



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera: Abogacía

**Régimen Penal de Menores a la luz de la ley 26.061 “Ley de
Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”.**

2013

Tutor: Verónica Lopez

Alumna: Andrea Melisa Cavallero

Título al que aspira: Abogada.

Fecha de presentación: Junio de 2013.

“Años atrás, no respetar los derechos de los niños era aberrante. Hoy, además, es inconstitucional”.

UNICEF

Agradecimientos:

Agradezco a mi familia por el apoyo incondicional y por hacer posible el logro de un gran objetivo en lo personal como es el de obtener el título de abogada.

También quiero dar mis más sinceros agradecimientos a todos los profesores que tuve en el transcurso de mi paso por la Universidad Abierta Interamericana, por formarme tanto en lo personal como en lo profesional.

Por último, agradezco a mi tutora por brindarme la ayuda necesaria para que este trabajo haya podido confeccionarse.

1 - Resumen:

En el presente trabajo desarrollaremos la problemática existente en el ámbito del derecho penal, y más específicamente en el ámbito del derecho penal de menores acerca de la influencia ejercida por la ley 26.061 “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” en la ley 22.278 “Régimen Penal de la Minoridad”.

Comenzaremos por describir la evolución en la valoración de la minoridad, para referirnos luego a la construcción de una definición de niño/a como sujeto de derechos y su caracterización.

El segundo capítulo se destinará a realizar consideraciones acerca del menor, a su personalidad, a aquellas condiciones externas e internas que hacen que éste perpetúe un hecho ilícito y sobre la necesidad de que este menor analice y comprenda su accionar, para que pueda percibir el significado negativo de éste, condiciones estas necesaria para que pueda asumir su responsabilidad.

Seguidamente, en la tercera parte desarrollaremos el cambio de paradigma vivenciado, desde la doctrina de la Situación Irregular a la doctrina de la Protección Integral. Dentro de éste capítulo describiremos los postulados básicos en los cuales se basa cada doctrina, y la influencia que éstos tiene en la mirada hacia el menor de edad y en la consiguiente regulación legal de la minoridad.

En el cuarto capítulo, llevaremos a cabo una descripción de la normativa vigente en el orden internacional, en conexión a la materia de la minoridad, tratando en particular los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina.

En el penúltimo capítulo, continuaremos con el encuadre legal referido a la materia en cuestión, pero en esta ocasión, haremos referencia a la normativa vigente en

el orden interno, repasando tanto normas de carácter sustancial como normas de carácter procesal.

El último capítulo será el continente de las conclusiones abordadas luego del estudio de la problemática en cuestión, describiendo los principios, derechos y garantías que debe respetar el proceso penal en el cual un menor de edad es parte, para ser acorde al modelo del paradigma de la Protección Integral, y finalmente, incluirá una propuesta de proyecto de ley derogatoria de la ley 22.278.

2 - Estado de la cuestión:

Antes de comenzar a desarrollar la hipótesis planteada, describiremos cuales fueron los antecedentes legislativos en nuestro país que fueron conformando el régimen penal de menores.

El sistema de juzgamiento penal minoril ha sido objeto de modificaciones y consiguiente evolución a través del tiempo, habiendo pasado por el antiguo sistema tutelar o proteccionista, basado en la ‘Doctrina de la Situación Irregular’, mediante el cual el proceso se iniciaba frente a una infracción penal, presuntamente cometida por un niño, teniéndose al menor de edad como sujeto pasivo de intervención jurídica, es decir, como “objeto” y no como “sujeto” de derechos, desconociéndosele consecuentemente a su respecto las garantías procesales emergentes de cualquier régimen procesal de adultos, propio de un sistema de derecho republicano, aseverándose que el procedimiento así iniciado tenía un fin benéfico de protección y resguardo.

El contenido de la “Situación Irregular”, habilitante del procedimiento especial, no sólo comprendía a aquellas conductas prohibidas, presuntamente cometidas por

niños, sino que, su marco legislativo continente de las diversas situaciones a regir incluía además otras, las de riesgo social que los tenía pura y exclusivamente como “víctimas”, por ejemplo, padecimientos de abandono o de peligro material o moral, falta de atención de sus necesidades básicas, etc., sin concebirse diferencias en el tratamiento a seguir según se trate de un caso delictivo o de alguna situación asistencial, con lo que la actividad judicial ingresaba al conocimiento y resolución de todas ellas, a través de la aplicación -en su caso- de medidas tutelares de adaptación social que muchas veces implicaban la institucionalización de esos menores víctimas de la sociedad, así como también de aquellos que habían delinquido -sin discriminación de ningún tipo al respecto- en diversos Centros, emergiendo de ello que este régimen fusionaba la función jurisdiccional del Estado con la administrativo-asistencialista¹.

Nuestra legislación Nacional adoptó tal sistema a través de la ley 10.903, publicada en el Boletín Oficial con fecha 30 de octubre de 1919, llamada “Ley de Patronato de Menores”.

Esta Ley proporcionaba un inmenso poder a los magistrados intervinientes, toda vez que a través de su artículo 14 se disponía que: “...los jueces de la jurisdicción criminal y correccional de la Capital de la República y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor...”², con lo que a falta de políticas de estado, la solución de los problemas sociales y económicos de la época, que afectaban a los más vulnerables -los niños- pasaba por la intervención de los

¹ D’antonio, Daniel H., El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor, régimen jurídico, prevención y tratamiento, 2º edición ampliada y actualizada, Astrea, Bs. As., 1992.

² Ley 10.903 - Patronato de Menores -, Promulgada el 21/10/1919, Publicada en el B.O el 30/10/1919.

órganos judiciales, cuya función debía cercenarse estrictamente a dirimir conflictos entre partes -penales o civiles-, en lugar de asumir funciones que implicaban a veces la segregación de niños en reformatorios públicos por abandono o peligro moral o material.

El artículo 15 por su parte, disponía que cuando los jueces hubieren sobreseído o absuelto al menor, o cuando hubieran resuelto una causa en donde fuera víctima, podían disponer del “menor” por tiempo indeterminado hasta la mayoría de edad (estipulada a los 21 años de edad), si éste se hallare en estado de abandono o peligro material o moral.

Advertimos además que la actividad recursiva se hallaba acotada a la sola posibilidad de interponer una revocatoria, por parte de los padres o tutores del niño, respecto de una medida de disposición “definitiva” dictada en su contra, por lo cual, las resoluciones judiciales no tenían casi contralor por parte de las instancias superiores, posibilitando ello que el juez se constituya en la única autoridad del proceso.

Siguiendo igual línea, el Código Penal Argentino, sancionado en el año 1921, destinó los artículos 36 a 39 a la regulación penal de la minoridad, estableciendo en torno a ella también un régimen tutelar que suplantaba la aplicación de penas y que comprendía a los niños de entre 14 y 18 años, el cual podía extenderse hasta su mayoría de edad, disponiendo que los menores de 14 años no eran punibles para el Estado Argentino.³

Seguidamente, manteniendo el mismo sistema tutelar, con fecha 14 de diciembre de 1954 se sancionó la ley 14.394 y, más tarde, el 25 de agosto de 1980, la

³ Menichelli, Milena Marisa, “Algunas consideraciones en torno al actual régimen penal de menores”, Revista electrónica Derecho Penal Online, año 2010, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>

ley 22.278 -modificada por ley 22.803-, que fue la que creó el denominado “Régimen Penal de la Minoridad”, que aún permanece “formalmente” vigente, dado que sus disposiciones no han sido derogadas expresamente por ninguna otra norma que la reemplace, aunque la constitucionalidad de algunas de ellas se encuentra muy cuestionada desde que nuestra carta magna incorporó en el año 1994 por vía del artículo 75 inciso 22 el texto de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Las disposiciones de la Convención fueron adoptadas en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York (Estados Unidos), y nuestro país aprobó y ratificó la misma mediante la ley número 23.849 -sancionadas el 27 de setiembre y promulgada el 16 de octubre de 1990-. Con posterioridad -en el año 1994-, se dispuso incorporar la misma al texto de la Constitución Nacional, conjuntamente con otros tratados internacionales de derechos humanos, los que, conforme el artículo 75 en su inciso 22, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Dicha Convención instrumenta un sistema de minoridad basado en la doctrina de la “Protección Integral de los Derechos del Niño” -opuesto al de la “Situación Irregular” que regía en nuestro país-, que parte del reconocimiento de los menores de edad como seres humanos con derechos específicos, y su objetivo es proveer de protección a los niños y adolescentes en todos los ámbitos de su desarrollo, social, psíquico y jurídico, mediante una regulación legislativa específica que diferencie y delimite cada uno de esos aspectos, evitándose así las confusiones entre disposiciones de abrigo -de corte

asistencial y las atinentes a un proceso penal, que antaño se producían con la concepción tutelar.

En tal sentido, elabora un sistema con políticas bien diferenciadas respecto de los niños en situación de desamparo y de aquellos en conflicto con la ley penal. En cuanto a los primeros, se determina como premisa básica la no separación de su núcleo familiar, salvo por motivos de su interés superior y por un período determinado, debiendo garantizar los Estados partes de la respectiva Convención la prestación de la asistencia apropiada -incluso económica- a los padres o a los representantes legales para el desempeño de sus funciones de crianza, así como también deberán los firmantes asegurar la adopción de todas aquellas medidas tendientes a promover el efectivo cumplimiento de los derechos que son enunciados y reconocidos por la Convención.

En cuanto al régimen penal, la Convención, siguiendo la nueva doctrina, adopta un sistema de procedimiento de tipo punitivo-garantista -opuesto al inquisitivo-, reconociendo al niño su calidad de sujeto de derechos dentro del proceso, en lugar de ser éste un objeto de tutela, razón por la cual, el pleno ejercicio de los mismos está asegurado con la fijación de las garantías básicas procesales que se deberán respetar, superándose así el viejo modelo tutelar.

Asimismo, adhiere al denominado derecho penal de culpabilidad por el “acto” y no de culpabilidad de “autor” -como el anterior sistema-, donde lo reprochable será la conducta desviada efectivamente cometida y no la personalidad del autor.

Se prevén también otros principios y derechos específicos en favor de los niños -además de los procesales-, ya que se trata de sujetos “diferentes” en razón de su corta edad y su consecuente falta de madurez física y mental, así como también instaura al “Interés Superior del Niño” como otro parámetro primordial a seguir en todas las

medidas que tomen a su respecto las instituciones de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

Emergen los mismos principios, derechos y garantías que en el sistema penal de mayores, siendo éstos los principios de legalidad penal, contradicción, congruencia procesal, inocencia, asistencia jurídica, juez natural e imparcial, impugnación y doble instancia procesal, el “in dubio pro reo” como parámetro para valorar la prueba, la excepcionalidad y subsidiariedad de la detención provisional, el derecho a la preservación del contacto familiar y la prohibición del nemo tenetur -obligación de declararse culpable-, así como también prevé el derecho a la reserva de las actuaciones judiciales en todas las fases del procedimiento, a una justicia especializada -tanto a nivel procesal como de ejecución-, y a cargo de órganos capacitados para la atención de menores de edad, derecho a que no se imponga a su respecto la pena “capital”, ni la perpetua sin posibilidad de excarcelación, y también el derecho al establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.⁴

En tal sentido, importante es que remarquemos que también surge la adopción del principio de mínima intervención estatal, se prioriza la aplicación de medidas a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales, numerando como alternativas a la internación en instituciones, las órdenes de orientación y supervisión que podrían decretarse a su respecto, la libertad vigilada, e incluso la colocación en hogares de guarda, dejando la eventual privación de libertad -reducida al mínimo y como último recurso- sólo a los casos en los que resulte estrictamente necesaria, en función de la gravedad de la infracción cometida.

⁴ Cillero Bruñol, M., “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Beloff, M., Y García Méndez E., Editorial Depalma, Bogotá, 1998.

Tal como se advierte, el sistema de la Convención es completamente opuesto al que imperaba en la legislación argentina a la época de su ensamble constitucional -en el año 1994-. Por ello, con fecha 9 de octubre de 2002, es decir transcurridos ocho años, ante la inobservancia de adecuación legislativa interna alguna, el Comité de los Derechos del Niño, en el marco de lo previsto en la Convención, expresó a la República Argentina su preocupación por la subsistencia de la legislación basada en la doctrina de la “Situación Irregular” (leyes 10.903 y 22.278) recomendando en aquella ocasión que se tomen las medidas necesarias para que el Congreso apruebe sin tardanza el proyecto de ley de protección integral de los derechos del niño y el adolescente, que esa normativa se aplique plenamente de conformidad a la Convención, y que la legislación provincial en su conjunto se ajuste plenamente a las disposiciones y principios de la Convención.

Recién con fecha 28 de setiembre de 2005 -publicada en el boletín oficial el 26 de octubre de igual año- se sancionó la ley 26.061 -reglamentada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional número 415/06-, la que, respondiendo al paradigma de la Convención, adopta la doctrina de la “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” en todos sus lineamientos, consagrando en su artículo 2 la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como también prevé y define en su artículo 3 al “Interés Superior del Niño” como principio a considerar al momento de tomar decisiones que puedan afectar al menor.

