



**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Sede Regional Rosario**

**Carrera de Abogacía**

**Régimen Penal de la Minoridad. Nuevo Paradigma**

**2012**

**Tutor: Dr. Ademar Bianchini**

**Alumno: Damián Alejandro Calera**

**Título al que aspira: Abogado**

**Fecha de presentación: 5 de Noviembre de 2012**

*A mi familia por el gran apoyo brindado, al Dr. Ademar P. Bianchini por su paciencia, sabiduría, enseñanzas jurídicas y morales diarias, a ellos y a todas las aquellas personas que estuvieron a mi lado durante esta gran etapa de mi vida.*

**Área:** Derecho Público, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal.

**Tema:** Régimen Penal de la Minoridad

**Título:** Régimen Penal de la Minoridad. Nuevo Paradigma.

**Problema:** Inconstitucionalidad del Modelo Actual.

**Hipótesis:** *“El actual régimen penal de la minoridad se monta sobre un andamiaje jurídico violatorio de derechos y garantías de raigambre constitucional, privando de esa manera a los niños, niñas y adolescentes del pleno goce de aquellos, tanto en el marco del proceso penal como en la ejecución de sentencia”*

**Objetivos Generales:** Demostrar el fracaso del “modelo tutelar” (también conocido como “de la situación irregular”) frente a su examen de constitucionalidad.

**Objetivos Específicos:** Fundamentar la necesidad de una reforma legislativa en armonía con la carta magna y los instrumentos internacionales. Contribuir a brindar una solución mediante la elaboración de una propuesta superadora.

**Metodología:** Para la realización de este trabajo realizaremos una investigación documental. Analizaremos la normativa que consideramos necesario modificar, estudiaremos la doctrina especializada en la materia, pondremos de manifiesto como se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto en nuestro derecho y analizaremos el Derecho Comparado.

**Medios y Recursos:** Legislación Argentina y comparada. Jurisprudencia: Manuales, tratados, libros especiales en la temática, revistas jurídicas, actos de jornadas de derecho Penal, conclusiones de congresos y ponencias.

## 1.- Resumen.

En el presente trabajo de investigación abordaremos la problemática que presenta el actual sistema penal de la minoridad regulado por el decreto ley 22278/80; y plantaremos una propuesta superadora en armonía con los estándares internacionales.

La hipótesis que exponemos es la siguiente: *“El actual régimen penal de la minoridad se monta sobre un andamiaje jurídico violatorio de los derechos y garantías de raigambre constitucional, privando de esa manera a los niños, niñas y adolescentes del pleno goce de aquellos, tanto en el marco del proceso penal como en la ejecución de sentencia”*.

Será necesario para dilucidar la cuestión recordar las distintas etapas de la regulación del régimen penal juvenil, no sólo a grandes rasgos como se fue dando en la historia de la humanidad, sino también, en la legislación nacional, profundizando en el estudio del sistema en vigor; asimismo es menester conocer las distintas opiniones vertidas tanto en doctrina como en jurisprudencia (Tribunales Orales de Menores, Casación y Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Luego, veremos las tendencias a nivel internacional para el tratamiento del tema que nos convoca, haciendo el cotejo correspondiente en el derecho comparado.

Una vez individualizada la problemática del sistema vigente desde las distintas perspectivas objetivas, pasaremos a elaborar la propuesta superadora a la luz de los paradigmas modernos.

Finalmente, retomando los conceptos de los primeros capítulos, expresaremos las conclusiones a las que arribamos en el presente trabajo de investigación.

## **2.- Estado Actual de la cuestión.**

El desarrollo del tema elegido despierta mucha preocupación en doctrina porque el actual régimen se hace insostenible debido a las inconstitucionalidades que presenta.

El cambio que se avecina se dirige hacia un modelo que recepte la protección integral de los derechos de los menores de acuerdo a los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Debe destacarse que existe profusa legislación en otros países que han adoptado el sistema de la protección integral de derechos en el marco regulatorio del régimen penal minoril, hay también jurisprudencia que ha ido abriendo caminos, y dentro de los autores nacionales de renombre que han hecho interesantes aportes podemos citar a Mary Beloff, Julio Maier, Eugenio Zaffaroni, entre otros.

## **3.- Marco teórico.**

Para la realización de nuestra labor requerimos utilizar los conceptos que a continuación se exponen.

Comenzaremos por definir al Niño como *“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”*, definición que se encuentra en el primer artículo de la Convención sobre los derechos del niño, creemos conveniente adoptar dicho concepto dada la jerarquía de la fuente. Utilizaremos como sinónimos de “niño” los vocablos “menor”, “adolescente” por cuestiones de practicidad.

Otro concepto relevante es el de **Interés Superior del Niño**. La expresión esta consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dice: “...*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...*”, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño

Siguiendo con las conceptualizaciones, el desarrollo del presente plantea el cambio de paradigmas, el paso del **modelo tutelar** al de la **protección integral**.

*Por Modelo Tutelar o de Situación Irregular* entendemos aquel sistema que se fundamenta en el patronato del estado sobre la persona del menor, considerándolo a aquel como objeto de protección.

En cambio, el *sistema de la protección integral*, es aquel que se basa en el menor como sujeto de derecho al cual se le deben satisfacer la totalidad de las garantías constitucionales cuando el mismo enfrenta un proceso penal. Los pilares de este nuevo régimen son el interés superior del niño, el reconocimiento de los mismos como sujetos de derechos y de su capacidad progresiva para ejercerlos, la desjudicialización de la problemática social que afecte a los niños, la protección de la familia y del vínculo del niño a la autoridad parental, y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección.

A modo de panorama general, el comienzo del presente se lo hará abordando en el primer capítulo la evolución histórica del régimen penal de la minoridad. En el

segundo capítulo nos adentraremos de lleno al tema específico, esto es el sistema vigente (Decreto-Ley 22278). En el tercer capítulo pondremos de manifiesto la problemática de este instituto a través de la óptica jurisprudencial. En el capítulo cuarto y quinto desarrollaremos el derecho comparado Latinoamericano y europeo. Luego expondremos las conclusiones y nuestra propuesta en el sentido de que creemos se hace necesaria una modificación sustancial en la regulación legal del instituto.

#### **4.- Introducción.**

Este trabajo de investigación se circunscribe al área del Derecho Público, más específicamente al Derecho Penal.

La motivación de este trabajo, es precisamente coadyuvar a la concreción de un cambio en el orden nacional, esto es un instrumento legal que permita ampliar los derechos de los menores en conflicto con la ley penal. Si ello se concretase habremos logrado un aporte que estimamos será coincidente con los principios que inspiraron la reforma constitucional de 1994, que da plena operatividad constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de justicia plena.

Nuestro objetivo surge de una necesidad social de que se vea garantizado el debido proceso a los menores en conflicto con la ley penal, cosa que no sucede en el marco de la regulación actual y que no es dable tolerar en los albores del Siglo XXI.

## **Capítulo I**

# **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL EJERCICIO DEL PODER COACTIVO ESTATAL SOBRE LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL**

**SUMARIO:** 1. Consideraciones Generales - 2. Tratamiento en la legislación penal nacional - 3. Conclusiones.-

## **1.- CONSIDERACIONES GENERALES**

El tratamiento que se le ha dado a la regulación del régimen penal juvenil ha ido cambiando a lo largo del tiempo a la par de los cambios de paradigmas que se iban suscitando.

En un primer momento no hubo distinción alguna entre el régimen de menores con respecto al de adultos, tanto los unos como los otros se encontraban en la misma posición jurídica respecto a la ley penal. Luego con el advenimiento del siglo XX surgió el sistema tutelar, el mismo tenía por objeto la protección del menor a través del patronato ejercido por el juzgador, el menor en conflicto con la ley penal paso a ser “objeto de protección”, pero lamentablemente esto último importó la restricción de la mayoría de todos los derechos y garantías consagrados en los ordenamientos internacionales de jerarquía superior a las leyes, restricción que no se daba cuando un adulto se encontraba ante la misma situación ya que éste último gozaba del debido proceso.

Las nuevas tendencias a nivel internacional plantean un tratamiento distinto basado en la consideración del menor como sujeto de derecho al cual se le deben reconocer todos los derechos y garantías del ordenamiento jurídico tanto interno como internacional, lo que implica entre otras cosas, que los mismos sean oídos y que su opinión sean tomada en cuenta en el marco de un debido proceso en el cual tengan representación de un letrado, puedan recurrir las decisiones judiciales, produzcan y controlen la producción de la prueba, puedan alegar, etc. En este nuevo paradigma se prevé un régimen legal especial, dadas las condiciones especiales propias de todo ser humano que se encuentra en una etapa evolutiva del desarrollo tanto físico como

intelectual, donde aún no han completado sus capacidades biológicas de comprensión de lo antijurídico por lo que no se les puede hacer un mismo juicio de reprochabilidad que a un adulto que ha completado su proceso de maduración. Entre otras cosas, plantean distintas sanciones según la gravedad de la infracción cometida, y las mismas contemplan el respeto al interés superior del menor para así poder obtener una reinserción del mismo a la comunidad, que el mismo comprenda y respete el estado de derecho, y concientizarlos sobre las consecuencias del actuar antijurídico.

El doctor Carlos Vázquez González en su análisis sobre el desarrollo histórico del tema en tratamiento, expresa lo siguiente: *“el devenir del transcurso de los tiempos, el tratamiento de la delincuencia juvenil ha sufrido importantes transformaciones. En una primera época (la Escuela Clásica), estuvo en vigor el denominado “modelo punitivo o penitenciario” que consideraba a los niños como “adultos en miniatura”. Los menores eran sometidos a las mismas reglas que los adultos. Si el menor era reconocido culpable se lo condenaba, siendo su máxima expresión de benignidad concederles una atenuación de las penas. Este modelo, fue sustituido a finales del s. XIX y principios del s. XX, por el “modelo de protección” promovido por los movimientos filantrópicos norteamericanos (the Child Savers movement), que consideraban al menor como una víctima a la que había que proteger, reconociendo merecedoras de protección todas aquellas situaciones denominadas “irregulares”: menores moralmente abandonados, en situaciones de riesgo, menores delincuentes, etc. A mediados de los años 50, como consecuencia del Estado del Bienestar (Welfare State) algunos países europeos optaron por un modelo educativo de justicia juvenil, aunque su incidencia se limitó a los Países Escandinavos y Escocia. Por último, los nuevos instrumentos supranacionales relativos a la justicia de menores y la Convención de los*

*Derechos del Niño, consiguen que los Estados realicen una serie de reformas que cuestionan el modelo de protección.*

*Dichas reformas se basan en una nueva representación de la infancia promovida por la Convención de los Derechos del Niño. En efecto, los menores dejan de ser víctimas inocentes necesitadas de protección por los adultos, y pasan a ser considerados “sujetos titulares de derechos”. Surge así, el “modelo de responsabilidad”, que se va a caracterizar por el reforzamiento de la posición legal del menor, produciéndose un acercamiento a la justicia penal de los adultos, en lo que a reconocimiento de derechos y garantías se refiere, así como por la afirmación de una mayor responsabilidad del joven en relación con el hecho realizado. En este modelo se trata de conjugar lo educativo y lo judicial, aplicando un modelo garantista y unas medidas de contenido eminentemente educativo. Debe tratarse ciertamente de una respuesta “responsabilizante”, que enfrente al menor con el sentido de desvalor social de su comportamiento.*

*El renovado interés por la infancia y la juventud y el cambio de paradigma al pasar los niños y jóvenes de ser considerados personas necesitadas de protección a sujetos de derechos, ha suscitado a su vez, un nuevo e inusitado interés por los jóvenes en conflicto social, por la delincuencia juvenil y por encontrar un sistema de justicia juvenil más eficaz a la par que garantista. Así el Derecho penal juvenil ha dejado de ser considerado un Derecho menor o un Derecho penal en miniatura, para ser considerado como un Derecho penal especial con un grado de autonomía e independencia cada vez mayor. Esta situación se debe sin duda a la enorme influencia que sobre la legislación penal de los países europeos han ejercido los textos internacionales, elaborados a finales del s. XX, por las Naciones Unidas y por el Consejo de Europa, al reconocer a*

*los menores los mismos derechos que a los adultos, y demandar una protección especial de la infancia basada en una asistencia particularizada y una protección judicial específica.”<sup>1</sup>*

En su explicación de cómo operó el cambio de paradigma en el mundo moderno Zaffaroni dice: *“El proceso de rejuridización comenzó en los años sesenta, con el famoso caso Gault en los Estados Unidos (un niño que hacía llamadas para proferir expresiones soeces contra su vecina fue internado hasta los veintiún años) y culminó en la últimas décadas del siglo pasado con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (conocidas como 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 la justicia juvenil (conocidas como Directrices de Riad). Con todo este arsenal, los niños y adolescentes entraron nuevamente a ser personas, cuyas garantías debe respetar cualquier ejercicio de poder punitivo. La idea central de este aparato normativo es que ningún niño puede estar en peor situación penal ni procesal que un adulto que hubiese realizado la misma conducta delictiva. Es muy elemental, pero costó un siglo lograrlo. La primera ley continental en este marco fue el Estatuto del niño y del adolescente de Brasil, de 1990.”<sup>2</sup>*

## **2.- TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL NACIONAL**

Argentina, en lo que respecta a niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, adopta la doctrina de la situación irregular. El proyecto de Carlos Tejedor (1865)

---

<sup>1</sup> <http://es.scribd.com/doc/61763524/Justicia-Penal-Juvenil> 4/11/2012

<sup>2</sup> Zaffaroni, Eugenio Raul – Alagia, Alejandro – Slokar Alejandro. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. P. 163-165 Editorial Ediar. 2º Edición. Buenos Aires. 2006.

