidio agravado por el vínculo en dos oportunidades en concurso real con lesiones graves calificadas por el vínculo” (Expte. 3594)