Se crea mediante esa ley “El Sistema de Protección Integral de Derechos de los Niños”, compuesto por organismos y entidades separadas del ámbito judicial, que hacen efectivas las políticas públicas destinadas al resguardo de los derechos de los jóvenes,

disponiendo de procedimientos y organismos administrativos y judiciales de resguardo de derechos, como medios para la consecución de su finalidad.

De lo someramente expuesto se desprende que esta nueva ley ha tomado el rumbo constitucional esperado, decretando en su artículo 76 la derogación de la antigua ley de patronato de menores -ley 10.903-, aunque omitió expedirse respecto de la todavía formalmente vigente y extensamente cuestionada ley 22.278.

En efecto, esta antigua ley, inspirada en el paradigma de la “Situación Irregular”, es aún la única legislación penal de fondo específica sobre minoridad y es la encargada de proveer el marco jurídico dentro del cual un menor puede o no ser procesado por un delito.

3- Marco Teórico:

La Convención sobre los Derechos del Niño define como niño a todo ser humano menor de 18 años. Es el primer documento jurídico que define el concepto “niño”. Es interesante destacar, que nuestro país por la reserva realizada en el artículo 2 de la ley 23.849 dispone que el artículo 1 de la Convención debe interpretarse en el sentido que se entienda por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años.

De acuerdo a lo que establecen las legislaciones, independientemente del país o región del mundo del que se hable, el menor de edad es aquel individuo que todavía se encuentra en etapa de crecimiento y maduración, a diferencia de lo que ocurre con los mayores de edad, los cuales son sujetos legalmente independientes y capacitados para tomar decisiones por sí mismos.

En términos generales, la noción de menor de edad abarca no sólo a niños sino también a adolescentes y jóvenes que se encuentran por lo general entre el momento del nacimiento y los 18 a 21 años de edad (dependiendo del régimen normativo de cada país o territorio). Esta delimitación tiene como objetivo el establecimiento de parámetros bajo los cuales los adultos deben hacerse responsables de aquellos individuos que, por su falta de total madurez e independencia, todavía no pueden subsistir por sus medios o tomar decisiones importantes por sí mismos.

Pasamos ahora a referirnos al tratamiento legal de la consideración del menor en la legislación argentina.

La “ley del Patronato de Menores” - ley 10.903- se basaba, como bien hemos adelantado, en un “sistema tutelar o asistencialista”, derivado de criterios criminológicos positivos resultando así un sistema de justicia de menores que respaldaba las reacciones estatales coactivas, frente a los infractores (o potenciales infractores) de la ley penal, a partir de las ideas del tratamiento, resocialización y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos.

Dicha ley disponía que ante el hecho de que una persona menor de 18 años de edad se encontrara en “peligro material o moral” se diera intervención al juez de la jurisdicción criminal y correccional, ya sea en la Capital de la República o en las provincias o territorios nacionales. Según la lógica implícita en la ley, en primer lugar, estos “menores” definidos en “Situación Irregular” son todos aquellos que se encuentren en “peligro material o moral”, es decir, todo “menor abandonado”, y en segundo lugar, son “menores delincuentes” todos aquellos a quienes se les imputa un delito o infracción a la ley penal.

Frente a los menores de edad en tal situación, la ley suponía que el Estado tenía la función de tutelar a través del Juez de Menores, quien cumpliría su rol ya no desde el plano estrictamente jurídico, sino desde un plano moral y social, asimilable en un aspecto informal a “un buen padre de familia” que, sin embargo, se encontraba indisolublemente unido, en el sentido formal, al poder coercitivo del Estado.⁵

La intervención del Juez implicaba, por lo tanto, su propia definición respecto de quiénes serían sus “objetos de protección” y requerirían de su “tutela”, frente a quienes tenía la facultad de “disponer” de sus personas hasta que alcanzaran la mayoría de edad. Entre sus decisiones respecto de “los menores de edad” podía incluso aplicar la privación de libertad.

Este modelo de intervención, es llamado “Doctrina de la Situación Irregular”. La Situación Irregular puede ser definida como aquella en la que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono moral o material.

Las dificultades de la familia, la inasistencia a la escuela e incluso el ser víctima de un delito constituían, entre otras, las causales más comunes de “abandono” que, para el sistema tutelar, generan la peligrosidad del individuo. Por lo tanto, la respuesta a estas situaciones ha sido siempre la judicialización del problema.

Esta judicialización, lejos de resolver el problema o colaborar en su reversión, se ha convertido de manera sistemática en un obstáculo para la resolución del conflicto.

⁵ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, “Situación de los niños, niñas y adolescentes en Argentina”, PRIVADOS DE LIBERTAD, Junio de 2006, disponible en: <http://www.derhuman.jus.gov.ar>.

En este contexto, la justicia actúa en cada caso como ejecutora de políticas asistenciales, lo que resulta incompatible con las funciones jurisdiccionales y con la lógica de una política pública.

En general, podemos decir que la “disposición” para estos casos consiste en la urgente tutela del Estado mediante la exclusión del menor y su reclusión en una institución cerrada (instituto o reformatorio). Acciones de este tipo implican una intervención discrecional, incompatible con los derechos y garantías fundamentales que todo ser humano posee en un Estado de Derecho.

La justificación de este proceder resultaba de la utilización de eufemismos tales como que el Estado no aplica medidas de privación de libertad sino que actúa como “guardián de los menores”, considerados éstos como “objeto de tutela”.

Mientras tanto, otro punto oscuro del modelo radica en la no distinción entre aquella porción de la infancia que es víctima de delito, aquella que es imputada de delito o aquella otra porción de la infancia cuyos derechos económicos y sociales son vulnerados.

A través de los jueces, la Ley 10.903 permitió que el Estado actúe con una discrecionalidad ilimitada, “disponiendo” de los menores como considerara más adecuado y por el tiempo que considerase conveniente, ya que las medidas se aplicaban por tiempo indeterminado teniendo como único límite la mayoría de edad.

Sin embargo, la aplicación de la Doctrina de la Situación Irregular no termina con la Ley de Patronato de Menores, sino que fue aplicada y sigue siendo aplicada, dado la vigencia de la ley, por el Régimen Penal de la Minoridad -Ley 22.278-.

Dicha ley dispone la aplicación de “Medidas Tutelares”, es decir, aquellas que se disponen en el ejercicio de la función tutelar que incumbe al Estado con miras a la protección de la minoridad en situación de conflicto, que se hallan afectados por alguna situación que embiste uno o más derechos fundamentales.

Por otro lado, considera a los niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables, lo que entre otras cosas implica que no se les hará un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida no dependerá necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño o joven se encuentre en “estado de riesgo”. Importante es que destaquemos que dichas medidas son aplicadas por los jueces de menores con total discrecionalidad.

Este Régimen Penal de la Minoridad no tiene en cuenta la imputación de un delito a la hora de *disponer* de una persona menor de edad, ya que las medidas son tomadas, independientemente de la declaración de responsabilidad penal, por sus características personales, su supuesta “peligrosidad”, su situación familiar, etc., todos indicadores que surgen de numerosos estudios que se realizan previamente en su persona. Este funcionamiento responde a los principios del llamado por la doctrina “derecho penal de autor”, y de ningún modo se corresponde con el principio de culpabilidad por el acto, establecido en la Constitución de la Nación y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional.

Desde la incorporación, en 1990, de la Convención sobre los Derechos del Niño al derecho positivo interno, e incluso con el otorgamiento de jerarquía constitucional en

el año 1994, la discusión desatada sobre la necesaria adecuación legislativa a este documento ha sido extremadamente ardua.

El país ha dado este paso fundamental en defensa de los derechos humanos al sancionar la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La ley sancionada apunta a establecer la ‘Doctrina de la Protección Integral’. Dicha doctrina apunta: a distinguir claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales; a abandonar la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen o no son capaces, y que pasen a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho; a desjudicializar cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

Esta doctrina también apunta a la protección de los derechos del niño y/o el adolescente, ya que no se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño o adolescente, sino de garantizar los derechos de todos ellos; además, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe, por lo que la protección no puede significar intervención estatal coactiva, es decir, ya no se trata de incapaces, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo.

Por eso, se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están en continuo desarrollo y crecimiento.

El juez, como cualquier juez, está limitado en su intervención por las garantías; en cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas, la principal, en relación con los adolescentes, es la de ser juzgado por tribunales específicos con procedimientos específicos, y la de que la responsabilidad del adolescente por el acto cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos.

En correlación con este sistema de la Protección Integral se establecen “Medidas de Protección Integral” que son aquellas emanadas del órgano administrativo de infancia a nivel local y deben estar dirigidas a restituir los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, y por medio de estas se busca el fortalecimiento de los vínculos entre padres e hijos considerando que la familia es el ámbito propicio para el desarrollo del niño, disponiendo que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave.⁶

4 - Introducción:

El tema a desarrollar está ubicado dentro del Derecho Público en el área del Derecho Penal, y más específicamente en el Régimen Penal de Menores.

⁶ Ministerio de justicia y derechos humanos de la Nación, “DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES”, Estándares de derechos humanos para la implementación de un sistema de justicia penal juvenil, Noviembre 2007, disponible en: <http://www.derhuman.jus.gov.ar>.

La delincuencia juvenil, al igual que la adulta, es fruto de diversas variables que interactúan entre sí. No se puede atribuir a una causa concreta ni se puede analizar de forma aislada; es un problema multidisciplinar y debe explicarse desde muchos puntos de vista: el criminológico, el sociológico, el psicológico, el educativo, el penal, entre otros.

Como estudiante de la carrera de Abogacía, y como miembro integrante de la sociedad argentina, me surgió la inquietud e innumerables cuestionamientos acerca de cuál es la realidad que atraviesan aquellos niños o jóvenes que a muy temprana edad cometen delitos y sobre todo cuál es el tratamiento legal que dicha problemática recibe en nuestro país, lo que dio lugar a la investigación y al análisis de la cuestión y consecuentemente a la confección del presente trabajo.

Este tema se basa en la problemática que surge por la falta de coherencia e inadecuación de la legislación penal argentina en materia de menores respecto a la normativa internacional proveniente de la Convención sobre los Derechos de los Niños incorporada a nuestra Carta Magna luego de la reforma constitucional del año 1994, la cual le otorgó jerarquía constitucional, y consecuentemente inadecuación de dicha legislación a la Doctrina de Protección Integral adoptada en el marco de la nombrada Convención, producto de que nuestra legislación penal minoril conserva la línea de pensamiento trazada por la Doctrina de la Situación Irregular, y ello es el resultado de la todavía vigente ley 22.278.

Es necesario resaltar que la obligación internacional de adaptar nuestra legislación en materia de menores al paradigma de la Protección Integral adoptado por la Convención, a partir de la sanción de la ley 26.061 ha comenzado a ejecutarse; sin

embargo queda todavía un largo trecho sobre todo en materia de legislación penal minoril.

A lo largo del presente trabajo intentaremos demostrar la falta de adecuación, sus fundamentos y la repercusión que ésta tiene a nivel normativo, sociológico, y en relación a las políticas públicas que han de adoptarse por parte del Estado y en las decisiones que toman nuestros magistrados en lo que a la materia respecta.

Para ello, haremos uso de estrategias metodológicas de tipo cualitativas y utilizaremos fuentes documentales representativas de la cuestión en juego, como ser doctrina, jurisprudencia, legislación nacional e internacional, las cuales nos servirán como herramientas para enmarcar legalmente la problemática.

Por todo ello, se buscará como objetivo general lograr la cohesión jurídica, teórica y sociológica de la legislación vigente relativa al Régimen Penal de Menores.

Asimismo, y en términos específicos, se calificará al Sistema Penal de Menores actual en nuestro país, para poder observar las asimetrías existentes respecto al paradigma de la Protección Integral de los derechos de los niños que propugna la Convención, a nivel internacional y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a nivel normativo interno.

Será también necesario señalar los principios y lineamientos que debería seguir nuestra legislación para cumplimentar con lo dispuesto en la normativa legal y constitucional en materia de Protección Integral de la minoridad.

Finalmente, para lograr la cohesión pretendida será necesario adaptar la legislación nacional referida al Régimen Penal de Menores al paradigma de la Protección integral.

Capítulo I

“Minoridad: Evolución de su valoración. La construcción histórico-social de la infancia.”

Sumario: 1- Introducción; 2- Imágenes y representaciones de la infancia; 3- La construcción social del concepto de menor; 4- La concepción de la infancia en la era de los derechos; 5- El/la niño/a como sujeto de derechos; 6- Conclusiones.

1- Introducción:

Los menores y el delito enunciativamente conforman una temática que no es exclusiva de esta etapa histórica. Ha sido una constante, especialmente a partir del Siglo XIX.

El enfoque del tema es lo que ha variado desde entonces, ya que se produce una evolución en la consideración de la minoridad como una etapa diferente y en cuanto a su valoración jurídica.