en el artículo 2 inc. 1 del título III establecía el límite de la inimputabilidad en los 10 años. Este proyecto, adoptado en varias provincias entre ellas Tucumán (1881), dejaba en manos del juez la imputabilidad de los menores, entre los 10 y los 14 años, y atenuaba la pena por los delitos cometidos, entre los 14 y los 18 años. Los siguientes intentos: el Código Penal de 1886 (ley de 1920), el de 1891 (Rivarola Matienzo Pinero), el de 1906 y el de 1917, que luego se transformaría en Código Penal en 1922. El Código Penal Argentino dedicó al menor disposiciones marcadamente protectorías dentro del título sobre imputabilidad (desde el artículo 36 al 39), en el que estableció un sistema en el que se excluía de pena al menor de 14 años y se lo sometía a un régimen tutelar; con exclusión de la aplicación de pena a los menores entre los 14 y 18, éste régimen de protección podía extenderse hasta la mayoría de edad, de esta manera, se introdujo la doctrina de la 'peligrosidad o futura peligrosidad' y el concepto de 'delito del autor'. Un ejemplo de ello es el artículo 36 del Código de 1922, mediante el cual se facultaba al juez a entregar al menor a sus padres, tutores, guardadores o a colocarlo en un establecimiento destinado a la corrección hasta que cumpliera los 18 años, además, establecía que si la conducta del menor en el establecimiento donde estuviere "diese lugar a suponer que se trata de un sujeto pervertido o peligroso, el tribunal podrá, después de las comprobaciones necesarias prolongar su estadía hasta los 21 años". Entre el Proyecto del Código Penal de 1917 y su promulgación en 1922 también se dictó la Ley de Patronato de Menores o Ley Agote (1919), la cual regulaba el Patronato del Estado sobre los menores de edad (derogada en 2005). La ley 10.903 de Patronato de Menores, ejercido a través de los jueces, desarrolló un plexo normativo destinado a prever conflictos y atender carencias de la infancia. Con la sanción de éste Código Penal y la Ley Agote se instaló, definitivamente, el criterio de peligrosidad del menor en la

sociedad argentina, criterio reafirmado por la Corte Suprema, que indicó, en el caso Castañeda Galvino, que cuando la gravedad del hecho delictuoso y las circunstancias relativas a como fue cometido perfilan la personalidad moral del reo (con 16 años a la fecha del delito) como un sujeto de instintos perversos y criminales no procede la reducción de la pena que autoriza el artículo 37 inc. B del Código Penal. En el mismo sentido, la doctrina de la época afirmaba que, independientemente de la gravedad del delito, se tomaba en consideración la temibilidad del menor... temibilidad caracterizada por un estado de peligro para la sociedad, de inadaptación en que se encuentra una persona: su perversión. Especial y marcada tendencia constante y activa a delinquir. Criterio eminentemente represivo.

En 1954 la ley 14394, llamada de 'modificación del régimen de menores y la familia', que poseía marcados acentos tutelares y pedagógicos, con el pretexto de mejorar la situación del menor, derogó del Código Penal los artículos 36 al 39. De esta forma, separó al menor del Código Penal y despenalizó la situación de los que estuvieren en conflicto con la ley penal; se dividió el espectro de los menores de edad en las categorías: menores inimputables (hasta los 14 años), imputables de sanción eventual (entre los 14 y los 16 años) y menores imputables con tratamiento especial para su detención y prisión (entre los 16 y la mayoría de edad). Además, fijó un régimen diferencial para la ejecución de penas a menores entre los 18 y los 22 años y acentuó las manifestaciones tutelares de la intervención judicial. La idea era sustraer a los menores del Código Penal para ser sometidos a un régimen especial que se adecuara a cada uno, destinándolos, cuando correspondiere, a establecimientos asistenciales y educacionales. Se trataba de una ley típicamente enmarcada entre las normas correspondientes al derecho de menores en atención a su finalidad tutelar y pedagógica, y reeducador, las

medidas tutelares que podían disponer los jueces abarcaban un amplio espectro que permitía atender, con los elementos correspondientes, al caso particular.

Con la sanción de la ley 22.278 (1980) y la 22.803 (1983), que se encuentran aún en vigencia, terminó por definirse el sistema tutelar en la Argentina. Esta normativa estableció un tratamiento indiferenciado entre los niños infractores a la ley penal, de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad (abandono, falta de asistencia, peligro moral y material, problemas de conducta), y para ambos prevé las mismas medidas. Los niños y adolescentes que el Estado considera débiles, dependientes y sin autonomía son objeto de un manejo discrecional bajo el rótulo tutelar correccional por parte de los magistrados. Este sistema tuvo como consecuencia el desconocimiento de los derechos propios de los niños y de sus derechos fundamentales, provocando la judicialización de este problema social.

En el artículo 1 -párr. 2- se consagra lo que se denomina 'disposición provisional' por parte del juez, posibilitándosele la adopción de medidas típicamente protectorías, y dice que cuando se trate de menores de 16 años, sindicado como autor de un hecho que, asumido por un adulto constituiría delito, se abre para el órgano jurisdiccional la facultad y el deber de tomar en consideración el hecho acaecido o la conducta observada para, a partir de allí, mentar cuáles han de ser las medidas tutelares de aplicación. Por lo tanto, concurren deberes jurisdiccionales expresamente impuestos por el régimen legal acerca de la incapacidad penal del menor y aquellos que derivan de su propia condición de magistrado, consagrados en la ley de Patronato del Estado en relación a menores de edad. No se dispone de un menor porque haya sido autor del ilícito que se le impute, sino que se dispone del menor porque se halla moral y materialmente abandonado o en

peligro moral, situaciones que el propio artículo 21 de la ley 10903 se encargaba de definir.

Estos tribunales especializados de menores se instituyeron en la década del 30 y creaban un juez padre que, a partir de su propio manejo, costumbre, criterio o tradición, resolvía la situación del menor que no tenía derechos. Las funciones asignadas excedían lo jurisdiccional y le otorgaban a los jueces de menores la capacidad real de diseñar y ejecutar las políticas para la infancia pobre. Así se instaló la práctica de avocarse a los más variados problemas sociales, adquiriendo, además de la jurisdiccional, competencia en materia asistencial. Luego, la falta de recursos y, quizá, la falta de voluntad política motivaron la judicialización de la minoridad. Las medidas judiciales suplieron a las sociales y las normas jurídicas se convirtieron en el sucedáneo menos oneroso frente a la ausencia de políticas sociales básicas adecuadas. Sin embargo, estos poderes absolutos se transformaron en nada frente a la falta de recursos técnicos y financieros. En esta judicialización de la problemática social, en consonancia con la ley 10.903, con eufemismos, incluso bien intencionados, se ocultaron verdaderos atentados contra la dignidad y derechos fundamentales de los niños. De modo tal que, verificada la existencia de una situación irregular, el Estado reemplaza la autoridad de los padres por la del juez, y ejecuta en forma centralizada sus políticas asistenciales. Esto evidencia la subsistencia de una confusión propia del Positivismo, que ligó las necesidades de apoyo o carencias del menor con una cierta tendencia causal hacia la delincuencia, demostrando que nuestra cultura no ha podido ofrecer protección a los sectores más vulnerables de la sociedad.

La ley 22.278/22.803 referente al régimen penal de la minoridad, como casi todos los ordenamientos jurídicos de origen latino, reposa sobre la idea de violencia

identificada con la agresión y programan su intervención en relación a la niñez infractora o abandonada, llamándola en 'situación irregular'. La intervención es punitiva: el encierro, que implica reproducción de violencias. La ley encauza los recursos sociales al amparo del menor, pero a la vez amparando a la sociedad. El juez tiene la misión de hacer efectivo ese amparo a través de una intervención estatal coactiva, mediante la resocialización y tratamiento de sujetos peligrosos, apartándose el Derecho Penal de Menores, del Derecho Penal y de las garantías; abandonando una función jurisdiccional.

Lo que prevaleció en nuestro país es que al socaire de la protección de menores abandonados fue el sentimiento de seguridad social, desde que, imbuidos en el lenguaje del positivismo criminológico y en la idea spenceriana, se veía al abandonado como poseído de un alto grado de peligrosidad social, un seguro delincuente a corto plazo. Resultaba lógico, entonces, que la ideología de la Seguridad Social, que aún hoy muchos jueces de menores entienden representar, delimitara el sector criminalizable, hubiera mediado o no comisión de un delito.

El chico que tenemos en nuestros institutos, es, generalmente, el que aparece como derivado de todo el proceso de migraciones internas que determina una profunda inseguridad. Llega a una sociedad hostil... segregación, estigma y marginación son la consecuencia; instituto, el instrumento de contención y domesticación.

En síntesis, el régimen penal juvenil que nuestro país estableció en el devenir de su evolución fue bajo el paradigma tutelar, los cambios que se fueron dando en relación a una edad mínima para la punibilidad de menores oscilaron entre los catorce y los dieciséis años de edad. El código penal de 1921 instauraba la edad de punibilidad de los menores en los catorce años de edad. Luego hacia 1954 la reforma introducida por la ley 14394 elevó el mínimo a dieciséis años de edad, más tarde y en el marco de la dictadura

miliar, a través del decreto ley 21338 quedó derogada la norma anterior en forma parcial y se redujo la edad de punibilidad a los catorce años, tal como fue originariamente. En 1980 se sanciona el decreto ley 22278 que mantenía la edad mínima sin nueva modificación, hasta que tres años más tarde y antes de la vuelta a la democracia la edad de punibilidad fue elevada una vez más a los 16 años.

Pese a los inconvenientes que presenta, el sistema tutelar es el que rige hoy en día en Argentina a través del decreto ley 22278, el cual analizaremos en profundidad en el próximo capítulo.

### **3.- CONCLUSIONES**

Según surge de lo expuesto, podemos advertir que, contrariamente con las nuevas tendencias internacionales respecto al tratamiento jurídico de la situación de menores en conflicto con la ley penal, el régimen Argentino no ha evolucionado, no ha experimentado ningún cambio pese a la demanda social al respecto. Es menester la adecuación a los nuevos parámetros porque el fracaso del modelo que rige en la actualidad es evidente, esto ya ha sido advertido a nivel mundial y se ha revertido no sólo mediante cambios legislativos, sino también de políticas públicas destinadas a una mejor administración de justicia juvenil.

## **Capítulo II**

### **ANALISIS DOCTRINARIO DEL REGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD VIGENTE Y CRITICAS**

**SUMARIO:** 1. Consideraciones Generales. 2. Desarrollo del Régimen Penal de la Minoridad Actual 3. Análisis Doctrinario 4. Críticas de Organismos Nacionales e Internacionales

## **1.- CONSIDERACIONES GENERALES**

En la actualidad, rige el sistema tutelar, sistema que fue ideado a comienzos del siglo XX con una finalidad tuitiva del menor, cuando debió ser tuitiva de los derechos del mismo.

En el marco este antiguo paradigma tutelar encontramos a la que es norma vigente y reguladora del régimen penal juvenil, proveniente del último gobierno de facto. Es necesario recordar que dicha norma (Decreto-Ley) carece de toda legitimidad dada la fuente de la cual emana, no obstante, rige bajo la numeración 22278.

La norma en análisis modificó la ley 14394 y fue modificada por las leyes 22803, 23264 y 23742. Esta norma es de corte inquisitivo, incompatible con la Constitución Nacional y Convenciones Internacionales.

## **2.- DESARROLLO DEL REGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD**

### **ACTUAL**

A continuación desarrollamos el contenido del actual régimen para luego poner de manifiesto el respectivo análisis jurídico.

### **AMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL. EDAD DE PUNIBILIDAD**

Según el sistema actual, los niños que no hayan cumplido dieciséis años de edad no son punibles, así como 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 (Art. 1).

Los menores punibles son aquellos que se encuentran en la faja etaria que comprende a mayores de 16 que no hayan cumplido 18 años de edad, siempre que no se encuentren en las situaciones de excepción ut supra indicadas.

El régimen se aplica aun cuando el menor fuere emancipado (Art. 9)

### **DISPOSICIÓN JUDICIAL DEL MENOR**

Cuando los menores punibles se encuentran imputados de la comisión de un delito son puestos provisionalmente durante la tramitación de la causa a disposición del juez, 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.

La autoridad judicial tiene las siguientes facultades: *“La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2º 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.*

2º) *Que haya cumplido dieciocho años de edad.*

3º) *Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.*

*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, **puediendo 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 2º.”*

De lo normado se desprende que el Tribunal que haya resuelto declarar penalmente responsable al niño imputado debe decidir a posteriori sobre la necesidad de la imposición de una pena según el resultado de su tratamiento tutelar.

Es decir, si existió una previa declaración de responsabilidad penal del niño, el Tribunal puede: suspender el trámite hasta una fecha determinada a la espera de la evolución del tratamiento tutelar y en ese momento resolver si corresponde o no imponer una pena y en su caso fijar el monto o, junto con la declaración de responsabilidad penal del imputado (y previa verificación del cumplimiento de ciertos requisitos), resolver en el mismo acto su situación y decidir si corresponde o no imponer una sanción penal.

Esta norma indica además los requisitos y las circunstancias a tener en cuenta para los casos en que se resuelva imponer una pena al niño declarado previamente penalmente responsable. Su primer párrafo establece que la imposición de pena respecto

de un niño estará supeditada a tres requisitos: su previa declaración de responsabilidad penal y la civil si correspondiere; que haya cumplido dieciocho años de edad; y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Verificados los requisitos enunciados precedentemente, el Tribunal decidirá sobre la imposición de pena, previamente a tener en cuenta las modalidades del hecho, los antecedentes de la causa, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por éste respecto del imputado.

Del tenor literal del artículo 4° no parecen desprenderse las conclusiones a las que arriban en general los defensores (técnicos o los públicos de menores e incapaces en su cada vez más activa intervención procesal). En tal sentido, es absolutamente clara la letra del artículo al utilizar el giro "pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa". De lo cual se desprende que **se trata de una facultad y no de una obligación**.

Sin embargo, como lo señalamos en la introducción, el problema sobre este punto no se reduce a la simple interpretación de una norma de derecho común, sino a su relación con las normas de jerarquía superior (constitucionales) que determinan la medida y el límite de la pena.

Desde este punto de vista, debemos analizar el límite máximo que corresponde a la pena según el régimen legal para los adultos, pues estas reglas de garantía también rigen para los niños, para luego considerar las normas específicas referidas a las personas menores de dieciocho años penalmente responsables según la ley argentina.