El niño, durante toda Edad Media desarrolló un papel económico dentro de su familia, lo que contribuyó a elevar aún más su ya alta tasa de mortalidad. A las dificultades propiciadas por los trabajos que se les asignaban y las impuestas por su propio medio de vida, se le sumaban, en algunas ocasiones, las de su origen o las de las condiciones en que hubiese nacido, esto es su ilegitimidad. Sobre estas últimas la religión muchas veces actuaba con una doble moral, ya que, por una parte, hacía que los padres sufriesen la marca social de su marginación, mientras que sus hijos eran solicitados para su acogimiento en las instituciones de caridad que la propia Iglesia auspiciaba. Un punto aparte merecen las niñas, ya que a todo lo dicho hasta aquí hay que añadir el hecho de que desde la perspectiva de vida de una sociedad predominantemente militar y agrícola, no les atribuía un valor excesivo ni económico ni social, siendo su supervivencia tenida poco en cuenta.

A partir del Siglo XVIII, el niño dejó de ser considerado como un adulto imperfecto para ser visto como un ser digno de ser comprendido y aceptado por lo que era y representaba en sí mismo.

Desde entonces, todos los tratadistas del tema de la infancia: médicos, psicopedagogos, psicólogos, etc., empiezan a mirar al niño con nuevos ojos, y tratan de transmitir su influencia cultural y profesional tanto sobre él como sobre los comportamientos de sus padres para que éstos se hagan cargo de su cuidado, le dediquen más tiempo a su educación, y despierten su interés por el juego y por la realidad que los rodea. Pero estas consideraciones, al principio, sólo llegaron a unos pocos hijos de burgueses y de las clases pudientes, mientras el resto de la población, hijos de labradores y obreros, siguieron acuciados aún durante bastante tiempo por su ignorancia ancestral. A sus hijos les estaba reservada una vida laboral que empezaba cuando aún eran muy jóvenes para trabajar, una vida laboral inducida por unas necesidades que no podían ser cubiertas por los escasos ingresos de los padres, y en la que tenían que sufrir las mismas condiciones infrahumanas que los adultos.

No obstante, y a pesar de todas estas evidentes dificultades, eran muy pocas las personas que se preocupaban por los niños, ya que su valor social seguía siendo aún escaso.

Hasta la época moderna, el Estado y la escuela son las dos instituciones que hacen emerger a la infancia de las “estructuras profundas de la historia”. La intervención del Estado efectiviza la escuela como espacio privativo de ella, sustrayéndola de la familia y de la comunidad, en vistas a una socialización diferente, en pos de su formación y disciplinamiento futuro.

En el Siglo XIX el Estado interviene para limitar el trabajo infantil, entendiéndolo como el mayor obstáculo para la escolaridad. La escuela pasa a ser el ámbito por excelencia de la infancia, aunque no de toda.

La intervención del Estado incorpora también la figura del/la niño/a y del adolescente en el derecho, en el derecho penal en particular, creando para él cuerpos jurídicos específicos, códigos, tribunales, etc.

Aparecieron fenómenos sociales no deseables, como el desempleo, la marginación, las carencias en vivienda, que si bien no eran fenómenos inéditos, por su acumulación y progresión infundieron pánico.

Se excluyó todo aquello que desuniera, que no se integrara a la sociedad por su atraso o su desviación. La figura máxima de la exclusión fue la ‘Situación Irregular’. Fueron “irregulares”, aquéllos que demostraron en su vivir, su pensar, su vestir, su hablar, una discordancia con el modelo prevalente. En el universo de la infancia, los “irregulares” se llamaron “menores”, y en base a una “doctrina”, se los institucionalizó para protegerlos de sí mismos.

Los niños fueron considerados a través de la historia como una propiedad de sus padres, por lo que no tenían reconocidos ningún tipo de derechos ni libertades con estatuto legal propio.

Esta falta de identidad social y legal del niño llegó hasta los primeros años del Siglo XX en el que tanto los organismos como las comunidades internacionales empezaron a señalar la necesidad de que existiesen códigos de derechos específicos para el niño, y que les contemplasen una protección especial.

2- Imágenes y representaciones de la infancia.

Hasta fines del Siglo XVIII, desde el ámbito jurídico, ser menor de edad no tenía relevancia. En las vinculaciones de patria potestad, ésta era una potestad absoluta, totalmente dominante y autoritaria, donde la voluntad del hijo menor de edad no

contaba. Y fuera del contexto familiar, en el orden penal, no había prácticamente diferenciación con el tratamiento empleado con adultos.

En esa época, el menor no llegó a ser siquiera objeto de protección especial por parte del Estado ni de ninguna otra institución extrafamiliar.

A partir del Siglo XIX, se vislumbra algún atisbo de cambio en cuestiones penales, que comenzó por diferenciar normativamente los lugares de ejecución de las penas aplicadas a menores, creciendo un movimiento que expresó críticas a la situación “real” que en la práctica los mantenía igualmente alojados en establecimiento para adultos.

Es precisamente la idea de sustraer al menor del derecho penal y de la jurisdicción penal ordinaria, lo que motivó inicialmente la creación de una jurisdicción especializada.

Simultáneamente, hay un gran progreso de la psicología y de la antropología, circunstancia que promovió el estudio de la minoridad reconociéndole características propias que desembocaron en enfoques diferentes a los utilizados para adultos. Estas ciencias influyen de tal manera que, a la par que se separaba al menor de una jurisdicción penal común, se abandonaron parámetros jurídicos en el procedimiento empleado.⁷

Y poco a poco, esa protección especial al menor delincuente se extendió también al menor abandonado, al menor que por los cambios sociales había traspuesto las puertas de su hogar para vivir en la calle. Lo que conformó un sistema de protección especial a la minoridad, mezcla de prevención de la delincuencia y seguridad para la

⁷ Mateo de Ferroni, Delia, “Régimen penal de menores”, Editorial JURIS, Rosario 1998.

sociedad tratando de sustituir la pena por la medida de internación con fines preventivos, educativos y correccionales, sistema que con algunas variantes alcanza nuestros días.

Se introdujo entonces al menor a una jurisdicción especial pero no se previó a favor del mismo ningún sistema de garantías, aplicándose a nivel social y estatal aquel viejo concepto de patria potestad.

Esta es la etapa en la que el menor fue considerado como objeto de protección. Es decir, un ser débil e influenciable, que simplemente necesitaba ser protegido sin ser escuchado, por lo que la característica fue la de la protección masiva y no personalizada.

A comienzos y mediados del Siglo XX, sigue el auge de la socialización de la temática del menor y el auge de la institucionalización, sin modificaciones significativas a nivel jurídico, pero escuchándose ya voces de críticas afianzándose una corriente que resalta los derechos de la niñez, proceso que concretamente se inicia en 1924 con la Declaración de los Derechos del Niño “Declaración de Ginebra”, continúa en 1959 con la “Declaración de los Derechos del niño” y culmina en 1989 con la “Convención sobre los Derechos del Niño”.⁸

Es la época en que la minoridad cobra otra dimensión, el menor pasa a ser considerado como sujeto de protección.

3- La construcción social del concepto de menor.

A fines de los años 60' los psicólogos, psicopedagogos, sociólogos, entre otros, hablaban y pensaban en “niñas, niños y adolescentes”, mientras que los juristas, hablaban de “menores”. Había muchas definiciones de niños y de adolescentes, pero

⁸ Ibídem

casi ninguna de “menor”, ya que los juristas no definían lo que entendían por menor *sino por lo que no eran*: menor era aquél que no era mayor.

Esta imposibilidad de definición reflejaba el vacío de su contenido. Ese vacío de contenido en términos conceptuales generó un sistema de exclusión social, traducido en política para menores, institutos para menores, servicios para menores, jueces para menores. La exclusión empieza por considerar a los/as niños/as y adolescentes como “no sujetos”.

En su sistema de organización social, las sociedades establecieron que por esa condición de minoría de edad, los niños y adolescentes pasaban a ser individuos tutelados por el Estado. La autoridad absoluta del Estado que encarnaba esa tutela en tal sistema era el Juez de Menores.⁹

Por imperio de la tradicional formación jurídica, de carácter iusprivatista, se comenzó a hablar de menor, de la capacidad del menor, de los derechos de los menores. En consecuencia, el término menor fue jurídicamente válido como herramienta en el particular mundo de lo jurídico; pero si se reflexiona un instante, hay una cierta “cosificación” en este ámbito.

Hay aquí entonces, una conceptualización que directamente cosifica al sujeto como un mero objeto de una disciplina. Es preciso reconocer, sin mayor dramatismo, que el término “menor” implica, así, un mensaje social de “capitis diminutio”.

En este contexto, la palabra “menores” importa una categoría en crisis asociada a la vieja escuela de la minoridad. En verdad, la misma representa un contenido estigmatizante. En cambio, la denominación “niños/as y adolescentes” expresa una idea

⁹ D’antonio, Daniel H., Derecho de menores, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990.

más acorde con los cambios de ideología, especialmente a partir de la existencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.¹⁰

4- La concepción de la infancia en la era de los derechos.

En una de las acepciones del derecho, el derecho como condición que uno tiene de *exigir de los demás* lo que es suyo y por tanto, de ser respetado, un sujeto, formando parte de una organización social, al tener derechos, tiene con eso el poder de exigir que los demás sujetos respeten sus bienes o intereses.

La tradición jurídica distingue dos fases en la vida humana:

1) la fase en que la persona por su inmadurez no puede ser un sujeto plenamente capaz, por lo que requiere de la representación de otro, en este caso, es la relación padre-madre-hijo/a. Es la fase en la que es considerado menor de edad;

2) la segunda es cuando la persona alcanza la madurez necesaria para poder ser considerado sujeto plenamente capaz y ganar con ello la autonomía jurídica.

Sin embargo, esta división es ficticia. La madurez humana no se alcanza en un bloque único, sino que la madurez se va alcanzando en pequeñas proporciones, a lo largo de la infancia, la adolescencia y de la edad adulta.

El movimiento de la modernidad empieza a concebir la infancia como una categoría que encierra un mundo de experiencias y expectativas distintas a las del mundo adulto. Es así como a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se lo define al niño/a y al adolescente como un sujeto de derechos, reconociendo en la infancia el estatus de persona y de ciudadano. Pensar en los niños

¹⁰ Ibídem.

como ciudadanos es reconocer igualmente los derechos y obligaciones de todos los actores sociales.¹¹

La reflexión y el debate sobre la infancia ha sido un proceso decisivo para el reconocimiento de los derechos de la infancia en las sociedades y para el desarrollo de políticas sociales destinadas a este grupo social.

Esta dinámica jurídica y de política social sobre la infancia apunta hacia un cambio de los sistemas de relaciones entre adultos y niños, en todos los niveles sociales, tanto a nivel macrosocial como de la vida intrafamiliar, y hacia un mayor reconocimiento y participación social de la infancia como grupo de población.

5 – El/la niño/a como sujeto de derechos.

Los sistemas jurídicos de protección de menores basados en la irregularidad, comenzaron a ser objeto de un sistemático cuestionamiento. Las evaluaciones acerca de las consecuencias que ha tenido su ejecución, han dado lugar a enfoques críticos, tanto de sus fundamentos como de sus prácticas. La crítica propone una transformación profunda de la concepción de la infancia y de su relación con la sociedad y el Estado.¹²

Un equipo de reformadores ha elaborado la construcción de un paradigma jurídico-cultural al que se le conoce con la expresión de “Doctrina de la Protección Integral”.

Las ideas sustentadas por los reformistas pro-derechos, plantean una transformación global de los patrones culturales utilizados en el abordaje de los temas de infancia. La propuesta se sitúa en un proceso de reconocimiento de derechos y

¹¹ Galiano Maritan, G., "La convención de los derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia", Contribuciones a las Ciencias Sociales, 2012.

¹² Farías, Ana María, “El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos”, en Revista de Derechos del Niño / Número Dos / 2003, disponible en: <http://www.unicef.cl>

recuperación de formas democráticas de convivencia social, siendo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño el sustento legal de mayor envergadura del nuevo paradigma.

La concepción del niño como “sujeto de derechos”, es la expresión que mejor sintetiza la profundidad del cambio. Esta postura se instala en el discurso público en contraposición a la construcción social y jurídica que había predominado durante la mayor parte del Siglo XX. Esta corriente de pensamiento, reconoce a los niños, desde su concepción y hasta los 18 años, como poseedores de derechos económicos, sociales, políticos y culturales, igualando su condición a la del resto de la población.¹³

El nuevo Derecho de la Infancia /Adolescencia introducido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, genera la obligación a los Estados Partes de la misma a lograr la compatibilidad entre las normas presentes en la Convención y las normas antiguas plasmadas en las legislaciones de los Estados, para que éstas se ajusten al nuevo sistema cuya característica central es considerar al niño/a y adolescente como sujetos jurídicamente reconocidos, a quienes por su sola condición de ser humanos le deben ser respetados todos los derechos y garantías recayendo la responsabilidad sobre el Estado y sobre la sociedad entera que esto así sea.

6- Conclusiones.

Las diversas prácticas sociales hacia la infancia que se han desarrollado en el transcurso del último siglo, se han plasmado en discursos y proyectos específicos de acercamiento a los niños y adolescentes.

¹³ *Ibíd.*

Cada una de estas elaboraciones ha determinado una singular conceptualización de la infancia y la distinción del niño como un sujeto específico.

Desde las posturas iniciales del asistencialismo-punitivo, basadas en la consideración del menor como no sujeto, surgieron las prácticas más antiguas y tradicionales de la asistencia paternalista para la protección de los niños y la internación en las cárceles de adultos para los infractores de ley, prácticas que han perdurado hasta hoy en día, más allá de la caducidad de sus elementos discursivos y doctrinarios.

El surgimiento de un movimiento crítico a las conceptualizaciones y prácticas tradicionales de atención a la infancia, desarrollado a fines del Siglo XIX y principios del XX, significó la emergencia de un nuevo discurso, de una nueva ideología.

En este discurso el niño abandonó su condición de receptor de beneficencia y castigo.

En el plano teórico, dicho discurso, impactó profundamente al conjunto de políticas, instituciones y programas que conforman el sistema de justicia de menores, consolidando la creación de un sistema penal alternativo, basado en la denominada “Doctrina de la Situación Irregular”.

El advenimiento de una nueva oleada de ideas reformistas y críticos durante los últimos años complejizó aún más el paisaje de la discusión acerca de la infancia. Los reformadores pro-derechos, han propugnado el paradigma de la Protección Integral, en oposición al de la Doctrina de la Situación Irregular. Junto a ello han proclamado la emergencia de una nueva distinción en la concepción de la infancia, proponiendo la visión del niño como “sujeto de derechos”.

Nuevo modelo que domina en la actualidad el discurso público de la atención a la infancia, y que busca la adhesión de la comunidad entera.

Capítulo II

“Menor adolescente: su personalidad. Paso del menor delincente desde el derecho penal común al derecho de menores.”

Sumario: 1- Introducción; 2- La personalidad del menor adolescente; 3- Factores socio-económicos de la delincuencia juvenil; 4- La trasgresión – el delito; 5- Paso del menor delincente desde el derecho penal común al derecho de menores; 6- Conclusiones.

1- Introducción.

Dentro de la organización básica de la sociedad, como pilar fundante, aparece la familia como constitutiva de la misma.

La familia es un sistema, es decir, un conjunto de personas interrelacionadas entre sí. En éste ámbito, el niño va desarrollando progresivamente su cuerpo (soma) y su psiquismo (psiquis), e irá generando su personalidad, la que le permitirá relacionarse de manera eficiente, satisfactoria y única con el ambiente al que pertenece y con el que se relaciona.

En la adolescencia, la persona está más expuesta y es más vulnerable a las influencias negativas marginales y marginadoras. Es un momento en la vida del sujeto en que se puede llegar a transformar en un receptáculo ideal para hacerse cargo de los conflictos del otro y de la sociedad en general. Allí es donde radica el punto más importante que tiene que ver con el acompañamiento y la contención que necesita para salir de esa situación que tiene cierta patología de carácter transitorio. Es decir, que pueda emerger saludablemente de la crisis.

Todo depende del basamento que haya logrado armar en su historia vital, como pudo introyectar las imágenes parentales, la contención que tuvo por parte de su familia, el pasaje a su progresiva inclusión social con un rol activo, y el nivel de tolerancia a las frustraciones que le permitirá aceptar aquello que desagrada y que para el sujeto significa postergar un deseo.

Todo ello irá estructurando un “modo de ser” frente al mundo, una forma de reaccionar y relacionarse con un “otro” que lo complementa o no, pero con el cual debe

relacionarse, intercambiar o compartir. Ello enriquecerá una estructura única, propia e irrepetible que conocemos como “personalidad”.

2- La personalidad del menor adolescente.

En la medida en que se fortalece como sujeto, el niño va logrando progresivamente su independencia. No obstante lo expuesto, hay un punto muy importante a nivel físico que constituye un hito fundamental por la trascendencia y tiene que ver con la eclosión hormonal que acrece en la pubertad.¹⁴

Lo que comienza como una manifestación hormonal y típicamente orgánica transita un camino que conocemos como adolescencia y paralelamente ocurre una evolución del psiquismo, de la inteligencia, de la estructura del pensamiento y concluye con una salida social hacia la identidad adulta definida.

Cuando ocurren alteraciones en la trama de un grupo familiar, ellas pueden ser generadoras de patologías de diversa índole: orgánica, emocional, psicósomática o social. Esta alteración, produce modificaciones en las relaciones interpersonales en diversos grados en lo social; y en los vínculos por parte del sujeto que infringe y quebranta las relaciones interpersonales del entorno al que pertenece, constituye lo que podemos visualizar como la ruptura o el quebrantamiento de las normas básicas de convivencia que conocemos como delito.¹⁵

En determinados momentos de la historia vital del sujeto, sus progenitores son los responsables directos de resolver esas dificultades y de un abordaje que permita lograr una salida positiva para el sujeto y su grupo familiar.

¹⁴ Mateo de Ferroni, Delia, Op. cit.

¹⁵ Sprott, W. J. H. y otros, La sociedad y la formación de la personalidad del niño, Paidós, Bs. As., 1968.

A medida que el individuo se independiza, poco a poco va adquiriendo responsabilidades que tienen que ver con los actos que lo involucran de acuerdo a su capacidad de discernimiento que se da como proceso y no como una adquisición globalizada. Este momento tiene que ver con el ingreso a la adolescencia.

Es necesario partir entonces del análisis de cuál es el nivel emocional, intelectual afectivo y social a nivel individual y grupal del niño que deja la pubertad entre los 11 y 12 años, cuando hace eclosión toda la fisonomía hormonal, ya que es este estallido el que da el puntapié necesario para que se desencadene el proceso que lo conducirá a la adquisición de su identidad adulta.

Una de las características de los adolescentes es presentar madurez en algún aspecto y en otros, una marcada inmadurez. Esto se da por el “juego de defensa” del sujeto frente a las nuevas instancias, donde el aprendizaje realizado en la niñez tiene escaso valor para su actual situación que es una nueva postura frente al mundo y que lo obliga a buscar nuevas pautas de convivencia.

En ocasiones, los adolescentes tienen conductas típicamente psicopáticas, como pueden ser el desafecto con que arremeten ciertos actos o una marcada crueldad con el objeto que está siendo blanco de su accionar. Ello, es lo que los induce a actuar “irresponsablemente”.¹⁶

3- Factores socio-económicos de la delincuencia juvenil.

Importante es destacar cuestiones de tipo socio-económico que contribuyeron, con el correr de los años, como factores incipientes en la delincuencia juvenil.

¹⁶ *Ibíd.*

En el siglo pasado, cuando surge la revolución industrial, se produjo un fenómeno de éxodo de poblaciones rurales hacia las grandes urbes. Ello produjo hacinamiento, marginación, ciudades superpobladas. Esta nueva realidad trajo aparejado una difícil adaptación de la familia, pues hubo necesidad de que ambos progenitores salieran a trabajar. Ello produjo una disminución en el control y seguimiento de los hijos que estuvieron más expuestos a contactos con grupos marginales, y variadas circunstancias que concurrieron y confluyeron para desorganizar el grupo familiar originario.

Este cambio radical de “hábitat” con modificaciones a nivel de costumbre, hábitos, tiempos diferentes, trajo aparejado un desequilibrio emocional del adolescente que venía del campo a la ciudad y quedaba fascinado con un mundo al que en definitiva ni le fue permitido acceder en muchos aspectos y que generó rencores, desilusiones y marginaciones. En definitiva, desfasajes en su personalidad y desarraigo.

En muchas ocasiones, resultaron presa fácil para sucumbir a la seducción que ejerce la transgresión, convirtiéndolos en delincuentes con el paso del tiempo.

Al profundizarse el modelo capitalista se producen desplazamientos a nivel social que va generando desclasados por el desfasaje que se produce. Esa masa que va pasando necesidades perentorias sintiendo la pérdida de objetos, de posiciones, de status, va siendo progresivamente relegada, sin poder satisfacer los requerimientos básicos.¹⁷

Pero actualmente, el tema de la transgresión a la ley está presente en todos los estamentos sociales, con el agregado de ingredientes como la drogadicción, su tráfico y consumo y la marginación que acarrea al sujeto.

¹⁷ Mateo de Ferroni, Delia, Op. cit.

No obstante lo expuesto, aparecen en el escenario social diversas causas que conllevan a un niño o adolescente a delinquir, y éstas son tan variadas que provoca imposibilidad de subsumirlas en una enumeración de carácter taxativa. En términos generales podemos ejemplificar: la abstinencia o inasistencia de la escolaridad completa, lo que produce la ausencia en la adquisición de valores positivos en la vida del niño o adolescente; falta de oportunidades de empleos u oficio, en los cuales el adolescente pueda obtener utilidad y con ello recursos; insatisfacción de sus necesidades básicas; padres ausentes, lo que imposibilita que el menor obtenga la contención necesaria para su pleno desarrollo, etc.

4- La trasgresión – el delito.

Podríamos partir de la modificación que se produce en el tejido social. La ruptura de su tramado sería la trasgresión. Quien ejecuta y posibilita esa ruptura, se coloca fuera del ordenamiento, dado como “deber ser”, se automargina. Con esta postura, lo ideal sería retornarlo nuevamente a la trama social, conocido como “reinserción social”.¹⁸

El tema del castigo, visto desde el sujeto transgresor, fue analizado desde siempre con posturas diversas. Planteamos una línea de pensamiento que tiene que ver con la asunción del costo que implica la acción transgresora: como quien “paga su culpa”.

Es menester clarificar que no es suficiente que la sociedad responsabilice a un sujeto de un acto transgresor. Sólo el hacerse responsable de su trasgresión le posibilitará reconocerse como sujeto inserto en una trama social. Entonces, lo importante es poder asumir, desde lo individual que se ha transgredido lo pactado.

¹⁸ *Ibidem*.

En el caso del adolescente, es necesario que pueda tener los elementos que le permitan hacerse cargo de su singularidad y de los actos que allí se gestan. Si ello no ocurriera se sucederían los acontecimientos como ajenos a sí mismos y faltos de contenido simbólico, lo cual le impediría la asunción de la responsabilidad inherente a los mismos. Si el acto transgresor carece de significación para el sujeto que lo ejecuta, la aplicación de la pena también será carente de significado para él mismo. Por eso la ejecución de la pena se considerará injusta, inadecuada, carente de valor, proveniente de alguien que detenta el poder, un juez castigador a quien debe acatar y someterse, esperando que el tiempo transcurra.

Una cuestión queda latente: el castigo, en su aplicación con las diversas formas que asume: educativo, terapéutico o reparador: ¿Tiene como objetivo que el sujeto se reconozca como tal, inserto en una trama, con una historia que le pertenece y que debe elaborar?, ¿O es una expresión de la seguridad social - entendida como una corriente que aún hoy tiene vigencia dentro de la criminología- y que busca aislar a quien se considera que es poseedor de cierta cuota de peligrosidad para la misma?

Es necesario que tengamos en cuenta que no se llega al delito sino por la suma de transgresiones personales menores y por una marginación que lo conduce al joven, en muchas ocasiones, a situaciones no deseadas por él mismo.

En reiteradas ocasiones, menores que cometen delitos graves, en lo inmediato no tienen la posibilidad de hacerse cargo de los mismos *por ser menores*. Como si ello trajera aparejada *una supuesta inmunidad* y a la vez *una permisividad* que le posibilita

delinquir con mayor facilidad, de cometer el hecho y de poder “zafar” de él, sin castigo, por la *ausencia de culpa*.¹⁹

Y esto encuentra su explicación desde lo psicológico, ya que al joven no se le posibilita acceder a la asunción de sus actos, cuando se le priva de su libertad sin darle la posibilidad que reconozca como sujeto su falta y como consecuencia de ello pueda hacerse cargo de su *actus delicti*. Simplemente se lo recluye en una cárcel de menores, aguardando que transcurra el tiempo, y acceda a la mayoría de edad; imposibilitándole el proceso interno, propio de su psiquismo, que sólo él puede y debe realizarlo decodificando su acto, lo que permitirá a posteriori asumir su realidad con responsabilidad.

5- Paso del menor delincuente desde el derecho penal común al derecho de menores.

El menor, como toda persona, ha estado sometido al derecho penal común. Dentro de éste fue diferenciado con penas mitigadas.

Los cambios sufridos en relación a menores, han llegado de la mano de los cambios de todo el sistema penal; con el advenimiento de la época contemporánea, con la influencia del iluminismo, se eliminaron las penas capitales y corporales y se suavizaron las destinadas a menores, aunque manteniéndose la igualdad en cuanto a la ejecución de las penas.