La ley establece la disposición (expresión que al entender de Zaffaroni evoca “propiedad”) del menor por parte del juez, el cual en el ejercicio de la misma determinará:

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su *protección integral*. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las **medidas que crea convenientes** respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;

b) La consiguiente **restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela**, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;

c) El **discernimiento de la guarda** cuando así correspondiere.

La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

## **INSTITUCIONES ENCARGADA DE LAS INTERNACIONES**

En jurisdicción nacional la autoridad técnico-administrativa con competencia en el ejercicio del patronato de menores se encargará de las internaciones que por aplicación de los artículos 1º y 3º deben disponer los jueces.

En su caso, motivadamente, los jueces podrán ordenar las internaciones en otras instituciones públicas o privadas.

## **REINCIDENCIA**

Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad.

Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente.

## **EJECUCION PENAL**

Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.

La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en institutos especializados.

## **EFFECTOS RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD**

Respecto de los padres, tutores o guardadores de los menores a que se refieren los artículos 1º y 2º, el juez podrá declarar la privación de la patria potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere.

## **PROCESO EN LA MAYOR EDAD**

Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inciso 3º del artículo 4º se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndoselo complementar con una amplia información sobre su conducta.

Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido.

## **3.- ANALISIS DOCTRINARIO**

Para una mejor comprensión de las falencias que presenta nuestro sistema punitivo juvenil creemos conveniente poner de manifiesto las opiniones vertidas por los juristas.

Refiriéndose al sistema vigente en Argentina, el cual como dijimos en el Capítulo I, es de corte “tutelar”, Eugenio Zaffaroni, en su obra “MANUAL DE DERECHO PENAL – PARTE GENERAL”, al respecto dice lo siguiente: *“Respecto de los niños y adolescentes el poder punitivo muestra sus mayores contradicciones, su*

*ineficacia preventiva, su inhumanidad, su violencia, su corrupción; todo surge con meridiana claridad y, por ende, ha optado por encubrirse bajo el manto tutelar y ser allí más autoritario que respecto de los adultos. En ocasiones se quita la máscara y aspita a reprimir la precocidad y a sostener que todos los niños infractores son hijos de delincuentes que se reproducen, y se lanza a un sistema penal subterráneo de ejecuciones sin proceso y escuadrones de la muerte. Pero durante años se ha cubierto con una máscara de piedad y ha pretendido que los niños y adolescentes debían quedar fuera del derecho penal, tutelados con medidas educativas y formadoras. En realidad, la inquisición y el positivismo triunfaron más ampliamente y durante muchos más años en el campo de los niños, con este llamado derecho del menor de pretendida naturaleza tutelar. Con el pretexto de la tutela (ideología mundial al respecto consagrada desde comienzos del siglo XX) los niños y adolescentes eran prisionizados sin proceso ni defensa, por decisiones arbitrarias de jueces e incluso de autoridades administrativas. Su incapacidad hacía que no hubiese obligación alguna de escucharlos y menos aún de atender sus demandas. Como las medidas eran tomadas en su favor, no eran necesarias las garantías....En el sistema vigente en el país los niños no son responsables penalmente hasta los diez y seis años, pero el artículo 10... dispone en síntesis que el juez puede hacer con el niño lo que quiera, es decir, internarlo hasta los veintiún años, entregarlo a los padres, o sea, disponer del menor (expresión que evoca el derecho de propiedad). Los menores de diez y seis años pueden o no ser inimputables, pero si no lo son, opera en su favor una causa personal de exclusión de pena. Además, incluso siendo inimputables, tienen el derecho de ser oídos y de beneficiarse con todas las eximentes y atenuantes que operan a favor de los adultos que hubiesen cometido los mismos hechos, por imperio de la convención con jerarquía constitucional. Así, si un*

*niño de quince años comete un parricidio justificado por la legítima defensa de su madre, el juez no puede imponerle una pena hasta los veintiún años invocando que la ley lo faculta cuando el niño tuviese problemas de conducta. La nebulosa apelación a los problemas de conducta para permitir la imposición de una pena de prisión por años, es una cláusula similar a la reforma nacionalsocialista de 1933 al código alemán, en cuanto a la introducción de la analogía.”<sup>3</sup>*

#### **4.- CRÍTICAS DE ORGANISMOS NACIONALES -INTERNACIONALES**

##### **AL SISTEMA VIGENTE**

##### **CONSEJO FEDERAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA**

El consejo federal de la niñez, adolescencia y familia es órgano creado por la ley 26061 en el año 2005, está integrado por quien ejerce la titularidad de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y por los representantes de los Órganos de Protección de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia existentes en cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dentro de las principales funciones del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia se destacan las siguientes acciones: concertar y efectivizar políticas de protección integral de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y sus familias; efectivizar, conjuntamente con la SENAF, la transferencia de los fondos a los estados provinciales para el financiamiento de dichas políticas; y promover, de manera

---

<sup>3</sup> Zaffaroni, Eugenio Raul – Alagia, Alejandro – Slokar Alejandro. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. P. 163-165 Editorial Ediar. 2º Edición. Buenos Aires. 2006.

conjunta, mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

El consejo señaló en su fundación *‘atento a las gravísimas dificultades que se verifican en relación a niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia envió una carta a los titulares de las Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación, en la que señala la imperativa necesidad de derogar las disposiciones de la Ley N° 22.278, dando paso a un régimen legal acorde a la Doctrina de la Protección Integral de Derechos’* 15 de diciembre del 2006.

### **COMITÉ DE EXPERTOS DE DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS**

Al analizar el sistema juvenil argentino expresó “El Comité reitera su profunda preocupación por el hecho de que la Ley N° 10.903, de 1919, y la Ley N° 22.278, que están vigentes y se basan en la doctrina de la "situación irregular", no distinguen claramente entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia. A este respecto, el Comité observa que el Congreso está debatiendo varios proyectos de ley para reformar el sistema de justicia de menores, en virtud de los cuales un juez puede ordenar la detención de un niño sin las debidas garantías procesales únicamente por su condición social, y que esa decisión no puede apelarse. Además, expresa su preocupación por el hecho de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 205 del Código Procesal Penal, un niño puede permanecer incomunicado hasta 72 horas. También observa con preocupación las precarias

condiciones en que se encuentran los niños privados de libertad, entre las que cabe citar la falta de servicios básicos adecuados, como los de educación y salud, la ausencia de personal debidamente formado y el recurso a los castigos corporales y al aislamiento.

El Comité **recomienda** al Estado Parte que:

a) Revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los artículos 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad);

b) Acelere el proceso mencionado en a), entre otras cosas asignando suficientes recursos humanos y financieros;

c) Se asegure de que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección;

d) Recorra a la prisión, incluso la prisión preventiva, únicamente como medida extrema, por períodos que sean lo más breves posible y no superen la duración del período previsto por la ley, y garanticen que los niños siempre estén separados de los adultos;

e) Aplique medidas alternativas a la prisión preventiva y otras formas de privación de la libertad, cuando ello sea posible;

f) Incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, sobre todo para que esos menores

puedan utilizar procedimientos de denuncia eficaces que abarquen todos los aspectos del trato que reciban;

g) Adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento;

h) Teniendo en cuenta el artículo 39, adopte las medidas apropiadas para promover la recuperación y la reintegración social de los niños que han pasado por el sistema de justicia de menores;

i) Solicite asistencia, entre otras entidades, al ACNUDH, el Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito, la Red internacional sobre justicia de menores y el UNICEF, por conducto del Grupo de Coordinación sobre Asesoramiento y Asistencia Técnicos en Materia de Justicia de Menores.<sup>4</sup>

### **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Señaló “los tiempos son cortos, por la trascendencia de este tema, en el sistema penal juvenil también los tiempos son cortos para los gobiernos”... “Definitivamente el tema es tan profundo que los esfuerzos siguen demandando más acciones”. Florentín Menendez, audiencia del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia ante la CIDH por la situación general de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad en Argentina.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Observaciones Finales: Argentina, CRC.C.15.Add.187, del 9 de octubre del 2002.

<sup>5</sup> 127º Período de Sesiones - Washington DC - 6 de marzo de 2007

**CONSEJO DE DERECHOS DE HUMANOS DE LAS NACIONES****UNIDAS**

Solicitó a nuestro país la adopción de un sistema penal que esté en conformidad con las recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño, con la prohibición de condenar con prisión perpetua a personas menores de edad, de conformidad con el artículo 37.a. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

### **Capítulo III**

## **ANALISIS JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA ACTUAL**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Sumarios Jurisprudenciales.-

## **1.- INTRODUCCIÓN**

Para una mejor comprensión de las consecuencias que derivan de la aplicación del actual régimen punitivo de la minoridad, exponemos a continuación, lo dicho por los tribunales nacionales sobre diversos conflictos suscitados en el marco de la normativa que nos convoca.

## **2.- SUMARIOS JURISPRUDENCIALES**

### §1.- MENOR IMPUTADO – MENOR DESAMPARADO

“Una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación”...” la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174— 7/12/05.

## §2.- COMPARACIÓN ENTRE EL REGIMEN DE LA LEY 22.278 Y EL DE ADULTOS

El régimen especial establecido por la ley 22.278 para los imputados menores, en modo alguno puede calificarse como más benigno respecto del sistema penal de adultos, ya que no se trata de situaciones comparables en términos de similitud, pues, un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, y se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada<sup>7</sup>

## §3.- LA PROTECCION DEL INTERES DEL MENOR

De la conjunción de la ley 22.278 y la Convención sobre los Derechos del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, razón por la cual, el rol de la defensa en esta etapa es crucial para la salvaguarda de los intereses de los jóvenes, a cuyo respecto cobra especial relevancia el principio de culpabilidad por el hecho y la medida del reproche, sin olvidar el objetivo de máxima del sistema: su reintegración a la sociedad (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> . CS, 18/12/2007, "L., L. A.", LA LEY, 2008-A, 559 - DJ, 16/04/2008, 995

<sup>8</sup> . CS, 20/03/2007, "M., G. D., y otros.

#### §4.- REGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD

Resulta inconstitucional resolver la imposición de pena de los menores punibles sobre los cuales ha recaído declaración de responsabilidad penal y diferir el pronunciamiento de la sanción o medida de seguridad a aplicar, de corresponder, pues el trámite que se sigue en la sentencia "integrativa" consiste, en realidad, en una mera imposición unilateral de pena por parte del Tribunal de Juicio, al resolverse sin que medie acusación Fiscal al respecto, esto es, sin que el Ministerio Público peticione y determine el tipo y monto de la sanción que estima adecuada al hecho juzgado y sin tomar en consideración las argumentaciones que pueda introducir la defensa técnica y lo que pueda argüir, en su favor, el menor en su defensa material (del voto en disidencia del doctor Pardo).<sup>9</sup>

#### §5.- LA GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO PENAL EN MENORES

La garantía del debido proceso legal que rige en materia de jóvenes en conflicto con la ley penal, exige que se asegure, como instancia previa, la audiencia a la que alude el art. 4° de la ley 22.278 (del voto del doctor Fayt).<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> CCrim. Paso de los Libres, 04/08/2006, "A., A. R.", LLLitoral, 2007-211.

<sup>10</sup> CS, 07/12/2005, "M., D. E. y otro", LA LEY, 05/05/2006, 4, con nota de María Angélica Coma Ojeda; LA LEY, 2006-C, 288, con nota de María Angélica Coma Ojeda; LA LEY, 2006-B, 80, con nota de Fabio H. Procajlo; Sup. Penal 2006 (febrero), 46, con nota de Fabio H. Procajlo.

## §6.- NECESIDAD DE EXCLUSION DE JUDICIALIZACION DE PROBLEMAS QUE AFECTAN A MENORES

Resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir, aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal -arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño-, por lo que corresponde requerir a los Poderes Ejecutivos Nacional y local para que, a través de los organismos administrativos correspondientes, en un plazo razonable, adopten las medidas que son de su resorte. <sup>11</sup>

## §7.- LA VULNERACION DEL DEBIDO PROCESO Y LA DEFENSA EN JUICIO DE UN MENOR

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, amparándose en una interpretación literal y ritualista del art. 4° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) y del art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño, omitió dar respuesta al planteo federal formulado por el apelante, referente a la vulneración del debido proceso y la defensa en juicio, en tanto se lo habría privado de la posibilidad de intervenir en el procedimiento

---

<sup>11</sup> CS, 02/12/2008, "García Méndez, Emilio", LA LEY, 04/12/2008, 7 - LA LEY, 2008-F, 705 - LA LEY, 22/12/2008, 9, con nota de Roberto Durrieu; LA LEY, 2009-A, 198, con nota de Roberto Durrieu; Sup. Penal 2008 (diciembre), 29, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; LA LEY, 26/12/2008, 5, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; LA LEY, 2009-A, 273, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; DJ, 04/03/2009, 506 - LA LEY, 2009-A, 209, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; Sup. Const. 2009 (mayo), 29, con nota de Adriana Tettamanti; LA LEY, 2009-C, 329.

de imposición y determinación de la pena que realizó el juez de menores respecto de su defendido (Dictamen del Procurador Fiscal que la Corte por mayoría hace suyo).<sup>12</sup>

#### §8.- EL NIÑO COMO SUJETO PASIVO E INCOMPETENTE A LA LUZ DE LA LEY 22.278

La doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278, resulta a todas luces anacrónica, por cuanto caracteriza al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición a la doctrina de la protección integral, sobre la que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo una de sus consecuencias más graves el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces, lo cual, en la práctica, muchas veces se traduce en violaciones de derechos de los niños infractores de la ley penal (del voto del doctor Petracchi)<sup>13</sup>

#### §9.- LA LEY 22.278 Y LA AFECTACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La disposición tutelar en los términos de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573), implica una afectación de los derechos del niño, que constituye una injerencia ilegítima para lo cual el Estado no tiene potestad. (Del voto de la Dra. Ledesma)<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> CS, 20/11/2007, "Acuña, Osiris Juan Bautista"

<sup>13</sup> CS, 02/12/2008, "García Méndez, Emilio", LA LEY, 04/12/2008, 7 - LA LEY, 2008-F, 705 - LA LEY, 22/12/2008, 9, con nota de Roberto Durrieu; LA LEY, 2009-A, 198, con nota de Roberto Durrieu; Sup. Penal 2008 (diciembre), 29, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; LA LEY, 26/12/2008, 5, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; LA LEY, 2009-A, 273, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; DJ, 04/03/2009, 506 - LA LEY, 2009-A, 209, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; Sup. Const. 2009 (mayo), 29, con nota de Adriana Tettamanti; LA LEY, 2009-C, 329.

<sup>14</sup> CN Casac. Penal, sala III, 11/12/2007, "G. M., E. y M., L. C.", LA LEY, 2008-B, 315 - LA LEY, 2008-B, 500, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich; DJ, 2008-I, 974 - Sup. Penal 2008 (agosto), 50, con nota de Ezequiel Crivelli; LA LEY, 2008-E, 210, con nota de Ezequiel Crivelli; Sup. Penal 2008 (marzo), 22, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich.

#### §10.- LA RESOCIALIZACION DEL MENOR PENADO

La ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) en cuanto faculta al juez a ponderar la necesidad de la pena al momento de sentenciar a quien cometió un delito cuando era menor de 18 años, se relaciona con el mandato de asegurar que esas penas atiendan a fines de resocialización, conforme a lo establecido en el art. 40 inc. 1 de la Convención del Niño.<sup>15</sup>

#### §11.- LA LEY 22.278 Y LA CONSTITUCION NACIONAL

1- La fuerte tensión existente entre el imperativo constitucional de la protección especial de los derechos que tienen los niños por su condición, y el régimen de la ley 22.278, en cuanto regula los casos de menores no punibles, no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, pues ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado, máxime cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños -art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional-.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> CS, 07/12/2005, "M., D. E. y otro", LA LEY, 05/05/2006, 4, con nota de María Angélica Coma Ojeda; LA LEY, 2006-C, 288, con nota de María Angélica Coma Ojeda; LA LEY, 2006-B, 80, con nota de Fabio H. Procajlo; Sup. Penal 2006 (febrero), 46, con nota de Fabio H. Procajlo.

<sup>16</sup> CS, 02/12/2008, "García Méndez, Emilio", LA LEY, 04/12/2008, 7 - LA LEY, 2008-F, 705 - LA LEY, 22/12/2008, 9, con nota de Roberto Durrieu; LA LEY, 2009-A, 198, con nota de Roberto Durrieu; Sup. Penal 2008 (diciembre), 29, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; LA LEY, 26/12/2008, 5,

2- Procede el recurso extraordinario federal interpuesto contra la sentencia que consideró inaplicable la ley 24.390 a los menores de edad (Adla, LIV-D, 4423), pues, se debate el alcance otorgado a leyes nacionales -ley citada y ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573)- y se contrapone con lo normado en instrumentos internacionales, parte de los cuales poseen rango constitucional.<sup>17</sup>

#### §12.- LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 22.278

El régimen establecido en la ley 22.278 no es inconstitucional por el hecho de admitir la posibilidad de que una persona sea condenada a prisión perpetua por un homicidio calificado cometido cuando tenía 16 años, y ello tampoco resulta contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño (del voto de la doctora Argibay).<sup>18</sup>

#### §13.- LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 1° DE LA LEY 22.278 EN RELACION A LOS MENORES

Corresponde revocar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 22.278 y dispuso, entre otras medidas, la libertad progresiva de los menores de 16 años que se encuentren dispuestos en los términos de la ley referida, lo cual en nada impide y en todo exige, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en esa situación dicten las decisiones que en el caso concreto sean

---

con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; LA LEY, 2009-A, 273, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; DJ, 04/03/2009, 506 - LA LEY, 2009-A, 209, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; Sup. Const. 2009 (mayo), 29, con nota de Adriana Tettamanti; LA LEY, 2009-C, 329.

<sup>17</sup> CS, 18/12/2007, "L., L. A.", LA LEY, 2008-A, 559 - DJ, 16/04/2008, 995 .

<sup>18</sup> CS, 07/12/2005, "M., D. E. y otro", LA LEY, 05/05/2006, 4, con nota de María Angélica Coma Ojeda; LA LEY, 2006-C, 288, con nota de María Angélica Coma Ojeda; LA LEY, 2006-B, 80, con nota de Fabio H. Procajlo; Sup. Penal 2006 (febrero), 46, con nota de Fabio H. Procajlo.

requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.<sup>19</sup>

#### §14.- LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 1º, LEY 22.278

1- Es inconstitucional el art. 1º de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) en cuanto faculta a los jueces a privar de su libertad a menores a los cuales se le atribuye haber cometido un delito antes de los 16 años de edad, pues cualquier actividad desplegada desde la jurisdicción penal que posea injerencia sobre los derechos y garantías de los menores no punibles, carece de legitimación por no existir los presupuestos necesarios para que el Estado pueda desplegar sus facultades dentro de un proceso penal que sea respetuoso de los principios constitucionales. (Del voto de la Dra. Ledesma)<sup>20</sup>

2- Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 22.278 (Adla, 1980-C, 2573) y del art. 412 del Cód. Procesal Penal de la Nación en cuanto consagran la doctrina de la situación irregular en materia de minoridad desde que ésta resulta violatoria de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, al no

---

<sup>19</sup> CS, 02/12/2008, "García Méndez, Emilio", LA LEY, 04/12/2008, 7 - LA LEY, 2008-F, 705 - LA LEY, 22/12/2008, 9, con nota de Roberto Durrieu; LA LEY, 2009-A, 198, con nota de Roberto Durrieu; Sup. Penal 2008 (diciembre), 29, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; LA LEY, 26/12/2008, 5, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; LA LEY, 2009-A, 273, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; DJ, 04/03/2009, 506 - LA LEY, 2009-A, 209, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; Sup. Const. 2009 (mayo), 29, con nota de Adriana Tettamanti; LA LEY, 2009-C, 329.

<sup>20</sup> CN Casac. Penal, sala III, 11/12/2007, "G. M., E. y M., L. C.", LA LEY, 19/03/2008, 11 - LA LEY, 2008-B, 315 - LA LEY, 2008-B, 500, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich; DJ, 09/04/2008, 974 - Sup. Penal 2008 (agosto), 50, con nota de Ezequiel Crivelli; LA LEY, 2008-E, 210, con nota de Ezequiel Crivelli; Sup. Penal 2008 (marzo), 22, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich.

distinguir entre la atención de situaciones de abandono y la persecución de delitos cometidos por menores.<sup>21</sup>

## §15.- LA PROTECCION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO COMO FUNCION DE LOS MAGISTRADOS

1- Es función de los magistrados competentes en la materia adoptar las medidas especiales de protección en el interés superior de los niños que cometen delitos cuando todavía no han cumplido la edad mínima, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia servicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, teniendo como horizonte su interés superior, con el fin de evitar la estigmatización y no solamente porque resultan más beneficiosas para el menor, sino también para la seguridad pública, por la criminalización que, a la postre, puede provocar la institucionalización y su consiguiente condicionamiento negativo.<sup>22</sup>

2- Debe rechazarse el recurso de casación impetrado contra la sentencia que condenó a un menor en orden al delito de homicidio simple a una pena de prisión de varios años -en el caso, quince-, ya que la reducción de la sanción penal prevista en el artículo 4° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) no posee carácter imperativo como lo

---

<sup>21</sup> CNac. Crim. y Correc., sala I, 06/12/2006, "G. F. D. y O.", LA LEY, 2007-A, 410.

<sup>22</sup> CS, 02/12/2008, "García Méndez, Emilio", LA LEY, 04/12/2008, 7 - LA LEY, 2008-F, 705 - LA LEY, 22/12/2008, 9, con nota de Roberto Durrieu; LA LEY, 2009-A, 198, con nota de Roberto Durrieu; Sup. Penal 2008 (diciembre), 29, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; LA LEY, 26/12/2008, 5, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; LA LEY, 2009-A, 273, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; DJ, 04/03/2009, 506 - LA LEY, 2009-A, 209, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; Sup. Const. 2009 (mayo), 29, con nota de Adriana Tettamanti; LA LEY, 2009-C, 329.

sostiene el recurrente, sino que ella resulta una atribución de los jueces, sobre todo cuando ninguna disposición internacional establece la tesis de la imperatividad.<sup>23</sup>

#### §16.- LAS OBLIGACIONES DE LOS MAGISTRADOS EN RELACION A LOS NIÑOS EN SITUACION DE LA LEY 22.278

Con relación a los niños en la situación de la ley 22.278, los tribunales están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una supervisión adecuada, sobre todo cuando es doctrina de la Corte Suprema 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, haciendo cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo de sus derechos constitucionales que sufra un menor en esa situación, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio (del voto del doctor Petracchi).<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> STJ Formosa, 16/08/2007, "Ayala, Diego Adrián; Cabrera, Eber Gabriel", LLLitoral, 2008-51.

<sup>24</sup> CS, 02/12/2008, "García Méndez, Emilio", LA LEY, 04/12/2008, 7 - LA LEY, 2008-F, 705 - LA LEY, 22/12/2008, 9, con nota de Roberto Durrieu; LA LEY, 2009-A, 198, con nota de Roberto Durrieu; Sup. Penal 2008 (diciembre), 29, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; LA LEY, 26/12/2008, 5, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; LA LEY, 2009-A, 273, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; DJ, 04/03/2009, 506 - LA LEY, 2009-A, 209, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; Sup. Const. 2009 (mayo), 29, con nota de Adriana Tettamanti; LA LEY, 2009-C, 329.

§17.- LA GRAVEDAD INSTITUCIONAL DEL REGIMEN PENAL DE  
MENORES HABILITA RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Corresponde declarar la admisibilidad de la queja y suspender la ejecución de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) y ordenó, entre otras medidas, la libertad progresiva de los menores de 16 años en un plazo no mayor de 90 días, pues el recurso extraordinario cuya denegación motiva la presentación directa promueve cuestiones de índole federal en los términos del art. 14 de la ley 48, y de gravedad institucional según la doctrina de la Corte Suprema, reuniendo prima facie los restantes requisitos de admisibilidad <sup>25</sup>

§18.- LA ADOPCION DE LOS TERMINOS DEL ART. 4, LEY 22.278 ES  
POTESTATIVA DE LOS MAGISTRADOS

Corresponde confirmar la resolución que declaró penalmente responsable a un menor de los delitos de homicidio simple y homicidio en grado de tentativa en concurso real e impuso una pena que no se graduó dentro de la escala prevista para la tentativa, con fundamento en el resultado negativo obtenido durante el tratamiento tutelar, así como la gravedad de los hechos cometidos durante el mismo, pues de los términos del art. 4 de la ley 22.278 se deduce con claridad la facultad del juez de menores y no la obligación de adoptar alguno de los temperamentos allí contemplados, verificados los requisitos contenidos en esa ley. <sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> CS, 18/03/2008, "García Méndez, Emilio y otra", LA LEY, 14/04/2008, 11 - DJ, 30/04/2008, 1168.

<sup>26</sup> CNCasac. Penal, sala II, 25/09/2008, "C., H."

#### §19.- INTERPRETACION DEL ART. 4, LEY 22.278

Bajo el término "modalidades del hecho" contenida en el art. 4 de la ley 22.278 están comprendidos los componentes objetivos del injusto y la culpabilidad del niño de entre dieciséis y dieciocho años de edad que debe tomar en cuenta la edad del niño al momento de cometerlo y sus demás circunstancias personales, en cuanto son relevantes para estimar cuál ha sido su grado de comprensión de la criminalidad del hecho ejecutado, y cuál su rango de autodeterminación al momento de ejecutarlo -en el caso, la mayoría confirmó la resolución que impuso la pena de once años de prisión a un menor por delitos que había cometido-, pues no se trata sino de la concreción del juicio de reproche ajustado a la circunstancia de que la persona que cometió el hecho era una personalidad que no había alcanzado el desarrollo completo según los estándares aceptados (del voto en disidencia del doctor García).<sup>27</sup>

#### §20.- ALCANCE DEL ART. 4, LEY 22.278

Según el art. 4° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573), para la aplicación de pena para un menor de edad -en el caso, condenado por el delito de robo agravado por el uso de arma- deben reunirse determinados requisitos, cuales son que previamente haya sido declarada la responsabilidad penal conforme a las normas del debido proceso, que haya cumplido 18 años de edad, que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad, pues recién cuando se encuentren cumplidos estos requisitos se puede proceder a valorar si es

---

<sup>27</sup> CNCasac. Penal, sala II, 25/09/2008, "C., H."

necesario o no aplicarle sanción y se dictará una sentencia, complementaria de la primera, en la que se establece la pena o se lo absuelve de ella.<sup>28</sup>

## §21.- OBLIGACIONES DE LOS MAGISTRADOS EN RELACION A LAS CONDICIONES DE MENORES INTERNADOS

Concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en la que se encuentran los niños sujetos a internación -densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal-, con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños, debiendo revisar permanentemente, en especial, y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación, todo lo cual no implica otra cosa que el cumplimiento del artículo 3º, tercer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo cuanto sea incumbencia de los jueces.<sup>29</sup>

## §22.- NECESIDAD DE QUE EL P.L.N. ADECUE LEGISLACION DE MENORES A TRATADOS INTERNACIONALES

Ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente -ley 22.278- a la letra del texto constitucional y, en especial, a la de

<sup>28</sup> C3a Crim. y Correc., La Rioja, 09/04/2008, "Vázquez, Lucas Gabriel y otros", LLGran Cuyo, 2008-580.