Marcó ya en esos comienzos, la identificación del menor delincuente con el menor abandonado y la implementación de medidas de protección hacia éstos como una forma de prevención del delito. El Estado comenzó a tener mayor injerencia, mayor

¹⁹ *Ibíd.*

intervención en la temática, pasando de un Estado individualista a un Estado con funciones sociales; el paso de un constitucionalismo individualista a un constitucionalismo social. Es el advenimiento de una política de protección a la familia, de conquistas sociales, de reconocimiento en el ámbito laboral, etc.²⁰

Y en cuanto a la protección especial surge el *patronato*, considerado como el ejercicio supletorio o conjunto de los derechos de la patria potestad. Y en esa idea de patronato, se dividieron el tema el Estado y la sociedad, cristalizado en ésta con lo que se llamo beneficencia, dando lugar a una protección especial masiva, más destinada en estos comienzos a solucionar el problema social que significaban los menores en la calle que a proteger al menor de la situación social que lo exponía a los peligros de la calle, entre los cuales estaba el manejo por delincuentes mayores.

Se mezcló entonces, la personalidad del menor con las situaciones sociales que eran la causa generadora casi directa de la delincuencia. Y un menor abandonado, era visto por ese solo hecho como un futuro delincuente.

Se tomó disposición del menor y se aplicaron largas internaciones. Y éstas no se llamaron penas, pero se restringía la libertad y el contacto con la familia. Se lo estaba protegiendo y para ello se lo privaba de cosas importantes y esto no ocurría por el delito en sí, sino para protegerlo. Ciertamente es que no se contribuía a formarlo en responsabilidades, sino que se lo estaba deformando.

Es la evolución constante de querer sacar al menor del derecho penal común para introducirlo en un sistema que proclame la protección de la infancia, y que en su aplicación práctica, pese a sus pretensiones, cumplió igualmente la esencia del derecho

²⁰ Mangione - Córdoba - Viñas - Raffo - Zaldarriaga - D' Antonio - Bossert - Borgonovo - Cavallieri, Derecho de Menores, Editorial Juris, Rosario, 1992.

penal como derecho de la pena, aunque con el nombre de medidas tutelares, especialmente educativas.

Fue la aspiración constante de reemplazar la idea de represión por un sistema tutelar, proteccionista, que se extendió no sólo en relación a los hechos ilícitos de los menores sino a situaciones de abandono y/o peligro físico y moral.

Ahora bien, las personas, con ese límite que las separa en mayores y menores, poseen los mismos derechos, pero a los menores se les reconoce uno más que le es propio y exclusivo: el derecho a la protección por la condición ínsita a su minoridad que es estar *sujeto a*. Las personas entonces, mayores y menores, con todos los derechos, incluido aquel que a los menores les es propio, están insertos en todo el ordenamiento jurídico por igual, simplemente que el menor lo está con esa connotación especial de la cadena natural de representación que tiene en aras de su protección, y así se encuentra incluido en el ordenamiento civil, que será la base del resto de los ordenamientos.

Hablamos de derecho de menores y no de derecho penal de menores, porque nos referimos al sujeto de la relación, no sólo por ser menor de edad, sino también por las circunstancias excepcionales que atraviesa. No entonces derecho de menores como contraposición de derecho de mayores, sino porque el eje sobre el que girará todo el sistema será individualmente el menor en esas especiales circunstancias y los principios que lo rigen estarán acorde a esto.

6- Conclusiones.

La adolescencia es una etapa difícil en el desarrollo de la persona, en la que aparecen algunos problemas que pueden desembocar en trastornos serios si no se

detectan a tiempo, ya que los adolescentes experimentan una serie de cambios físicos que acarrearán consecuencias, algunas de ellas negativas.

La adolescencia es una de las etapas de suma importancia para la construcción de la personalidad de cualquier individuo, por consecuencia la familia juega un papel sumamente primordial.

Por otro lado, la internación masiva de menores, como solución a la problemática de la delincuencia juvenil, más allá de las buenas intenciones de quienes dedicaron mucho de su esfuerzo, no dio resultados positivos, ni para el menor que no tuvo un ambiente propicio para su formación, ni para la sociedad que a veces volvió a recibirlo cargado de mayores resentimientos.

Por ello, es bueno recordar que quien delinque es un sujeto en la trama social, pero uno al fin y como tal debe ser visto y comprendido desde su historia vital y desde su singularidad.

Desde ese lugar se le debe brindar la posibilidad de que pueda decodificar su acción, su acto, reconociéndose en lo simbólico de su acto transgresor, para poder asumir la culpa.

Queda establecida así la implicación entre responsabilidad y castigo desde el punto de vista del sujeto. Esa es la posibilidad de reconocerlo como sujeto dentro de la trama social: como persona que posee derechos y obligaciones que se le debe permitir asumir.

Capítulo III

“Cambios de paradigmas: de la Situación Irregular a la Protección Integral”

Sumario: 1- Introducción; 2- Doctrina de la Situación Irregular; 2.1- Origen histórico; 2.2- Rasgos característicos de las leyes que responden a un “sistema tutelar o asistencialista”; 3- Protección Integral de los Derechos del Niño; 3.1- Antecedentes históricos en América Latina; 3.2- Concepto de doctrina de la “Protección Integral de los Derechos del Niño”; 3.3- Principios básicos para la Protección Integral en Derechos Humanos a Niños y Adolescentes; 4- Conclusiones.

1- Introducción.

Bajo la concepción del “menor” como “objeto de tutela”, nunca titular de sus propios derechos, la “Doctrina de la Situación Irregular” concentró su atención en los niños, niñas y adolescentes vulnerables, esos “menores” para cuyos problemas de raíz social en general, vinculados con la pobreza, el Estado había dado una respuesta judicial, a través de la institución del Patronato. Dicha situación permitió a los Jueces de Menores decidir arbitrariamente sobre la vida de las personas menores de edad, privarlas de su libertad y disponer de ellas durante períodos de tiempo indeterminado: muchas veces, durante toda su niñez.

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño se produjo una modificación que implicó el cambio del “régimen tutelar” del Patronato por un sistema institucional, político y social denominado “Protección Integral” que, en lugar de proteger a los niños y niñas, protege sus derechos, de manera integral y en todos los ámbitos de su vida y desarrollo, considerándolo como sujeto de derecho.

Dicho cambio, influye de sobre manera en el tipo de medidas a aplicar por parte del Estado, tanto en sus caracteres esenciales como en el órgano encargado de dictarlas, como así también influye, y en lo que este trabajo interesa, en la regulación de un proceso penal donde los menores infractores de la ley son sus protagonistas.

2- Doctrina de la Situación Irregular.

2.1- Origen histórico.

Para empezar, cabe señalar que hay quienes opinan que el único fin que perseguía esta línea de pensamiento era el de estructurar un esquema de justicia penal que mantuviera el orden, la estabilidad y el control social.

A aquellos supuestos “salvadores del niño” -denominación asignada a aquellos a quienes les correspondía la función de tutelar a los menores y quienes encabezaban el liderazgo en la idea de imponer un sistema tutelar/asistencialista- lo único que les interesaba era seguir ejerciendo un activo control sobre los estamentos sociales más bajos y humildes -de donde eventualmente surgirían los potenciales delincuentes- y de ese modo, mantener incólume su predominio social. En otras palabras, se concebía la protección en términos segregativos.

A estas personas no los movía un interés altruista de querer salvar a aquellos niños, que deambulaban por las calles de las ciudades recientemente industrializadas y pudieran caer en conductas antisociales, o tratar de mejorar la calidad de vida de la sociedad en que se desenvolvían, sino que -por el contrario- tenían un claro y único fin: conservar su poder a través de reformas en el sistema penal.²¹

Como medida primordial, se crearon distintas instituciones -judiciales y correccionales- para el tratamiento y vigilancia de los jóvenes en situación de peligro. Así se originaron los primeros mecanismos de control social formal de niños y adolescentes. Tales institutos debían cumplir una única función específica: convertir a esos menores en ciudadanos respetuosos de las leyes.

Conviene, entonces, analizar cada uno de los institutos creados por los “salvadores del niño”.

El Reformatorio: éste es el primer instrumento diseñado para poder “institucionalizar” a los niños y los jóvenes mediante privación de su libertad.

²¹ Platt, Anthony M., “Los Salvadores del niño o la invención de la delincuencia”, traducción de Félix Blanco, Siglo XXI, México, 1992.

El reformatorio se creó en los Estados Unidos hacia la mitad del siglo XIX, a manera de una forma especial de disciplina, en reclusión, para los adolescentes y los adultos jóvenes.²²

Los reformatorios eran regidos por “administradores” que, a su arbitrio, dictaban las políticas criminológicas a aplicar dentro de la institución. En esencia, éstas se dirigían a tratar de “reformular” al delincuente juvenil, para convertirlo en un ciudadano útil y productivo, basándose en un sistema de calificaciones de la conducta.

Pero no sólo ingresaban a los reformatorios jóvenes que habían mostrado alguna actitud antisocial, sino que también integraba su población todo aquel niño que “no era debidamente atendido ni custodiado”, conceptos éstos que fueron utilizados como punto de partida para justificar el encierro de “menores” que no habían cometido ninguna conducta ilícita.

Por ello, los reformatorios de niños debían reproducir las condiciones de vida en el hogar, para enseñarles principios morales, religiosos y de trabajo.

A tal fin, el plan de reformatorios comprendía los siguientes principios: 1) los delincuentes jóvenes tenían que ser separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos; 2) los delincuentes tenían que ser apartados de su medio y encerrados por su propio bien y protección; 3) los delincuentes debían ser enviados al reformatorio, sin proceso y con requisitos legales mínimos -no era necesario un proceso en regla, puesto que los reformatorios debían reformar y no castigar-; 4) las sentencias serían indeterminadas, para que los reclusos fueran alentados a cooperar en su propia reforma y para que los “delincuentes” recalcitrantes no pudieran “reanudar su infame

²² *Ibíd.*

carrera”); 5) a los individuos sujetos a reforma debía enseñárseles el valor de la sociedad, la templanza, la inventiva, la prudencia, la ambición “realista” y la adaptación²³.

Las líneas transcriptas son toda una declaración de principios, en los cuales se sustentó, posteriormente, la doctrina de la “Situación Irregular”, para legalizar la actuación tutelar y paternalista del Estado sobre los niños, que sobrepasa la facultad del padre natural y que los pone en un plano de desigualdad jurídica respecto de los demás componentes de la sociedad, con el único fin de privarlos ilegítimamente de su libertad ambulatoria con menoscabo de derechos fundamentales inherentes a su condición de seres humanos y, de éste modo, sacarlos de la vista de los conciudadanos que se manejaban dentro de los parámetros sociales vigentes, es decir con un fin puramente aislacionista.

Los Tribunales de Menores: Punto de partida, para cualquier tipo de control social de niños y adolescentes “descarriados”, fue la creación del primer tribunal de menores, en el año 1899, en el estado de Illinois, Estados Unidos.

El tribunal de menores era una corte especial, creada estatutariamente para determinar la categoría jurídica de los niños que tenían problemas.

Poseía amplias facultades para resolver los conflictos que le eran presentados, utilizando un procedimiento que, obviamente, difería del que se utilizaba para enjuiciar a un adulto, ya que no se acusaba a un niño por la comisión de un ilícito, sino que se le ofrecía ayuda y una guía para que pudiera desenvolverse, en el futuro, dentro de la ley.

²³ *Ibidem*.

Los expedientes que tramitaban en dichos tribunales eran secretos y las audiencias se celebraban en un ambiente privado. El proceso penal era de corte informal y no se respetaban las garantías del debido proceso.²⁴

Esta excesiva discrecionalidad le permitía a los tribunales de menores, investigar todo tipo de hechos delictivos cometidos por menores, así como también todo tipo de necesidades que presentaban éstos. No existían, por ende, distinciones legales entre el menor delincuente y el menor desatendido o abandonado a su suerte.

El juez, dentro de este modelo debía conocer al niño, a fondo, para poderlo guiar adecuadamente. De tal forma, estaba autorizado a investigar el carácter y los antecedentes sociales, tanto de los niños delincuentes como de los “predelincuentes”, a fin de poder tomar intervención en casos en donde no se hubiese cometido ningún delito.²⁵ Como es dable observar, el juez que integraba esos tribunales de menores tenía una función de neto corte asistencial.

Ahora bien, estas instituciones eran los pilares fundamentales que tenían los “salvadores del niño” para asumir el estricto control social sobre esa parte de la población, pero aquéllos debían complementarse con otros dos elementos fundamentales para su desarrollo: la educación y la creación de leyes especiales para la protección y custodia de los niños delincuentes ya que, sin ellos, la existencia del reformatorio y la de los tribunales de menores perdía total sentido.

En el campo de la educación, se debía enseñar a los educandos, mediante un procedimiento racional, las herramientas más elementales que podían utilizar para su correcto desenvolvimiento dentro de la comunidad. Los educadores, en aquel período,

²⁴ Friele, Guillermo Enrique, Disposición tutelar vs. protección integral de los derechos del niño, disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar>.

²⁵ Terragni, Marco Antonio, Régimen penal de los menores, Zeus, Rosario. 1989.

trabajaban bajo estrictas normas de disciplina, ya que había que enseñar a los estudiantes las consecuencias de su mal comportamiento.

Todas estas reformas educacionales tendían a que los niños o jóvenes, que se habían desviado del “buen camino”, retomasen el mismo para bienestar de la sociedad que los amparaba. Por eso, cuando cometían un acto infraccional o estaban en situación de peligro, se los aislaba de la comunidad y se los enviaba a los reformatorios, lugar ideal para poner en funcionamiento estas nuevas formas de educación.

De la mano de la nueva educación, de los reformatorios y de los tribunales de menores, tuvo que venir inexorablemente la creación de leyes especiales para la protección y custodia de los niños delincuentes pues, de otro modo, no hubiera existido un sustento legal que amparara la reforma.²⁶

Esas leyes son las que regulan: 1) la actividad de los tribunales de menores, 2) el procedimiento penal, 3) la edad a partir de la cual se lo puede declarar penalmente responsable a un niño, 4) la posibilidad de disponer indefinidamente de aquéllos que se encuentran en una situación de peligro material o moral, 5) sanciones a las que pueden ser sometidos, y 6) la creación de los reformatorios, y cómo debía tratárselos dentro de éstos.

2.2- Rasgos característicos de las leyes que responden a un “sistema tutelar o asistencialista”.

Como antes hemos explicado, la mayoría de los institutos creados mediante leyes basadas en un “sistema tutelar o asistencialista”, reconocen su inspiración en el

²⁶ Friele, Guillermo Enrique, Op. cit.

movimiento de reformas llevado a cabo por los “salvadores del niño”. Dichas leyes se han ido generando en los albores del siglo pasado.

Un claro ejemplo, demostrativo de este cuadro de situación a nivel local, es la llamada “Ley del Patronato de Menores” (ley 10.903) que constituye el paradigma de un sistema tutelar.

Ahora sí, ubicadas temporalmente estas leyes, corresponde ponderar los rasgos que las caracterizan:

1.- Criterios criminológicos propios del positivismo: de esta concepción se deriva un sistema de justicia de menores que respalda las reacciones estatales coactivas, frente a los infractores (o potenciales infractores) de la ley penal, a partir de las ideas de tratamiento, la resocialización y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos.²⁷

Este enfoque condujo al reemplazo de las penas por distintas medidas de seguridad. Se categorizó el concepto de “riesgo”, determinando que los objetos de protección de estas leyes son los incapaces menores de edad en estado de peligro, de riesgo social, o de abandono.

2.- La tutela de los menores: Al crearse este instituto, se intentó evitar el tratamiento de una cuestión fundamental en el ámbito de la política criminal, a saber: que el “menor” no sea considerado un sujeto de derecho íntegro. Así, el “menor” cuando es sometido a un proceso penal, no goza de la totalidad de derechos y garantías básicos que en igual situación tiene un adulto.

²⁷ *Ibíd.*

Este enfoque, tampoco hace distingo entre el tratamiento de aquellos “menores” que cometieron algún delito, y el de los que se encuentran en un estado de amenaza o vulneración de sus derechos más fundamentales.

Asimismo, esta modalidad permite que las medidas coactivas estatales sean dispuestas por tiempo indeterminado, reconociendo como único límite la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la medida tutelar a la que estaba sometido el menor.

3.- Juez de Menores: Estos Magistrados no cumplen una función jurisdiccional, ni ocupan una posición independiente dentro del proceso penal, pues actúan en forma paternalista, asumiendo funciones propias de las políticas sociales. Los Jueces de Menores no tienen el rol de “juzgar”, a partir de las pruebas que son aportadas al proceso por las partes, sino que se desenvuelven dentro del ámbito tutelar o asistencial.

Podemos, entonces, determinar cuáles son las funciones del Juez dentro de las leyes que propician un sistema tutelar o asistencial:

a) no funciona como Juez, sino como un aspecto informal de un “buen padre de familia”;

b) hace ejercicio de los derechos de corrección; y

c) posee facultades ilimitadas respecto de la disposición e internación de los menores, sin que las mismas puedan ser puestas en crisis por éstos o por sus representantes legales.

4.- Los institutos de menores y los reformatorios: considerando las características de las leyes que responden al sistema tutelar, el mejor modo de control social específico es el que se realiza a través de esas instituciones.

Esta forma de encierro causa efectos perversos y nefastos y que, por ende, cabe presumir que tales institutos han tenido, como único fin, asegurarse que los “menores”, en estado material o moral de peligro o abandono, sean segregados u ocultados para tratar de lograr su readaptación al medio social dominante, es decir, se trata a la protección en términos segregativos.

Ello ha sido uno de los motivos que determinaron la crisis de los sistemas penales juveniles basados en esta postura, cerrándose el ciclo iniciado por los “salvadores del niño” mediante la aprobación de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”.²⁸

3- Protección Integral de los Derechos del Niño.

3.1- Antecedentes históricos en América Latina.

Comenzaremos por hablar de la reforma en los Estados Unidos de Norteamérica, en la década del 60'. Para poder explicar qué sucedió en los Estados Unidos de Norteamérica en dicha década, tenemos que decir en primer lugar que el movimiento de los “salvadores del niño” tuvo especial auge en aquel país, hasta bien entrada esa década.

Las críticas, a los institutos creados por aquella reforma, comenzaron a hacerse sentir por parte de los “constitucionalistas”, que las centraron en los tribunales de menores. Sostenían, con razón, que éstos eran arbitrarios, inconstitucionales y que, a partir de su actividad, se violaban los principios del proceso imparcial, estigmatizando a los adolescentes. En otras palabras, no se resguardaban los derechos del joven, violando las garantías constitucionales del debido proceso.

²⁸ Beloff, M., Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina, Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Los_sistemas_de_responsabilidad_penal.

En contraposición, los “moralistas jurídicos”, partiendo de un concepto de protección para la sociedad y basándose en el carácter meramente retributivo de la pena, defendían los principios esgrimidos por los “salvadores del niño”.

Paulatinamente, la posición constitucionalista fue ganando adeptos, lo que motivó que muchos Estados comenzaran a aprobar leyes destinadas a salvaguardar los derechos de los menores.

En los años 80', surgió un movimiento de reformas en América Latina, se abandonó el paradigma que propugnaba que la protección de los niños y adolescentes, en supuestos de riesgo, debía hacerse a partir de la represión y la violación de sus derechos fundamentales, utilizando a tal fin como instrumento, el derecho penal.²⁹

La sucesión de reformas, en América Latina, se emprende a partir de la difusión del debate en la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Así es que: “Por primera vez, los movimientos sociales concentran su atención, y luego sus esfuerzos, en un instrumento de carácter jurídico. La Convención introduce, por primera vez, la dimensión jurídica de los problemas de la infancia - adolescencia en la acción de los movimientos sociales”.³⁰

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1989, luego de diez años de intenso trabajo por parte de la comunidad internacional, constituye para los pueblos y gobiernos del mundo un reto jurídico-social de relevancia universal, por cuanto comprende un tratado internacional de derechos humanos, que cambia radicalmente el rumbo doctrinario seguido por las legislaciones respecto de la niñez y la adolescencia.

²⁹ *Ibíd*em

³⁰ García Méndez, Emilio, “El nuevo “Estatuto de Crianca e do Adolescente” en Brasil, de la situación irregular a la protección integral: una visión latinoamericana”, en *Infancia y ciudadanía en América Latina*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1993.

Treinta años antes de su promulgación, el 20 de noviembre de 1959, se proclamó la Declaración de Derechos del Niño, que no bastó para hacer cesar el tratamiento segregacionista de la infancia, por efecto de la aplicación de la normativa de la "Situación Irregular". No bastó, entre otras cosas, porque, en lo que concierne al derecho internacional, las declaraciones son una simple formulación de derechos, que reconocen éticamente situaciones de derecho, pero que no son de obligatorio cumplimiento por los Estados partes de esa manifestación de intenciones.³¹

Es decir, que al no tener carácter imperativo, las declaraciones se hacen, por lo general, ineficaces dentro de los países que la suscriben, convirtiéndose en una especie de "invitación" a comportarse de una manera determinada, por cuanto carece de mecanismos para dar eficacia y generar efectos de los derechos declarados.

En este marco, cierto es que la incorporación de las conclusiones de la Convención, a los sistemas jurídicos nacionales, se realizó en contextos de transición pero, de cualquier forma, se ha producido en todos los países latinoamericanos un importante cambio respecto a cómo se debe encarar un sistema de responsabilidad penal juvenil.

Tal es el lento pero seguro traspaso, de los procesos sustentados en la doctrina de la Situación Irregular, a los de la Protección Integral de los Derechos de los Niños, que propone la Convención Internacional.

En este contexto, se puede afirmar que, en algunos países de Latinoamérica, la ratificación de la Convención no ha tenido aún significación alguna. En otros, se llevó a cabo una adecuación puramente formal de las normas del derecho interno, para conciliar

³¹ O'Donnell, Daniel, Protección internacional de los derechos humanos, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.

éste con los principios de la Convención como ser los países de Argentina, Colombia y Honduras. Y finalmente, nos encontramos con unos pocos países que sí se adecuaron en forma integral al instrumento internacional como ser Brasil, Guatemala, Paraguay.³²

3.2- Concepto de la doctrina de la “Protección Integral de los Derechos del Niño”.

Antes de entrar al análisis de este tema, es preciso que definamos en qué consiste la doctrina de la “Protección Integral de los Derechos del Niño”.

De entrada, cabe señalar que la misma es de tipo abierto, pues no hay todavía una definición acabada e indiscutida. Para caracterizarla de alguna manera, podríamos decir, que es la que trata de garantizar, a los niños y jóvenes menores de 18 años de edad, la mayor cantidad de derechos, y que paralelamente intenta protegerlos.

Con ello, la noción central de la doctrina es la protección del “Interés Superior del Niño”, lo cual se traduce en la búsqueda de la máxima satisfacción de sus derechos específicos, reconociéndolo como un sujeto de derecho íntegro. En este sentido, podemos decir que “Protección Integral significa protección de derechos e Interés Superior del Niño significa satisfacción de sus derechos”.

Una vez definida así –si se quiere empíricamente-, corresponde ahora determinar bajo qué lineamientos es esbozada la doctrina puesta a estudio.

Las leyes de la “Protección Integral” comprenden la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales que representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las

³² Beloff, Mary A., “La Aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del niño en el ámbito interno”, en “La Aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Abregu, Martín y Courtis, Christian, CELS/Editores del Puerto, Bs. As., 1997.

políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, pasando a ser obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional.

Dichos instrumentos son: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), los cuales serán individualizados en el capítulo siguiente.

A los mismos, podemos agregarle la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual viene a completar el concepto de Protección Integral, en vista de que asegura un mejor reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos de los niños.

Ahora bien, ¿Qué características debe tener una ley que proteja integralmente los derechos de los niños?

Ante tal interrogante, contestamos diciendo que dichas leyes deben:

- Definir clara e inconfundiblemente cuáles son los derechos del niño y establecer en qué casos es deber de la familia (entendida en su concepción más amplia: tíos, abuelos, y todo pariente no conviviente), de la comunidad, o del propio Estado, respaldar el ejercicio concreto de esos derechos, a través de mecanismos y/o procedimientos adecuados.

- Distinguir claramente entre las competencias de las políticas sociales, por un lado, y de la política criminal, por el otro, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales.

- Abandonar la noción de los menores como sujetos concebidos de manera negativa, por lo que no tienen o por lo que no son capaces de asumir, y pasar a definirlos de manera positiva, como sujetos plenos de derecho.

- Desjudicializar las cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales.

- En cuanto a la política criminal, deben reconocer a los niños y a los jóvenes todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales, según las leyes nacionales e instrumentos internacionales que los reglamentan.

- Establecer, como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven, un catálogo de medidas alternativas a la privación de la libertad.

- Determinar que la privación de libertad sea una medida de último recurso, que sólo podrá ser aplicada por el lapso más breve posible y determinando, en todos los casos, su duración en forma precisa.

3.3- Principios básicos para la Protección Integral en Derechos Humanos a Niños y Adolescentes:

Se destacan cuatro principios básicos de la Protección Integral:

*La igualdad o no discriminación:

Es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los derechos humanos y se erige como eje para la universalidad de estos derechos.

El carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes tiene que ver con que esta aplicación y

este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad.³³

La prohibición de discriminación es, entonces, el presupuesto (entiéndase el principio) inicial para la construcción de políticas de protección integral.

Dicho principio se encuentra contenido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los siguientes términos:

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

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."³⁴

Este principio de igualdad se erige como fundamental, como norma con carácter jurídico-social definido, es decir, orientado a la lectura de todos los derechos consagrados en la propia Convención que lo trae como principio, dirigido al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños.

³³ Cillero, Miguel, Op. cit.