<sup>29</sup> CS, 02/12/2008, "García Méndez, Emilio", LA LEY, 04/12/2008, 7 - LA LEY, 2008-F, 705 - LA LEY, 22/12/2008, 9, con nota de Roberto Durrieu; LA LEY, 2009-A, 198, con nota de Roberto Durrieu; Sup. Penal 2008 (diciembre), 29, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; LA LEY, 26/12/2008, 5, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; LA LEY, 2009-A, 273, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; DJ, 04/03/2009, 506 - LA LEY, 2009-A, 209, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; Sup. Const. 2009 (mayo), 29, con nota de Adriana Tettamanti; LA LEY, 2009-C, 329.

la Convención sobre los Derechos del Niño, cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional -art. 75, inc. 22, segundo párrafo-.<sup>30</sup>

### §23.- LA EXPRESION "NO PUNIBLE"

Más allá del alcance que pretenda asignársele a la expresión "no punible" del art. 1º de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573), constituye una manifestación clara de política criminal, que consiste en imponer un límite al poder punitivo del Estado para no perseguir penalmente cuando el posible autor del hecho es menor de 16 años. (Del voto de la Dra. Ledesma)<sup>31</sup>

### §24.- LA PUNIBILIDAD Y LOS MENORES DE 16 AÑOS

El art. 1 de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) que establece la no punibilidad de los menores que no han cumplido 16 años de edad, facultando a los jueces a ordenar su internación, colisiona con los principios de inocencia, culpabilidad y legalidad, y con la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635), que desplazó la competencia tutelar de los jueces a la

---

<sup>30</sup> CS, 02/12/2008, "García Méndez, Emilio", LA LEY, 04/12/2008, 7 - LA LEY, 2008-F, 705 - LA LEY, 22/12/2008, 9, con nota de Roberto Durrieu; LA LEY, 2009-A, 198, con nota de Roberto Durrieu; Sup. Penal 2008 (diciembre), 29, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; LA LEY, 26/12/2008, 5, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; LA LEY, 2009-A, 273, con nota de Felicitas Maiztegui Marcó; DJ, 04/03/2009, 506 - LA LEY, 2009-A, 209, con nota de Diego Freedman; Martiniano Terragni; Sup. Const. 2009 (mayo), 29, con nota de Adriana Tettamanti; LA LEY, 2009-C, 329.

<sup>31</sup> CN Casac. Penal, sala III, 11/12/2007, "G. M., E. y M., L. C.", LA LEY, 2008-B, 315 - LA LEY, 2008-B, 500, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich; DJ, 09/04/2008, 974 - Sup. Penal 2008 (agosto), 50, con nota de Ezequiel Crivelli; LA LEY, 2008-E, 210, con nota de Ezequiel Crivelli; Sup. Penal 2008 (marzo), 22, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich

órbita de la autoridad administrativa nacional y prohibió que las medidas de protección puedan consistir en la privación de la libertad.<sup>32</sup>

#### §25.- LA APLICACION DE LA LEY 24.390 EN LA INTERNACION DE MENORES

Corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal (ley 22.278) (Adla, LIV-D, 4423; XL-C, 2573).<sup>33</sup>

#### §26.- LOS EFECTOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN MENORES

De la conjunción de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) y la Convención del Niño (Adla, L-D, 3693) se desprende con claridad que el derecho penal de menores está fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado y, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad, por lo cual al momento de determinar la pena, el Tribunal no puede omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena -en el caso, se disminuyó la

---

<sup>32</sup> CN Casac. Penal, sala III, 11/12/2007, "G. M., E. y M., L. C.", LA LEY, 2008-B, 315 - LA LEY, 2008-B, 500, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich; DJ, 09/04/2008, 974 - Sup. Penal 2008 (agosto), 50, con nota de Ezequiel Crivelli; LA LEY, 2008-E, 210, con nota de Ezequiel Crivelli; Sup. Penal 2008 (marzo), 22, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich

<sup>33</sup> CNac. Casación Penal, en pleno, 29/06/2006, "C. F., M. R.", LA LEY, 2006-D, 450 - LA LEY, 2006-D, 209 - DJ, 2006-2-790 - DJ, 2006-2-1174, con nota de Sebastián A. Rey; Sup. Penal 2009 (julio), 47

impuesta por el delito de homicidio calificado-, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto.<sup>34</sup>

#### §27.- LA INCIDENCIA DE LA EDAD EN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

Si bien una persona de 18 años que comete un delito no puede ser contemplada de acuerdo con las previsiones de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573), su juventud adquiere relevancia al momento de individualizar el monto de la pena a imponer.<sup>35</sup>

#### §28.- EL TRATAMIENTO TUTELAR PREVIO A LA CONDENA

Corresponde declarar la nulidad parcial de la sentencia condenatoria -en el caso, por el delito de homicidio- que impuso pena a un menor si no se encontraba satisfecho el requisito del inciso c) del art. 4 de la ley 22.278, que impone la obligación de someter al menor a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, el que puede ser prorrogado, en caso necesario, hasta la mayoría de edad, pues en los juicios a menores, cuando el fallo no conduce a la absolución de la causa en su favor, el poder jurisdiccional de los juzgadores queda circunscripto a la determinación de la existencia del hecho, de la autoría, la calificación legal del acontecimiento comprobado, la responsabilidad penal y la resolución de la cuestión civil, si hubiese sido planteada, no pudiendo introducirse en la consecuencia sancionatoria, salvo que al momento de la

---

<sup>34</sup> CApels. y Garantías Penal, San Martín, sala II, 13/06/2006, "R., F. E.", LLBA, 2006-1104

<sup>35</sup> CNCasac. Penal, sala IV, 09/06/2008, "M., D. H.", LA LEY, 2008-E, 305 - DJ, 12/11/2008, 2032.

deliberación definitiva ya se encuentren cumplidos los requisitos habilitantes para tal determinación<sup>36</sup>

#### §29.- PRORROGA DEL TRATAMIENTO TUTELAR

Corresponde casar la sentencia que, en el mismo acto, declara la responsabilidad penal del menor por los delitos cometidos, lo condena y cesa su tutela judicial -en el caso, por el delito de robo con armas en concurso real con tenencia de arma de guerra y coacción agravada-, puesto que resulta más adecuado prorrogar el tratamiento tutelar de acuerdo a lo normado por el art. 4° inc. 3 de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573), en aras del agotamiento de todas las instancias posibles para que el imputado pueda reencauzar su vida sin el antecedente de una condena (del voto en disidencia del doctor Madueño).<sup>37</sup>

#### §30.- LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN PENAL A MENORES

Resulta nula la imposición de una pena de prisión a un menor, si no existe motivación suficiente que indique la necesidad de imponerle una sanción penal, ni tampoco se justifica por qué se ha de aplicar una pena no disminuida como lo permite el artículo 4° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573). (Del voto en disidencia parcial del doctor Hang).<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> STJ Chaco, sala II en lo crim. y correc., 19/12/2005, "C.F., N. S.", LLLitoral, 2006-622

<sup>37</sup> CNCasación Penal, sala I, 24/05/2006, "M., R. A. s/ rec. de casación", DJ, 2006-2-1059.

<sup>38</sup> STJ Formosa, 16/08/2007, "Ayala, Diego Adrián; Cabrera, Eber Gabriel", LLLitoral, 2008-51.

### §31.- DETERMINACION DE LA PENA Y LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Si de acuerdo a los parámetros fijados por la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), en caso de menores, la pena a aplicarse debe ser la menor prevista para el delito que se le atribuye, corresponde condenar a la pena de ocho años de prisión a una menor a la que se le atribuye el delito de homicidio agravado por el vínculo, reiterado en dos oportunidades y lesiones graves calificadas por el vínculo reiteradas en al menos cinco oportunidades, delito que tiene una pena máxima prevista en el Código de prisión perpetua y una pena mínima de 8 a 25 años, según el último párrafo del art. 80 del Cód. Penal, pues debe otorgarse primacía a la Convención sobre el resto de la legislación vigente cuando ésta no se opusiera a aquella, aplicándola sobre todo como ley posterior y más benigna respecto de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) (Del voto de la doctora López González).<sup>39</sup>

### §32.- LOS DERECHOS DEL MENOR Y LA DETERMINACION DE LA PENA

1- Acudiendo al art. 4 de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) y teniendo en cuenta las circunstancias personales de la menor condenada, corresponde aplicar una pena de diez años de prisión por los delitos de homicidio agravado por el vínculo en dos oportunidades, en concurso real, con el delito de lesiones graves calificadas por el vínculo en al menos cinco oportunidades, pues los arts. 2 y 4 de aquella normativa se

---

<sup>39</sup> TOM Nro. 2, 18/10/2006, "C., J. J."

encuentran plenamente vigentes, no habiendo sido derogados ni explícitamente, como aconteciera con la ley 10.903 (Adla, 1889-1919, 1094), ni implícitamente por una ley posterior que la contradiga (Del voto en disidencia parcial del doctor Talón).<sup>40</sup>

2- Corresponde imponer la pena de ocho años de prisión a una menor condenada por la comisión de los delitos de homicidio calificado por el vínculo, dos hechos, en concurso real con lesiones graves calificadas por el vínculo, cinco hechos, en función de considerar que la minoría de edad de la acusada constituye una circunstancia extraordinaria de atenuación prevista en el art. 80 del Cód. Penal y de conformidad con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño que en su art. 37 excluye taxativamente algunas penas y medidas de seguridad, entre ellas la pena máxima, la tortura y la prisión perpetua y que establece que la privación de libertad se utilizará como último recurso y por el período más breve posible, pues resulta improcedente aplicar la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573), atento su antagonismo con aquel Tratado Internacional, debiendo reducirse la pena en la forma propuesta conforme la remisión que la Convención hace al Código Penal (Del voto de la doctora Fellini).<sup>41</sup>

### §33.- PROCESO PENAL Y LA FALTA DE CELEBRACION PREVIA DE AUDIENCIA DE DEBATE

Debe anularse la sentencia condenatoria dictada en los términos del art. 4° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) y ordenarse el dictado de una nueva, previa celebración de una audiencia de debate, en la que el imputado, junto con su representación letrada y el Ministerio Público Fiscal, puedan discurrir sobre la factibilidad de la pena y,

---

<sup>40</sup> TOM Nro. 2, 18/10/2006, "C., J. J."

<sup>41</sup> TOM Nro. 2, 18/10/2006, "C., J. J."

eventualmente, sobre su mensuración, ya que el desdoblamiento del veredicto en el procedimiento de menores, presupone el cumplimiento de requisitos insoslayables, esto es, los expuestos en la citada norma y los procedimentales, con su carga de contenido crítico proporcionada por la actividad controversial de las partes, y de la que esta etapa definitoria del proceso no debe verse privada.<sup>42</sup>

#### §34.- LA PONDERACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO Y LA IMPOSICION DE UNA CONDENA AL MENOR

Corresponde rechazar el recurso de casación deducido contra la resolución que condenó a los menores imputados, sin aplicar la reducción de la pena prevista en el art. 4° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573), si se encuentra acreditado que el juez de grado ponderó los informes médicos y al sopesarlos con la conducta global de los imputados llegó a la conclusión de que el resultado del tratamiento tutelar no le permitía afirmar la carencia de riesgo delictivo y la ausencia de peligro para los propios justiciables.<sup>43</sup>

#### §35.- LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA MINIMA SUFICIENCIA EN LA CONDENA DEL MENOR

Debe confirmarse la sentencia condenatoria en cuanto a la determinación de la pena impuesta a los menores imputados en orden a los delitos de homicidio agravado, daño y hurto simple -en el caso, los condenó a la pena de 10 años de prisión- ya que el a quo procedió a cuantificar la sanción aplicando el principio de mínima suficiencia, y

---

<sup>42</sup> CN Casación Penal, sala IV, 24/10/2005, "D., F. M. s/rec. de casación", LA LEY, 2006-B, 436 - Sup. Penal 2006 (marzo), 63.

<sup>43</sup> TSJ Córdoba, sala penal, 12/10/2006, "P., R. M. y otro", LLC, 2007-505.

graduó la pena con los cánones del delito en grado de tentativa e incluso dejó de lado el máximo punitivo convenido, ciñéndose al marco de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693).<sup>44</sup>

### §36.- LA IMPOSICION DE UNA PENA Y LA GRAVEDAD DEL HECHO O LA PELIGROSIDAD DEL MENOR

La previa ponderación de la necesidad de imposición de la pena exigida por la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) no puede ser equiparada a la "gravedad del hecho o a la peligrosidad" evidenciada por el imputado en el mismo, ni con una aislada consideración de la circunstancia de haberse encontrado rebelde durante determinada cantidad de tiempo, sino que ello debe relacionarse mediante el análisis de la situación integral en la que se encontró el menor tanto al momento de cometer el hecho como posteriormente (del voto del doctor Hornos).<sup>45</sup>

### §37.- LA IMPOSICION DE UNA PENA A UN MENOR ANTE FRACASO DE TRATAMIENTO TUTELA Y LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Cabe rechazar el recurso de casación deducido por el fiscal contra la sentencia que absolvió, en los términos del art. 4° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573), a un menor sobre el cual había recaído una sentencia de responsabilidad penal pues, la pretensión del recurrente a fin de que se pondere la imputación de un nuevo delito como

---

<sup>44</sup> TSJ Córdoba, sala penal, 12/10/2006, "P., R. M. y otro", LLC, 2007-505.

<sup>45</sup> CNac. Casación Penal, sala IV, 24/04/2007, "G., C. S. s/rec. de casación", LA LEY, 2007-F, 215 - DJ, 2007-3-636 - Sup. Penal 2007 (octubre), 70.

un parámetro a tener en cuenta para atribuirle al menor el fracaso del tratamiento tutelar al que fue sometido, resulta violatorio del principio de inocencia previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional (del voto del doctor Hornos).<sup>46</sup>

§38.- APLICACION DE LEY 22.278 A QUIEN COMETIO UN DELITO  
SIENDO MENOR, QUE SE ACREDITO SIENDO MAYOR DE 18 AÑOS

Debe desestimarse el planteo de nulidad de todo lo actuado incoado por la defensa del imputado en orden al delito de comercialización de estupefacientes, invocando que la autoridad jurisdiccional debió disponer provisionalmente del nombrado a los fines de la ley 22.278, en virtud de que al momento de la denuncia que originó la investigación aquél era menor de edad, pues ninguna objeción legal existe para que un menor resulte imputado por la comisión de un ilícito de acción pública, ni para que dicho hecho sea investigado, tal como lo autoriza el art. 1, segundo párrafo de la ley citada, máxime cuando la comisión del delito se acreditó cuando el encartado ya había cumplido los 18 años de edad.<sup>47</sup>

§39.- PRISION DE MENOR SIN RESPETO DE NORMAS LEGALES Y  
CONSTITUCIONALES

Corresponde dejar sin efecto la sentencia en la que se condenó a un menor a una pena de prisión sin respetar las exigencias derivadas de las normas legales y

---

<sup>46</sup> CNac. Casación Penal, sala IV, 24/04/2007, "G., C. S. s/rec. de casación", LA LEY, 2007-F, 215 - DJ, 2007-3-636 - Sup. Penal 2007 (octubre), 70.