³⁴ Convención internacional sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

Además, mención especial debe hacerse a este principio en relación al imperio de la Convención, como norma inherente al principio mismo, dirigida en dos vertientes, la primera al establecerse la obligación de los Estados Partes en respetar los derechos que se consagran a los niños en este instrumento jurídico internacional (que son sólo enunciativos); imperio acorde con el principio de la extraterritorialidad de las leyes que obliga a respetar, en este caso, la Convención a todo niño sometido a la jurisdicción del Estado de que se trate, independiente del lugar en donde se encuentre el niño, y la segunda, como mecanismo de cumplimiento la obligación de su efectiva aplicación, y observancia de las medidas que ordena el particular segundo del artículo 2 antes citado, respecto a las actividades, opiniones, creencias de sus padres, tutores o familiares.³⁵

* El Interés Superior del Niño:

Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que:

"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..."³⁶

Este principio nos invita a desprendernos de lo que hasta ahora habíamos considerado como ese interés, es decir, no es un simple interés particular, porque más allá de eso consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

³⁵ Cillero, Miguel, Op. cit.

³⁶ Convención internacional sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes, pero principalmente, al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños, adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención.³⁷

Al respecto, Miguel Cillero lo considera un principio jurídico garantista, es decir, que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De esa manera, el Interés Superior del Niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños.

* La efectividad y prioridad absoluta:

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en los siguientes términos:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (principio de efectividad); "... En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional" (principio de prioridad absoluta).³⁸

La efectividad trae aparejado consigo la adopción de medidas o providencias no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que siendo de

³⁷ Cillero, Miguel, Op. cit.

³⁸ Convención internacional sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

cualquier índole conduzcan a la efectividad (goce y disfrute real) de los derechos humanos de los niños y niñas, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas.³⁹

Por otra parte, los derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional.

Que los derechos de niños y adolescentes sean atendidos con prioridad absoluta no es únicamente que se les dé preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de vulneración de derechos.

Esta parte del artículo 4 de la Convención que consagra la prioridad absoluta es de particular interés para transformar la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social, puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de gobierno, al colocar en primer lugar las medidas referidas al cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, sin que valga de excusa motivaciones de carácter presupuestario que tradicionalmente se han utilizado para evadir responsabilidades en el cumplimiento de los derechos humanos.

En un sentido práctico de las políticas públicas, significa que a la hora de su diseño y destino, en primer lugar estará el análisis de la situación de los niños, la aplicación de políticas, incluyendo acciones, planes, programas y presupuesto hacia esta

³⁹ Yuri, Emilio V., La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones, Disponible en: <http://www.ministeriodesalud.go.cr>.

población, antes que otro sector social, pero si acaso no fueren suficientes los recursos nacionales para la aplicación de las medidas que impone el principio de prioridad absoluta, también con prioridad se debe recurrir a la cooperación internacional.

* La participación solidaria o principio de solidaridad:

Siendo los niños y las niñas el eje central de esos principios, el Estado, la familia y la comunidad conforman la trilogía sobre la cual descansa la responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la infancia.

El conjunto articulado de las acciones entre el Estado y la sociedad se destacan como un principio de participación democrática para la garantía de los derechos universales que permiten construir la doctrina de la Protección Integral.⁴⁰

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece este principio general de la siguiente manera:

"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otra personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".⁴¹

Para cumplir, respetar y hacer cumplir los derechos en una concepción universal, colectiva e integral no basta con que el gobierno sea el responsable inmediato de estos. Si bien lo es, por intrínseca naturaleza de los propios derechos humanos, la sociedad y

⁴⁰ Yuri, Emilio V., Op. cit.

⁴¹ Convención internacional sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

la familia están obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que la obligación del Estado sea correspondida con la obligación y solidaridad social. Para ello, la doctrina de la Protección Integral invita a crear mecanismos apropiados desde cada uno de los estamentos e instancias de la sociedad.⁴²

En términos generales, estos son los cuatro principios esenciales sobre los cuales descansa la Doctrina de Protección Integral, insistiendo por supuesto en que de su estricto apego y cumplimiento dependerá en gran medida la transformación de la situación de desigualdad en que hasta ahora el régimen de Situación Irregular ha tutelado a la infancia.

4- Conclusiones.

En relación a la doctrina de la Situación Irregular podemos decir que las leyes surgidas a consecuencia de este movimiento pueden ser sintetizadas del siguiente modo: a) a los niños y jóvenes no se les reconocen las garantías fundamentales que poseen los adultos; b) mezclan lo asistencial con lo penal (menor abandonado = delincuente); y c) dejan a los jóvenes fuera del sistema penal, como sujetos de derechos, pero los mantienen materialmente dentro, al sólo efecto de ejercer sobre ellos un coactivo control social.

Con la introducción del paradigma de la Protección Integral vemos que se abre paso a una nueva mirada en la consideración de la persona del menor, éste es reconocido como sujeto de derechos al cual le deben ser respetados sus derechos y garantías, más un plus que juega a su favor, por el hecho de ser un ser humano que está

⁴² García Méndez, Emilio, El interés superior del niño como “principio garantista”, segunda edición. Tomo I, Editorial Depalma, Santa Fe de Bogotá, Buenos Aires 1999

en continuo cambio y crecimiento, proceso que culmina cuando éste llega a la mayoría de edad.

Dicha doctrina ya no busca la protección del menor con fundamento de que éste la requiere por su condición sola de minoridad, sino lo que busca es la protección y el efectivo ejercicio de los derechos de tal, para así lograr la máxima satisfacción de los mismos.

Por otro lado, podemos decir, que a través de este radical cambio la intervención del sistema judicial queda entonces limitada a conflictos jurídicos, ya no para los problemas sociales, y la situación socioeconómica de los niños no puede justificar por sí sola que sean separados de grupo familiar.

Por otro lado, en relación a los niños y adolescentes que se encuentren en conflicto con la ley penal, será fundamental fijar una edad por debajo de la cual el Estado renuncie a la aplicación de todo tipo de medidas.

Para aquella fracción etárea para la que se pueda imputar la comisión de un delito (esto es declararlo responsable) deberán reconocérsele todas las garantías del debido proceso. Se aplicará la privación de libertad como medida de último recurso, y por el tiempo más breve que proceda, considerándose medidas alternativas.

El juez, ya no cumplirá el rol de “un buen padre de familia”, sino que será un juez que ejerce funciones jurisdiccionales, abandonándose la utilización de eufemismos que le otorgaban absoluta discrecionalidad para intervenir en cuestiones penales como así también indistintamente asistenciales.

Es así, como dentro de este ámbito, los problemas asistenciales deben ser excluidos de las cuestiones justiciables, surgiendo así la imperiosa necesidad del trazado de políticas públicas que garanticen la satisfacción plena de los derechos de los niños.

Capítulo IV

“Marco normativo internacional en materia de minoridad.”

Sumario: 1- Introducción; 2- Normas jurídicas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos; 2.1- Convención sobre los Derechos del Niño; 2.2- Reglas y directrices; 3- Conclusiones.

1- Introducción.

A fin de situar el estado actual en la Argentina del régimen aplicable a personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal, consideramos importante realizar una descripción del marco jurídico vigente. Para ello, efectuaremos un recorrido por las normas de jerarquía superior -la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos- para luego describir las normas infra constitucionales que completan el actual ordenamiento jurídico en Argentina.

Asimismo, es necesario especificar que esta descripción se realiza desde una mirada crítica, en donde consideramos que la Constitución y los instrumentos sobre derechos humanos marcan el estándar mínimo que el Estado debe respetar cuando efectúa intervenciones en la vida de las personas sujetas a su jurisdicción, y específicamente al momento de legislar sobre asuntos penales.

Estos estándares deben ser aplicados por todos los operadores del sistema, jueces, fiscales, defensores, o cualquier otro agente del Estado.

En lo que la Constitución Nacional se refiere, cabe mencionar los artículos 16, 18 y 19, que marcan claros límites a la intervención estatal coercitiva sobre la vida de las personas.

El artículo 16 reconoce el derecho a la igualdad ante la ley; el artículo 18 consagra las garantías del derecho penal de acto y establece las garantías constitucionales que rigen el debido proceso, disponiendo que: ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado

sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, y que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos; y el artículo 19, por su parte, reconoce el derecho a la intimidad, delimitando la intervención coercitiva del Estado en la vida de los seres humanos, al disponer que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados, y que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

2- Normas jurídicas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos.

En el ámbito internacional, han surgido una serie de instrumentos que la República Argentina ha ratificado en uso de su soberanía, que marcan el piso mínimo al cual la legislación interna del Estado debe adecuarse y los estándares de protección de derechos que el Estado se encuentra obligado a respetar.

Los instrumentos internacionales que mencionamos a continuación tienen distintos niveles de obligatoriedad para Argentina, ya sea un tratado o bien otro tipo de instrumentos que aun siendo en principio no vinculantes, como las Reglas o Directrices, constituyen un modo de interpretación y aplicación de dichos tratados y, por lo tanto, forman un corpus iuris que fija el contenido y los alcances de los deberes que incumben al Estado.

Estos estándares mínimos de derechos humanos en general, y de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, en particular, surgen de tratados

internacionales, algunos de los cuales en nuestro país tienen jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Esencialmente, debemos destacar la Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros.

En otro orden de cosas, existen instrumentos internacionales que, si bien su naturaleza jurídica no es la de tratado, resultan de gran importancia al momento de velar por el cumplimiento de los derechos allí reconocidos. Como mencionamos, conforman un corpus iuris que ayuda a una mejor interpretación de los instrumentos, a la vez que permite establecer pautas concretas de aplicación.

En el caso de la justicia penal juvenil podemos destacar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

2.1- Convención sobre los Derechos del Niño.

Este instrumento internacional fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Argentina lo ratificó en 1990 y le otorgó jerarquía constitucional en el año 1994 en virtud del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

A partir de la Convención, Argentina asumió el compromiso de respetar y hacer respetar los derechos allí reconocidos, adecuando además tanto su legislación interna, como sus instituciones a los estándares internacionales en materia de infancia que fija este documento de derechos humanos.

En este sentido, la Convención sienta las bases de una relación jurídica entre el Estado y la sociedad con las personas menores de 18 años de edad, fortaleciendo el reconocimiento del niño como sujeto de derecho y dejando de lado su anterior consideración como objeto de tutela, como bien antes hemos resaltado.

Siguiendo estos lineamientos, la Convención reconoce al niño los mismos derechos que tienen todas las personas, más algunos derechos que les son propios por su condición particular de sujeto en una etapa de desarrollo.

En lo que refiere a la temática de la justicia penal juvenil, los artículos específicos que establecen las bases al respecto son el artículo 12, el artículo 25, el artículo 37 y el 40.

En primer lugar, el artículo 12 reconoce el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte y el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos, materializando de esta forma su derecho a la defensa material.

El artículo 25 resulta de interés en tanto establece que cualquier niño sometido a una medida, tiene derecho a un examen periódico del tratamiento al que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de la aplicación de tal medida.

Los artículos 37 y 40, por su parte, establecen los estándares mínimos de derechos humanos aplicables en el sistema penal para las personas menores de 18 años.

El primero dispone que:

“Los Estados Partes velarán por que:

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

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

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

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.”⁴³

El artículo 40 dispone por su parte que:

⁴³ Convención internacional sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

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

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

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

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

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

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

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en

presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

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

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

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

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

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

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

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

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”⁴⁴

2.2- Reglas y Directrices.

- Reglas de Beijing:

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, surgieron en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente celebrado en Caracas, Venezuela, en el año 1980 y fueron aprobadas el 29 de noviembre de 1985 en las reuniones preparatorias regionales para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas celebradas en Beijing.⁴⁵

Allí se formularon varios principios básicos que sirven como modelo para el tratamiento de jóvenes que cometan acciones tipificadas como delitos en el ámbito local.

Las reglas se deben aplicar con imparcialidad, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, o cualquier otra condición, promoviendo el bienestar del niño, a fin de reducir al mínimo los perjuicios que ocasiona cualquier tipo de intervención estatal.

⁴⁴ *Ibíd*em

⁴⁵ Van Bueren, Geraldine y Tootell, Anne-Marie, Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Reglas de Beijing, Disponible en: <http://surargentina.org.ar>.

En todas las etapas del proceso penal, las Reglas fijan estándares de garantías procesales que deben respetarse asegurando el debido proceso.

- Reglas para la Protección de los Menores Privados de libertad:

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad fueron aprobadas por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990.

El objeto de estas Reglas es establecer las normas mínimas que deben ser aceptadas y respetadas por los Estados Partes para la protección de los jóvenes a los cuales se les haya aplicado una sanción privativa de la libertad.

Dichas reglas tienen por finalidad contrarrestar los efectos perjudiciales de la detención en todas sus formas y fomentar la integración social. Las mismas deben aplicarse a todos los centros y establecimientos de detención de cualquier clase o tipo en donde haya personas menores de 18 años privadas de libertad.⁴⁶

Cabe destacar la importancia que este instrumento reviste, en tanto define la privación de libertad. En tal sentido, la Regla 11.b expresa: “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”⁴⁷.