<sup>47</sup> CFed. Comodoro Rivadavia, 23/12/2008, "Investigación preliminar s/psta. inf.ley 23.737 s/incidente nulidad"

constitucionales, ya que la decisión no exhibe argumento alguno que permita entender por qué el a quo se consideró eximido de la obligación de fundar la "necesidad de pena" en los antecedentes del menor, en el resultado del tratamiento tutelar y en la impresión directa de aquél, tal como lo exige el art. 4º de la Ley 22.278, según el fin claramente resocializador que se reconoce a la pena impuesta por hechos cometidos por jóvenes menores de edad.<sup>48</sup>

#### §40.- LA INTERNACION Y LA PRIVACION DE LA LIBERTAD DEL MENOR

1- Visto que resulta contrario a la Constitución Nacional establecer una tutela sobre los menores no punibles, desaparece la posibilidad de disponerlos bajo la modalidad de "internación" que es similar a una privación de la libertad pues, también carece de legitimidad su imposición. (Del voto de la Dra. Ledesma)<sup>49</sup>

2- La internación de un menor por disposición de un juez penal en una institución de régimen cerrado es asimilable a una privación de la libertad.<sup>50</sup>

3- La internación en los términos de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) resulta equiparable a la prisión preventiva en tanto, ambas se aplican a quienes no han sido

---

<sup>48</sup> CS, 17/03/2009, "M., A. A."

<sup>49</sup> CN Casac. Penal, sala III, 11/12/2007, "G. M., E. y M., L. C.", LA LEY, 19/03/2008, 11 - LA LEY, 2008-B, 315 - LA LEY, 2008-B, 500, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich; DJ, 09/04/2008, 974 - Sup. Penal 2008 (agosto), 50, con nota de Ezequiel Crivelli; LA LEY, 2008-E, 210, con nota de Ezequiel Crivelli; Sup. Penal 2008 (marzo), 22, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich.

<sup>50</sup> CN Casac. Penal, sala III, 11/12/2007, "G. M., E. y M., L. C.", LA LEY, 19/03/2008, 11 - LA LEY, 2008-B, 315 - LA LEY, 2008-B, 500, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich; DJ, 09/04/2008, 974 - DJ, 2008-I, 974 - Sup. Penal 2008 (agosto), 50, con nota de Ezequiel Crivelli; LA LEY, 2008-E, 210, con nota de Ezequiel Crivelli; Sup. Penal 2008 (marzo), 22, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich.

condenados por el hecho que se les imputa, se computan a los efectos de la pena y son medidas de coerción que restringen la libertad. (Del voto de la Dra. Ledesma)<sup>51</sup>

#### §41.- EL PERDON DEL MENOR QUE CARECE DE ANTECEDENTES Y ENCUADRO CONDUCTA POR EL CAMINO DEL BIEN

Corresponde perdonar, en los términos del artículo 4° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573), la condena que pudiera corresponderle al menor que cometió el delito de robo en poblado y en banda previsto por el artículo 167 inciso 2 del Código Penal, ya que la imposición de una pena sería perjudicial para el imputado que carece de antecedentes y encuadró su conducta por el camino del bien.<sup>52</sup>

#### §42.- ABSOLUCION DE MENOR POR CUMPLIMIENTO PARCIAL DE REGLAS DE CONDUCTA POR UN AÑO

El sistema previsto por la ley 22.278 que suspende la imposición de la pena a resultas del tratamiento tutelar del menor encontrado culpable de delitos, no debe alumbrar la idea de que el menor de edad se mantiene fuera del sistema penal en una suerte de limbo infantil, pues tales medidas representan la reacción restrictiva del estado

---

<sup>51</sup> CN Casac. Penal, sala III, 11/12/2007, "G. M., E. y M., L. C.", LA LEY, 19/03/2008, 11 - LA LEY, 2008-B, 315 - LA LEY, 2008-B, 500, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich; DJ, 09/04/2008, 974 - Sup. Penal 2008 (agosto), 50, con nota de Ezequiel Crivelli; LA LEY, 2008-E, 210, con nota de Ezequiel Crivelli; Sup. Penal 2008 (marzo), 22, con nota de María José Turano; Daniel Rubinovich.

<sup>52</sup> Juzg. Menores, N° 2, Salta, 08/09/2005, "L., V. H.", LLNOA, 2006-71.

y deben ser dispuestas en el marco formativo del juicio justo, haciéndoles extensivas las reglas del debido proceso. (del voto del Dr. Montenovo) <sup>53</sup>

#### §43.- ABSOLUCION EN VIRTUD DE EFECTIVO TRATAMIENTO TUTELAR

Corresponde absolver en orden al delito de hurto de ganado mayor, en los términos del art. 4 de las leyes de minoridad 22.278 y su modificatoria 22.803, al menor que si bien demostró un absoluto desprecio por la propiedad ajena al dar muerte a dos vacunos con la ayuda de sus propios perros para luego faenarlos y llevarse la carne, después de este hecho no ha tenido antecedentes condenatorios ni siquiera ingresos a la policía por contravenciones, con lo cual pareciera que el tratamiento tutelar ha sido efectivo. <sup>54</sup>

#### §44.- SOBRESEIMIENTO DE MENOR DE 17 AÑOS DE EDAD

Corresponde decretar el sobreseimiento de quien fue procesado por el delito de daño calificado previsto en el artículo 184, inciso 5, del Código Penal, dado que al habersele imputado haber roto el vidrio de la puerta trasera de un ómnibus su conducta quedó enmarcada en la figura básica del daño cuya penalidad no excede los dos años de prisión, y siendo que en el momento del hecho el imputado contaba con 17 años resulta

---

<sup>53</sup> C 1a Crim. Circ. Jud., Comodoro Rivadavia, 04/03/2009, "M., R. A."

<sup>54</sup> CCrimen, Nro. 2, Resistencia, sala unipersonal, 04/08/2006, "Espíndola, Mario -Pucheta, Felipe-Ojeda, Hugo Alfredo-Martínez, Víctor Daniel", LLLitoral, 2007-130.

inimputable conforme los artículos 1° de la ley 22.278 (Adla, XL-C, 2573) y 336, inciso 5, del Código Procesal Penal.<sup>55</sup>

§45.- LA INTERVENCION DEL CONSEJO NACIONAL DEL MENOR Y LA  
FAMILIA

Decretada la invalidez de lo actuado en un expediente tutelar bajo el régimen previsto en la ley 22.278 (Adla, 1980-C, 2573), debe darse intervención al Consejo Nacional del Menor y la Familia creado por la ley 26.061 (Adla, 1980-C, 2573).<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> CNac. Crim. y Correc., sala I, 06/09/2006, "Aibar, Federico Ariel".

<sup>56</sup> CNac. Crim. y Correc., sala I, 06/12/2006, "G. F. D. y O.", LA LEY, 06/02/2007, 6 - LA LEY, 2007-A, 410.

## **Capítulo IV**

### **DERECHO COMPARADO**

**SUMARIO:** 1.- Introducción 2.- Derecho Comparado en Latinoamérica.

## **1.-INTRODUCCIÓN**

A los efectos de lograr una mejor comprensión del nuevo sistema de la protección integral creemos conveniente pasar revista a las legislaciones de países latinoamericanos que han experimentado el cambio normativo.

Elegimos realizar la comparación con las legislaciones de los países latinoamericanos por el simple hecho de que el nivel de desarrollo social, económico y cultural y las idiosincrasias de estos pueblos no distan tanto con respecto a nuestro país como si lo hacen los estados de otras regiones. Estos factores que destacamos son de suma relevancia cuando se pretende introducir normas penales que modifican paradigmas y sobretodo costumbres.

En el siguiente apartado de este capítulo, con el objeto de brindar al lector un correcto análisis de legislaciones extrañas a nuestro derecho, ponemos de manifiesto el análisis expuesto en *“Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”* realizado por la destacada jurista especialista en la materia que nos convoca, Mary Beloff.

## **2.-DERECHO COMPARADO EN LATINOAMERICA**

*“LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL INCLUIDOS EN CÓDIGOS INTEGRALES DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES”<sup>57</sup>*

### **Brasil**

El proceso de reforma legal comenzó en América Latina con la aprobación por Brasil del Estatuto del Niño y del Adolescente en 1990.

El Estatuto establece por primera vez en la región algunas precisiones sobre el tema de la respuesta estatal a las conductas tipificadas como delitos o faltas cuando son llevadas a cabo por personas que tienen menos de dieciocho años.

En principio parecería que el Estatuto utiliza la fórmula tradicional, ya que el artículo 104 deja fuera del derecho penal de adultos a las personas menores de dieciocho años, al establecer que "son penalmente inimputables" y que están sujetas a las medidas previstas por el Estatuto. El Estatuto no habla de responsabilidad penal juvenil ni de imputabilidad. Todo lo contrario, mantiene la categoría de inimputables para las personas menores de dieciocho años. Sin embargo, como se verá más adelante, con un sentido completamente diferente al que esta categoría tenía en los modelos de la situación irregular.

Por su parte el artículo 103, para hacer esta exclusión más precisa pero al mismo tiempo para superar el fraude de etiquetas propio de las leyes de la situación irregular, establece una categoría que le da nombre al título "práctica de acto infractor",

---

<sup>57</sup> “Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño” Editorial Temis Depalma. Bogotá. 1998

definiendo a este último como la conducta descrita como delito o contravención por la ley penal.

Ello permite ya establecer tres características de un sistema de responsabilidad penal juvenil. En primer lugar, que trata de personas menores de dieciocho años que realizan la conducta descrita como antecedente de una sanción, sean delitos o contravenciones. En segundo lugar, es un sistema completamente diferente del sistema de justicia penal para adultos ("son penalmente inimputables"); y, en tercer lugar, una de esas diferencias se expresa en las "medidas" o consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal cuando es llevada a cabo por una persona menor de dieciocho años.

Para dejar fuera de este sistema a los niños (las personas menores de doce años) el Estatuto establece en el artículo 105 que "al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101", que son las medidas de protección previstas para aquellos niños o adolescentes cuyos derechos se encuentran amenazados o violados.

Aquí aparece una cuarta característica que es la que habilita a hablar de sistemas de responsabilidad penal juvenil: es la exclusión de los niños de este sistema. El Estatuto establece una solución en estos casos que ha sido posteriormente revisada. Se trata de la casi automática derivación de los niños imputados de la comisión de delitos o contravenciones a los sistemas de protección, ya que establece que a estos les corresponden medidas de protección.

Sobre este punto se han encontrado otras soluciones a la derivación automática. Es que sin debido proceso es imposible establecer si efectivamente un niño ha cometido un delito o contravención, circunstancia que según el Estatuto lo pondrá en

contacto con las instancias de protección. Por tal motivo y como se verá más adelante, la exclusión de los niños de algún sistema de reacción estatal coactiva se establece de manera absoluta y, excepcionalmente, se prevé la derivación si y solo si el juez que entiende en el caso advierte que los derechos de ese niño se encuentran amenazados o violados. El Estatuto establece garantías sustantivas en los artículos 106 a 109 y procesales en los artículos 110 y 111, pero no desarrolla en detalle el proceso a seguirse a un adolescente infractor (artículos 171 a 190). El reconocimiento de todas las garantías es la quinta característica de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

Las sanciones juveniles en el Estatuto son denominadas medidas socioeducativas y son enumeradas y descriptas en los artículos 112 a 125. Se trata de la advertencia, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la semilibertad, la internación o privación de la libertad y todas las medidas de protección con excepción del abrigo y la colocación en familia sustituta.

Algunas cuestiones que han sido posteriormente revisadas en relación con las medidas socioeducativas son la posibilidad de su aplicación conjunta, o su sustitución, como ocurre con las medidas de protección (artículos 99 y 113).

Ello porque la utilización de esta norma sin un análisis cuidadoso podría dar lugar a una afectación del principio de responsabilidad por el acto.

El Estatuto define las medidas socioeducativas y en particular a la internación, a la que considera una medida privativa de la libertad. Esta, si bien puede ordenarse por tiempo indeterminado (artículo 121.2) -lo que afectaría los principios de legalidad y proporcionalidad- nunca puede exceder los tres años.

Esta es la sexta característica del sistema. El Estatuto intenta limitar la aplicación de esta medida socioeducativa (artículo 122) a los supuestos de:

- a) acto infractor cometido mediante grave amenaza o violencia en la persona;
- b) reiteración en la comisión de otras infracciones graves; y
- c) falta de cumplimiento reiterada e injustificada de una medida impuesta anteriormente, no pudiendo en este caso la internación ser superior a tres meses.

Esta limitación, por su vaguedad, ha dado lugar a interpretaciones amplias que admiten la privación de la libertad en prácticamente todos los casos de adolescentes infractores, por lo que posteriores leyes han revisado estos límites y encontrado fórmulas más precisas que hagan efectiva la excepcionalidad de esta medida.

Finalmente, y como séptima característica, el Estatuto incorpora la remisión (artículos 126 a 128) como facultad del Ministerio Público antes de iniciado el proceso.

También puede ser otorgada por el juez si el proceso ya se inició, lo que implica la suspensión o extinción del proceso. No requiere el consentimiento del adolescente, con lo que aparece como ejercicio de un criterio de oportunidad del Ministerio Público antes que de la reglamentación de la remisión contenida en las Reglas de Beijing. Si bien expresamente se establece que la remisión no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de responsabilidad ni tiene consecuencias a los efectos de los antecedentes, se puede ordenar la remisión con cualquiera de las medidas socioeducativas excepto la semilibertad y la internación. Esta "remisión con medida", aunque puede ser revisada judicialmente, presenta algunos problemas en relación con la responsabilidad y con las garantías del adolescente infractor que han sido en parte subsanados en leyes posteriores. En síntesis, el sistema de responsabilidad penal juvenil que se inaugura con el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, y que ha servido de modelo para el resto de los países establece:

1. que comprende exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito o una contravención;
2. que es un sistema que coloca a estas personas fuera del sistema de justicia penal de adultos y en ese sentido exclusivamente se habla de inimputabilidad;
3. que la atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto en desarrollo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en este caso medidas socio-educativas;
4. que esa atribución de responsabilidad también se expresa en la exclusión de este sistema de los niños;
5. que los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito más arriba, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado, más derechos particulares que se expresan en este sistema;
6. que la privación de la libertad es excepcional, alternativa, limitada en el tiempo y breve; y
7. que se prevén soluciones alternativas a la reacción estatal frente al conflicto jurídico-penal.

### **Perú**

El Código de los Niños y Adolescentes de Perú recoge la propuesta de adecuación sustancial del Estatuto de Brasil y establece un sistema muy similar en relación con los infractores de la ley penal. Similar descripción del principio de legalidad (delito o falta) y similar exclusión de los niños, quienes según el artículo 208

"serán pasibles" de medidas de protección, lo que plantea idéntico problema con la derivación automática de los niños al sistema de protección.

El Código regula la cuestión sin entrar en la discusión sobre responsabilidad o inimputabilidad. Las garantías y disposiciones de carácter procesal se encuentran aún menos detalladas que en el Estatuto de Brasil, el contradictorio se encuentra debilitado y ello se refleja en la implementación de la ley.

Incluye cláusulas como la del artículo 214 (y la ya mencionada que se refiere a los niños) que de no ser interpretadas de modo armónico con los principios de la protección integral, podrían afectar garantías fundamentales de los adolescentes: "El sistema de justicia del adolescente infractor se orientará a su rehabilitación encaminada a su bienestar. La medida no solo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho sino también de las circunstancias personales que lo rodean."

En cuanto a la remisión, a diferencia de Brasil, se admite también la posibilidad de la semilibertad como medida a cumplir, lo que agrava la situación descrita en relación con el Estatuto.

También se complica la cuestión respecto del consentimiento del adolescente, ya que se establece que el trabajo que se imponga como consecuencia de la remisión deberá contar con su consentimiento; pero no se lo requiere para el otorgamiento de la remisión en sí.

Por otra parte, no queda claro si en todos los casos la remisión será con medida. En cuanto a la limitación de la privación de la libertad, el Código coincide con el Estatuto en el plazo máximo de tres años (artículo 250) y prevé una mejor limitación al establecer que procede cuando, en primer lugar, se trate de acto infractor doloso cuya pena sea mayor de cuatro años. Las otras dos limitaciones son similares a las del

Estatuto y no se preve que en el supuesto de incumplimiento la internación no puede exceder de tres meses. En otras palabras, si bien el Código intenta superar el problema de la interpretación de la categoría gravedad en el primer inciso al establecerse que se trate de delitos dolosos reprimidos con penas mayores de cuatro años, luego, al volver a hablar de infracciones graves, surge el mismo problema de vaguedad señalado en relación con el Estatuto.

### **Guatemala**

El Código de la Niñez y Adolescencia establece que debe entenderse como una acción cometida por un joven en conflicto con la ley penal a aquella que sea tipificada como delito o contravención en el Código Penal o en las leyes especiales. Son sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales (artículo 160).

El Código distingue entre dos grupos etarios en cuanto al proceso, a las medidas y a su ejecución: a partir de los doce años de edad y hasta los quince años de edad, y a partir de los quince años de edad y hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años de edad.

Los actos cometidos por personas menores de doce años de edad que constituyan delito o contravención no son materia de este Título del Código, previéndose que estos niños y niñas sean objeto de la atención médica, psicológica y pedagógica que fuere necesaria bajo el cuidado y custodia de los padres o encargados, siendo atendidos por los Juzgados de la Niñez y Juventud.

Se prevén formas anticipadas de terminación del proceso como el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de conciliación, la remisión y el criterio de oportunidad reglado (artículo 211).

El proceso prevé una instancia nueva en el debate para adolescentes infractores que es la cesura. Así, el artículo 241 establece que el juez dividirá el debate en dos etapas: una que verse sobre el grado de responsabilidad del joven en el acto que viole la ley penal, y otra que verse sobre la idoneidad y justificación de la medida.

En cuanto a las medidas privativas de libertad, y en particular a la de internamiento en centros especializados se la limita admitiéndose su aplicación en los siguientes casos:

a) cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas;

b) cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales con pena de prisión superior a seis años; y

c) cuando haya incumplido injustificadamente las medidas socio-educativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

La medida de internamiento durará un período máximo de cinco años para jóvenes entre los quince y los dieciocho años, y de tres años para jóvenes con edades entre los doce y los quince años. Se prevé también la suspensión condicional de la sanción de internamiento por un período igual al doble de la medida impuesta. Se prevé finalmente el control de la ejecución de las medidas.

## Honduras

En lo sustancial, el Código de la Niñez y de la Adolescencia establece un sistema de responsabilidad penal juvenil muy similar al establecido por la Ley del Menor Infractor de El Salvador. Si bien está en muchos aspectos influenciado por cuestiones tutelares y asistenciales, el tema está tratado en un título aparte y claramente se establece en el artículo 180 que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria y "solo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen."

Ahora bien, se establece que el sistema previsto por el Código se aplica a mayores de doce años que cometan una infracción o falta, y que los menores de doce años "no delinquen" y "en caso de que cometan una infracción de carácter penal solo se les brindará la protección especial que su caso requiera y se procurará su formación integral".

Siguiendo el modelo de Guatemala, y a pesar de algunos problemas en la regulación del proceso, se dedican muchos artículos al tema y se prevén instituciones alternativas como la remisión, la conciliación y la aplicación de criterios de oportunidad.

Los supuestos que habilitan el dictado de una medida de privación de la libertad son similares a los del Estatuto de Brasil, y la duración máxima de esa medida es de ocho años (artículo 198).

## Nicaragua

El Código de Niñez y Adolescentes de Nicaragua recientemente aprobado por el Congreso crea una "justicia penal del adolescente" para las personas entre trece y dieciocho años no cumplidos. Se establece una distinción entre aquellos que tienen quince a dieciocho años no cumplidos y quienes tienen trece y catorce años, no pudiendo estos últimos ser sometidos a medidas que impliquen privación de la libertad.

En ambos casos se habla de responsabilidad.

En cuanto a los menores de trece años, se establece que no serán sujetos a la justicia penal del adolescente, que están exentos de responsabilidad (excepto la civil); aunque se prevé que el juez remita el caso al órgano administrativo correspondiente a los fines de su protección integral (artículo 95). Si bien se trata de un supuesto de derivación automática, se prevé que se respeten las garantías y derechos del niño y que bajo ningún motivo se les aplique una medida privativa de la libertad.

Las garantías para aquellos sujetos a la justicia penal de adolescentes (se reconoce expresamente que se trata de una jurisdicción penal especial) se encuentran desarrolladas en los artículos 101 y siguientes. Se prevé un proceso detallado e instancias alternativas al proceso, como la conciliación (artículo 145).

En cuanto a la privación de libertad se establece la posibilidad de su dictado a partir, por un lado, de una enumeración de los delitos que permiten su aplicación y, por el otro, el supuesto de incumplimiento de otras medidas, que habilita una privación de libertad por un período máximo de tres meses. La privación de libertad puede dictarse a partir del mínimo establecido para el delito por la ley penal pero en ningún caso podrá exceder de seis años.

### **Bolivia**

En Bolivia el Código del Menor de 1992 no regula el tema en detalle ni crea un sistema de responsabilidad penal juvenil. Establece la protección legal de los menores imputables que serán sometidos a la legislación ordinaria, contando con las normas de protección del Código (artículo 182). Se mencionan mínimas garantías entre las cuales la más importante es la duración máxima de cuarenta y cinco días de la internación provisional (artículo 188). Sí se enumeran medidas socioeducativas que serán aplicadas a menores de dieciséis años que realicen actos "contrarios a la convivencia social" por el Organismo Nacional, a través de los Servicios Tutelares del Menor (artículo 190). Se prevé la excepcionalidad de la internación y se elimina el de incumplimiento injustificado de otras medidas, de los supuestos que habilitan la adopción de la medida de internación. La internación se puede dictar por tiempo indeterminado pero no superior a dos años (artículo 198).

### **Ecuador**

En Ecuador tampoco se establece un sistema de responsabilidad penal juvenil. El Código de Menores de 1992 trata el tema de los infractores dentro del Título referido a los menores en situación de riesgo. Ello ya cambia sustancialmente la perspectiva establecida por Brasil y Perú.

En líneas generales parecería que se sigue un sistema similar al establecido por el Estatuto de Brasil, pero esto es así solo en una primera lectura. Se afirma que las

personas menores de dieciocho años son penalmente inimputables y que están sujetas a las disposiciones del Código. No se distingue entre niños y jóvenes en función de la responsabilidad sino en relación con la privación de la libertad. Se establece en el artículo 166 que ningún menor de doce años podrá ser privado de libertad y que "en estos casos" el Tribunal de Menores deberá resolver la medida socio-educativa que más le convenga, con el fin de promover su desarrollo, dignidad y responsabilidad.

Adviértase que la privación de libertad existe como medida socio-educativa con el nombre de ubicación institucional (artículo 184).

Se preve que el proceso de investigación tenga como finalidad, además de conocer el grado de participación del menor en los hechos, el investigar su personalidad, las circunstancias del acto, comprobar su conducta, descubrir las causas, y el medio en que se desenvuelve con el fin de aplicar el tratamiento socio-educativo necesario para su reintegración social (artículo 179).

Se otorga validez a las actuaciones policiales y se preve la intervención judicial y/o administrativa (aunque excluidos los supuestos de privación de libertad, libertad asistida y reparación del daño) cuando familiares o responsables soliciten al tribunal o al organismo administrador ayuda para tratar a menores cuyo comportamiento, sin implicar comisión de delitos o faltas, "se traduzca en actos concretos que afecten la convivencia familiar, social, o escolar, o a su propio desarrollo".

Se establece que todas las medidas sean dictadas por tiempo determinado. No existe una estricta limitación de los supuestos que habilitan la medida de privación de libertad, que tiene una duración máxima de cuatro años. También se establecen también las garantías sustantivas y procesales básicas reconocidas por los instrumentos internacionales.

### **República Dominicana**

Tampoco en este caso existe un sistema de responsabilidad penal juvenil. El Código para la Protección del Niño, Niña y adolescente define como niños, niñas y adolescentes infractores a aquellos que incurran en hechos sancionados por la ley (artículo 122). Los clasifica en infractores leves, graves y habituales (artículos 123, 124 y 125).

Más adelante trata de modo similar las medidas de protección y socioeducativas (artículos 188 a 229) y a partir del artículo 230 en el título sobre el acceso a la justicia se dedica una sección a los adolescentes infractores. Aquí sí se precisa que acto infraccional se refiere a la conducta tipificada como crimen, delito o contravención por las leyes penales y se establece que niños, niñas y adolescentes son inimputables (artículo 231). En este caso la inimputabilidad una vez más se refiere a la prohibición de ser juzgados por tribunales ordinarios y a su sometimiento a la justicia especializada. No se desarrolla en extenso el procedimiento.

## **Capítulo V**

### **CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTA**

**SUMARIO:** 1. Introducción 2. Conclusiones Finales 3. Propuesta

## **1.- INTRODUCCIÓN**

A continuación presentamos las conclusiones a las que arribamos luego del estudio del tema que nos convoca, las mismas tienen por objeto confirmar la hipótesis planteada luego de la realización de una deducción lógica con sustento en lo analizado en los capítulos anteriores.

## **2.- CONCLUSIONES FINALES**

Es incuestionable que Argentina está atravesando por un período de fuerte y traumática transición de un modelo tutelar o paternalista a un modelo de justicia o responsabilidad penal juvenil, similar al que se encuentra vigente en países latinoamericanos de legislaciones avanzadas bajo el nuevo paradigma.

Los reiterados embates que ha recibido el "régimen penal de la minoridad" en cuanto a su constitucionalidad han desmembrado por completo su contenido sustancial, quedando vigente únicamente los límites máximos y mínimos de imputabilidad en cuanto al ámbito personal de aplicación. Con respecto al sistema de consecuencias jurídicas, es evidente que se trata de un modelo completamente desfasado y contrario a los lineamientos consagrados por los instrumentos internacionales de derechos humanos más allá de los loables esfuerzos interpretativos llevados a cabo por la jurisprudencia. El único aspecto que merece atención es el relacionado con el ámbito material de aplicación pues el mecanismo de descriminalización que prevé el decreto ley 22.278 podría ser tenido en cuenta a la hora de diseñar el nuevo modelo de responsabilidad.

La situación descrita exige replantear las bases de un Derecho penal juvenil acorde a un Estado constitucional de derecho. Sin embargo, es importante también no alimentar falsas expectativas en el poder de transformación de las leyes, máxime cuando se trata de normas de naturaleza penal. Es decir, la construcción de un nuevo sistema de justicia penal juvenil adecuado a los estándares internacionales de ningún modo significará una especie de panacea que permita barrer con las causas que involucran o llevan a nuestros jóvenes a delinquir.

**La transformación jurídica deberá ir acompañada por el diseño y reforzamiento de las políticas sociales,** que permitan igualar las oportunidades de miles de niños y adolescentes pobres, mediante la creación de empleo, la ampliación de la oferta educativa y el fortalecimiento de los mecanismos de integración. El déficit social o las situaciones de vulneración de derechos económicos no pueden ser eliminados mágicamente con los medios que pone a disposición el poder punitivo del Estado.

Luego de un estudio pormenorizado de las distintas problemáticas que genera el régimen tutelar, y de arribar a la conclusión de que el sistema vigente debe ser derogado por una nueva ley que introduzca un nuevo sistema, es hora mentar este ansiado sistema considerando no sólo las deficiencias del anterior sino también, las reales posibilidades de una futura implementación por parte del ejecutivo nacional de esta normativa renovadora.

### **3.- PROPUESTA**

A raíz de lo expuesto en las conclusiones y ante la necesidad de adecuar nuestro derecho interno a los estándares internacionales, proponemos en consecuencia, la creación de una ley nacional que derogue al actual régimen contenido en el decreto-ley 22.278/80; instaurando un nuevo sistema que se enrole en el paradigma de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

A continuación exponemos nuestro aporte con respecto a determinadas cuestiones que consideramos centrales para la construcción del nuevo régimen.

#### **AMBITO DE APLICACIÓN**

Para dar cumplimiento a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40 inciso tercero apartado “a)”, es necesario fijar una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales. Creemos conveniente fijarla esa edad mínima bajo la cual los menores queden exentos de responsabilidad penal, a los 14 años. En estos supuestos el estado renuncia a la persecución penal contra ellos por mediar una presunción iure et de iure de que no tienen capacidad para comprender la criminalidad de sus actos.

En este nuevo régimen que proponemos deben quedar comprendidas aquellas personas que no sólo al momento de la comisión del ilícito penal de acción pública con pena de prisión mayor a 2 años se encuentren dentro de la faja etaria que abarca a los mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, sino también, que un juicio de

reprochabilidad haya determinado su capacidad para cometer el delito que se le imputa. De esta manera no pesa una presunción de que tienen capacidad penal plena, sino que la misma deberá determinarse con respecto al delito imputado.

### **CULPABILIDAD**

En cuanto a la culpabilidad, la graduación de la misma debe ser ponderada teniendo en cuenta la condición de sujeto en desarrollo que presenta el menor. Ello debe plasmarse en consecuencias jurídicas diferentes. A modo de ejemplo, cuando se trate de la aplicación de una medida que implique privación de libertad, la escala penal deberá ser reducida en los mínimos y máximos que establezca, el quantum de la reducción podría guiarse según los parámetros establecidos para el delito en grado de tentativa.

El fundamento de ello descansa en que como la culpabilidad debe ser la medida de la pena, tratándose de menores, el reproche a la conducta debe ser diferenciado de aquel que en las mismas circunstancias fácticas se le determinaría un adulto.

Basándonos en este orden de ideas proponemos que cuando un menor punible sea imputado de haber cometido un ilícito penal, especialistas en psicología y/o psiquiatría juvenil, realicen una evaluación destinada a determinar el grado de comprensión de la antijuridicidad de la conducta imputada y la capacidad para adecuar la conducta a la comprensión de la misma al momento del hecho.

A estos fines los especialistas deberán emitir un informe expidiéndose sobre si hay o no culpabilidad y en caso de que haya, en qué grado. El juez deberá resolver sobre la culpabilidad considerando el dictamen, el cual, si bien no será vinculante, de apartarse del mismo deberá hacerlo fundadamente, la resolución deberá ser apelable.

El juez resolverá el juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho analizando las características personales del autor, si el ámbito de autodeterminación fuere nulo al momento de la comisión del hecho ilícito no habrá delito, sino injusto penal; y en ese caso serán confiados a las autoridades administrativas previstas por la ley 26061 (Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes). En el caso de que se resuelva que la conducta típica y antijurídica fue culpable, se proseguirá según el régimen especial establecido.

### **EJERCICIO DE LA ACCION PENAL**

Creemos conveniente insertar en la legislación de fondo una herramienta que le permita a quien tenga la titularidad de la acción penal prescindir total o parcialmente del ejercicio de la misma en algunos supuestos específicos taxativamente legislados, es decir, que en determinados supuestos se podrá disponer de la acción penal.

La finalidad es evitar el dispendio inútil de recursos humanos y presupuestarios en casos irrelevantes socialmente en donde resulta injustificado poner en marcha el aparato de enjuiciamiento estatal con el objeto procurar una racionalización del sistema.

El hecho de que los criterios de oportunidad encuentren reglados en la ley de fondo es importante a los fines de garantizar un mínimo de igualdad entre todos los niños, niñas y adolescentes de las provincias del país.

Los casos en los cuales se pueda no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal podrían ser entre otros: cuando se trate de hechos insignificantes que no afecten el interés público (bagatela); cuando se produce la “pena natural” entendida

como la que padece el autor de un hecho delictivo cuyas consecuencias resultan tan graves para su persona que la sanción penal prevista resulta innecesaria o desproporcionada; cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta por otros hechos; cuando exista un acuerdo reparatorio de los daños y perjuicios patrimoniales causados, entre el/los interesados y el imputado, siempre que el daño causado no haya derivado de un acto de violencia física; cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad terminal comprobada pericial médica mediante.

Cuando se decida desistir de la acción penal en base a la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad, ello no obstará el ejercicio de las acciones civiles correspondientes.

### **DERECHOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO**

Los menores como sujetos de derecho deben gozar de todas las garantías procesales de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado, más derechos particulares por su condición de sujeto en desarrollo.

La importancia de garantizar el debido proceso radica en que, sin él es imposible establecer si efectivamente una persona ha cometido el delito que se le imputa.

A los fines de garantizarlo la nueva norma deberá estipular que los a menores punibles imputados de la comisión de un ilícito penal:

- Se lo presuma inocente hasta tanto su culpabilidad sea declarada por sentencia definitiva.

- Se le informe sin demora y directamente la existencia de una causa seguida en su contra con los datos necesarios para individualizarla
- Se le informe él o los hechos que se le atribuyen y la calificación legal que provisoriamente corresponda
- Se le disponga asistencia jurídica del asesor de menores para que vele por la defensa de sus derechos.
- Se le comunique que de abstenerse a declarar ello no significará ninguna presunción en su contra
- Se le otorgue asistencia gratuita de un interprete sino comprende o no habla el idioma utilizado
- Se le respete su intimidad en todas las fases del procedimiento ya que los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación
- Sea oído, lo que importa la posibilidad de que el imputado manifieste libremente todo lo que considere necesario para replicar o atenuar los cargos que se le endilgan
- Se le otorgue el derecho a ofrecer prueba y controlar su producción, conforme al principio de contradicción, ya que es una consecuencia lógica y en particular la facultad de controlar la producción deriva del principio de igualdad de armas
- Se le otorgue el derecho a alegar sobre el mérito de la prueba, para influir en la decisión que el juzgador debe adoptar al valorarlas, reafirmando las pretensiones hechas y replicando las solicitadas por la contraparte.

- Se le otorgue el derecho a impugnar resoluciones jurisdiccionales, a los fines de atenuar, modificar o eliminar las consecuencias desvaliosas que puedan contener las decisiones tribunalicias.
- Se le otorgue el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.
- Se le garantice el juez natural, imparcial e independiente y que el instructor sea distinto del plenario

### **MEDIDAS APLICABLES**

Luego de sustanciado el proceso penal el tribunal dictará sentencia, en caso de hallar al menor penalmente responsable del delito que se le imputa resolverá fundadamente sobre la medida que le aplicará ya que el nuevo régimen debe prever soluciones alternativas a la reacción estatal frente al conflicto jurídico-penal, como pueden ser internación en un instituto especializado, advertencia, reparación del daño causado, prestación de servicios a la comunidad, cumplimiento de instrucciones judiciales, prohibición de conducción, prohibición de asistir a determinados lugares, privación de libertad domiciliaria.

El juzgador deberá decidir la que considere la más apropiada según el caso en concreto para lograr la resocialización del menor.

La internación en un instituto especializado sin eufemismos importa una privación de la libertad. La misma debe ser una medida excepcional, para situaciones de gravedad que la exijan, limitada en el tiempo y por el período más breve posible.

Dado a las variadas alternativas se deberá sancionar una ley de ejecución penal de la minoridad a los fines de regular el cumplimiento de las mismas.

## REINCIDENCIA

Sostenemos que no debe aplicarse a las personas menores de 18 años el instituto de la reincidencia, en tanto la misma ha sido declarada inconstitucional por una sucesiva cantidad de fallos, así como también por una amplia doctrina.

En primer lugar, el instituto no toma como base la culpabilidad del autor por el hecho que se le adjudica, sino la existencia de sentencias anteriores a éste, con lo cual claramente se encuentran vulnerados el principio de culpabilidad, así como también el de legalidad. De admitirse su procedencia volveríamos al derecho penal de autor, en el cual se denota la peligrosidad en las características personales, cuando en realidad el poder punitivo debiera poner la mira en el hecho que se investiga.

Todo el sistema de la reincidencia es inconstitucional por atentar contra el principio de culpabilidad.

En segundo lugar, la reincidencia vulnera el principio de "Non bis in idem", es decir la imposibilidad de juzgar a una persona dos veces por el mismo delito. Esta garantía se encuentra consagrada en los diversos Tratados Internacionales de jerarquía constitucional ratificados por la Argentina mediante el Art. 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional.

Al establecer la "peligrosidad" de una persona y eliminarle ciertos derechos procesales por el hecho de haber sido condenado previamente, denota una clara doble condena por el mismo hecho, es decir, que a esta persona no sólo le incurre la sanción dispuesta por la legislación penal al tipo, sino también una posterior en caso de cometer un nuevo ilícito.

## **PROBATION**

El actual régimen no prevé el beneficio de la suspensión del juicio a prueba lo que lo coloca en desigualdad ante la ley penal con respecto al adulto, es por ello que consideramos que debe incorporarse a la eventual normativa.

Según este instituto el justiciable puede solicitar la suspensión del juicio a prueba en los caso de cualquier delito no grave, entendiéndose por aquel el que no exceda de tres años.

Con la presentación de la solicitud deberá ofrecer una reparación razonable a la víctima. El juez resolverá fundadamente sobre la razonabilidad del ofrecimiento. La damnificada podrá o no aceptar el ofrecimiento.

El tribunal fijará el tiempo de suspensión del juicio ponderando a esos fines la gravedad del delito y establecerá con las reglas de conductas que deberá cumplir el imputado.

Mientras dure el tiempo fijado por el juez, el plazo de prescripción de la acción penal se suspenderá.

Si el menor cumple satisfactoriamente con las reglas de conductas impuestas se extinguirá la acción penal, caso contrario se proseguirá con el proceso.

La suspensión del juicio a prueba podrá ser concederse por segunda vez, salvo respecto de quien hubiese incumplido con las reglas impuestas en una suspensión anterior.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1.- General

- Zaffaroni, Eugenio Raul – Alagia, Alejandro – Slokar Alejandro. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Editorial Ediar. 2º Edición. Buenos Aires. 2006.
- Iñas, Raúl Horacio. “Delincuencia juvenil y Derecho Penal de Menores”. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1983.
- Beloff, Mary. "Constitución y derechos del niño" en Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Editorial del Puerto. 2005.
- Beloff, Mary. "Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1998-2006), Justicia y Derechos del Niño. N° 8. UNICEF. 2006.
- D' Antonio, Daniel H. El Menor ante el delito. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992.
- Díaz, Emilio. El Código Penal. Editorial Facultad. Buenos Aires. 1928.
- Domínguez Lostaló, Juan Carlos. Por el Derecho a ser joven. Los Pibes Marginados. Editorial Cuadernos de Caleuche. La Plata. Buenos Aires. 1999.
- Cyrulnik, Boris. La maravilla del dolor. El sentido de la Resiliencia. Editorial Granica. Buenos Aires. 2001.
- Duschatzky, Silvia - Correa Cristina. Chicos en Banda. Los caminos de la subjetividad en el declive de las instituciones. Editorial Paidós. Buenos Aires. 2008.

- Elias, Norbert. Civilización de los padres y otros ensayos. Editorial Norma, Bogotá, Colombia. 1998.
- Fellini, Zulita. Derecho Penal de Menores. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires. 1996.
- Kemelmajer De Carlucci, Aída. Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2004.

## **2.- Especial**

- Mendoza, Arsenio Francisco. Los jóvenes y el delito. Editorial Delta. Argentina. 1998.
- Neuman, Elias. Victimología y Control social. Editorial Universidad, Buenos Aires. 1994
- Scurmann Pacheco, Pérez Ferreiro y otros. Niños y Adolescentes en conflicto con la ley - Proceso Judicial y Medidas de Seguridad. 1995.
- Sinay, Sergio. La Sociedad de los hijos huérfanos. Editorial Ediciones, Buenos Aires. 2007.
- Uriarte, Carlos. Derechos del Niño-Adolescente y Violencia. Editorial Serpa. Montevideo. Uruguay. 1995.
- Vergara Luque, José Antonio. Régimen Penal de la Minoridad y nuevos paradigmas en la protección de la niñez y adolescencia. Editorial Jurídicas. Cuyo. Argentina.

## Índice

1. Resumen.....	4
2. Estado de la cuestión.....	5
3. Marco teórico.....	5
4. Introducción.....	7

## Capítulo I

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL EJERCICIO DEL PODER COACTIVO ESTATAL SOBRE LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

1. Consideraciones Generales.....	9
2. Tratamiento en la legislación penal nacional.....	12
3. Conclusiones.....	18

## Capítulo II

### ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD VIGENTE Y CRÍTICAS

1. Consideraciones Generales.....	20
2. Desarrollo del Régimen Penal de la Minoridad Actual.....	20
3. Análisis Doctrinario.....	26
4. Críticas de Organismos Nacionales e Internacionales.....	28

## Capítulo III

### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA ACTUAL

1. Introducción.....	34
2. Sumarios Jurisprudenciales.....	34

## Capítulo IV

### DERECHO COMPARADO

1. Introducción.....	61
2. Derecho Comparado en Latinoamérica.....	62

## **Capítulo V**

### **CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTA**

1. Introducción.....	76
2. Conclusiones Finales.....	76
3. Propuesta.....	78
Bibliografía.....	86
1. General.....	86
2. Específica.....	87