Este concepto también fue recogido en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

⁴⁶ De La Cuesta Arzamendi, José Luis - Blanco Cordero, Isidoro, Menores infractores y sistema penal, Instituto Vasco de Criminología Kriminologiar en Euskal Institutua, 2010.

⁴⁷ Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

y, a nivel interno, en el Decreto 415/06 que reglamenta la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

- Reglas de Tokio:

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad sientan los principios básicos para la promoción de la aplicación de medidas que no impliquen la privación de la libertad o que sean sustitutivas de la prisión.

El objeto de las Reglas es proporcionar a los Estados opciones para introducir en sus ordenamientos jurídicos medidas no privativas de la libertad a fin de reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal.

Estas Reglas establecen que cada Estado Parte deberá fijar en su legislación interna una amplia serie de medidas, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia, siguiendo las bases del principio de mínima intervención estatal.⁴⁸

Este instrumento resulta de gran utilidad a fin de garantizar que la privación de libertad se aplique como una medida de último recurso, en cumplimiento con lo exigido por la Convención sobre los Derechos de los Niños.

- Directrices de Riad:

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil fueron aprobadas con posterioridad a la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Las mismas establecen los criterios y estrategias que deben fijarse para prevenir la “delincuencia” de jóvenes como parte esencial de la prevención del delito.

⁴⁸ De La Cuesta Arzamendi, José Luis - Blanco Cordero, Isidoro, Op. cit.

Las directrices enfatizan en la necesidad de procurar un desarrollo armonioso de la personalidad a partir de la primera infancia, debiéndose centrar la atención en el niño, procurando su función activa y participativa. Asimismo, se reconoce la necesidad y la importancia de aplicar una política progresiva de prevención basada en la elaboración de medidas que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no cause graves perjuicios a su desarrollo ni perjudique a los demás.⁴⁹

Dichas directrices, también disponen que las políticas de prevención que cada país adopte deben favorecer la socialización e integración eficaz de los niños y jóvenes, en particular en su familia y en la comunidad.

3- Conclusiones.

Con la incorporación al bloque de constitucionalidad de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado argentino se obligó a transformar su derecho interno conforme a los parámetros establecidos en dicho instrumento internacional, so pena de violar las obligaciones asumidas.

No está demás que destaquemos que esta Convención resulta ser un instrumento de Derechos Humanos integral y específico para la infancia y juventud, que busca superar toda discriminación respecto de los adultos con el fin de lograr un tratamiento semejante sin dejar de considerar lo específico.

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para atender a este objetivo en su propio ámbito de competencia y apoyar

⁴⁹ *Ibidem*.

a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.

De acuerdo con el derecho internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño forma parte de un conjunto de normas vinculadas o *corpus juris* de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que debe ser considerado a la hora de garantizar el derecho de los niños a medidas de protección. El concepto de un *corpus juris* en materia de niñez se refiere al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes.

Esto, es el resultado de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñez que tiene como eje el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos.

Todo el marco normativo arriba descrito demuestra que en el ámbito internacional son constantes los avances que se producen en la materia, circunstancia que evidencia la preocupación de la comunidad internacional en la búsqueda de herramientas para lograr la adecuada protección de este vulnerable sector de la sociedad, y que indefectiblemente debe tener su reflejo en la legislación interna y en el diseño de las políticas públicas.

Capítulo V

“Marco normativo interno en materia de minoridad.”

Sumario: 1- Introducción; 2- La derogada ley 10.903; 3- La ley 22.278; 3.1- Supuestos de no punibilidad; 3.1.1- La opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 3.2- La punibilidad a los 16 y 17 años; 4- La punibilidad a los 18 años; 4.1- La sanción de la ley 26.579 y su operatividad en la ley 22.278; 5- La ley 26.061; 6- El Código Procesal Penal de la Nación; 7- Código Procesal Penal para Menores -Ley 11.452-. Situación actual en la Provincia de Santa Fe; 8- Conclusiones.

1- Introducción.

En nuestro derecho interno existían hasta el año 2005 dos leyes que regulaban la situación de los niños en conflicto con la ley penal. Por un lado, la ley 10.903 de “Patronato de Menores”, sancionada en el año 1919 -teniendo como base un contexto político, económico y social totalmente distinto al actual- y por otro lado, la ley 22.278 que establece el “Régimen Penal de la Minoridad”, sancionada en 1980 por un gobierno de facto, pero validado posteriormente por reformas legislativas parciales.

La vigencia conjunta de estas dos normas consagraba el llamado “complejo tutelar” que reproducía criterios criminológicos propios del positivismo de fines de Siglo XIX y principios del Siglo XX. Más allá de los problemas de constitucionalidad y de las sucesivas derogaciones de la que fue objeto, la ley 10.903 perdió en definitiva vigencia en el ámbito federal luego de la sanción de la ley 26.061.

A este marco normativo deben sumarse ciertas disposiciones de naturaleza procesal específicas que regulan el proceso contra las personas menores de edad en el ámbito de la Justicia Nacional y Provincial.

2- La derogada ley 10.903.

Dicha ley, mediante el concepto de tutela, pretendía “proteger” no sólo al niño imputado de un delito, sino principalmente a aquellos menores que a criterio del juez se encontraban material o moralmente abandonados.

En efecto, esta ley otorgaba al juez la facultad de *disponer* de los sujetos menores de 18 años, por tiempo indeterminado y hasta los 21 años de edad, cuando considerara que éstos se encontraban en “peligro material o moral”.

Esta categoría legal era por demás de vaga y ambigua, un término de excesiva laxitud que depositaba en el órgano jurisdiccional una discrecionalidad no compatible con el Estado de Derecho. En consecuencia, al no estar definido claramente en la ley el supuesto que permitía la aplicación de medidas restrictivas de la libertad por parte del juez (“peligro material o moral”), la violación al principio de legalidad era manifiesta.

Es de resaltar que la misma ley incluía una norma que intentaba clarificar la situación, pero que no contribuía a resolver los problemas de vaguedad y ambigüedad. La misma disponía que se entendía como abandono material o moral, o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores de la ejecución por el menor de los actos perjudiciales para su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuencia a sitios inmorales o de juego, o con ladrones, o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido los años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren en la calle o lugares públicos, cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.⁵⁰

La facultad de disponer de la persona menor de edad persistía incluso en el caso que el niño resultaba sobreseído o absuelto, y también cuando se trataba de una persona menor de edad víctima de un delito que a criterio del juez se hallaba en “Situación Irregular”. De modo que se podía aplicar medidas restrictivas de la libertad a personas no acusadas de delito alguno, violentando así en forma flagrante las garantías constitucionales.⁵¹

⁵⁰ Terragni, Martiniano, Justicia Penal de Menores, La Ley, Bs. As., 2009.

⁵¹ Marcón, Osvaldo Agustín, Jóvenes en situación de conflicto penal ¿Cómo relatan sus historias?: análisis y prospectivas desde la justicia juvenil restaurativa, Editorial Teseo, Bs. As, 2011.

3- La ley 22.278.

Esta ley establece dos categorías de punibilidad respecto de las personas menores de 18 años de edad.

3.1- Supuestos de no punibilidad.

De acuerdo con la normativa vigente, no es punible respecto de ningún delito el niño que no haya cumplido los 16 años de edad al momento del hecho materia de investigación.

Tampoco lo es el que no haya cumplido 18 años de edad, respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, o que solamente tengan prevista pena de multa o inhabilitación.

Ahora bien, el artículo 1 de la ley 22.278 establece que si existiese imputación contra alguno de ellos (menores no punibles) la autoridad judicial los dispondrá provisoriamente, 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 las que el menor se encuentre.

La disposición provisoria es resuelta por el juez en el marco del expediente “actuario”. Esta resolución es comunicada mediante un oficio a la secretaría tutelar del juzgado correspondiente -en los juzgados en los cuales ambos expedientes no tramitan conjuntamente-, en donde se abrirá el expediente “tutelar” al niño involucrado en el hecho investigado.⁵²

⁵² Terragni, Martiniano, Op. cit.

3.1.1- La opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió al régimen penal de la minoridad, con especial énfasis a la situación jurídica de los imputados no punibles.⁵³

En primer lugar, la Corte consideró que las cuestiones jurídicas que involucran a la infancia deben ser analizadas partiendo de la Convención sobre los Derechos de los Niños, lo cual se encuentra en sintonía con una corriente que considera que las normas internacionales de derechos humanos incorporadas al texto constitucional deben ser aplicadas directamente y tienen jerarquía suprema. La Corte reafirmó, sobre la base de diversas disposiciones de la Convención, que los niños tienen los mismos derechos reconocidos a todas las personas y además gozan de una protección especial por ser sujetos de desarrollo.

En consecuencia, el Estado debe diseñar políticas públicas destinadas a garantizarles a los niños iguales derechos que a los adultos, y a su vez debe instrumentar medidas de protección especial, teniendo en cuenta las características particulares de la infancia.

La Corte Suprema de justicia de la Nación reconoció a su vez, que el principio de especialidad, por el cual los imputados menores de edad deben estar sometidos a procesos penales y a un sistema judicial y penitenciario específicos, implica un mayor uso de medidas alternativas a la judicialización. En consecuencia, debe procurarse la aplicación de otros tipos de medidas sin recurrir a un proceso y a una sanción penal, por ejemplo: la remisión del caso, la mediación entre la víctima y el imputado o la suspensión del juicio a prueba.

⁵³ In re “Recurso de oficio deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 7.537, del año 2008”.

Como ya expusimos, el régimen penal de la minoridad admite que frente a la imputación de un delito penal, el magistrado proceda a la comprobación del hecho delictivo, a tomar conocimiento del niño y de su familia y a disponerlo provisoriamente. La disposición se traduce en que la custodia del imputado quede a cargo del magistrado y que se deberá procurar su adecuada formación mediante su protección integral.

En general, se aplica la privación de la libertad en condiciones similares a los adultos, no se efectivizan plenamente los principios constitucionales del debido proceso, subsistiendo así, la doctrina de la Situación Irregular. Además, se responde frente a casos de vulneración de derechos (pobreza, violencia familiar, etc.) mediante la internación del imputado, de forma similar a un castigo por un ilícito penal.

Los magistrados, frente a un imputado no punible que cometió un delito, no deben aplicar sanciones, y en su caso, deben evitar en forma prioritaria la privación de la libertad. De este modo, se procura evitar la estigmatización y el efecto criminógeno que genera la institucionalización.

3.2- La punibilidad a los 16 y 17 años.

Es punible el niño de 16 y 17 años de edad que incurriere en un delito de acción pública que esté reprimido con pena privativa de la libertad que exceda los dos años. Estos imputados, como ya advertimos, son no punibles si el delito atribuido tiene una pena inferior a esta escala punitiva, o si sólo está reprimido con pena de multa o inhabilitación, o si se trata de un delito de acción privada.

En caso de ser punibles, el juez lo dispondrá provisoriamente durante la tramitación del proceso.

La pena a aplicar, según la ley bajo análisis, -en el caso de que eventualmente correspondiera- estará supeditada a los siguientes requisitos:

- que haya sido declarada su responsabilidad penal,
- que haya cumplido 18 años de edad,
- que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, el juez podrá aplicarle la sanción correspondiente al delito, reducirlo en la escala prevista para la tentativa o incluso absolverlo, que más precisamente significa declarar la innecesaridad de la imposición de una pena.

Tanto en el caso de menores no punibles, como en el caso del niño punible de 16 y 17 años de edad, el juez puede disponer de ellos definitivamente por auto fundado, 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, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.⁵⁴

4- La punibilidad a los 18 años.

La ley 22.278 dispone en sus artículos 6 y 10 que son punibles los jóvenes entre 18 y 21 años que cometieran hechos que la ley califica como delitos.

En este caso, la pena privativa de la libertad se efectivizará en centros especializados debiendo ser trasladados a los establecimiento para adultos al cumplir la mayoría de edad civil, estipulada por esta ley a los 21 años de edad.

⁵⁴ Terragni, Martiniano, Op. cit.

4.1- La sanción de la ley 26.579 y su operatividad en la ley 22.278.

Es necesario resaltar que en el mes de diciembre del año 2009 se sancionó la ley 26.579 que establece la mayoría de edad en los 18 años, modificando así la normativa que establecía que se alcanzaba a los 21 años de edad, por lo cual es necesario clarificar cual es la influencia de dicha ley en el régimen penal de la minoridad, dado que en su texto legal ninguna disposición se refiere a la ley 22.278.

Podría afirmarse que el establecimiento de la mayoría de edad a los 18 años constituye un paso más en el lento y traumático proceso de adecuación de nuestro derecho positivo a las normas internacionales incorporadas a nuestro ordenamiento con jerarquía constitucional, así como a las leyes nacionales y provinciales que establecen este límite etario para la vigencia del sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes.

En efecto, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1, dispone que: “Para los efectos de la presente Convención, se entenderá por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁵⁵. Establece de este modo, una fórmula de consenso para su aceptación por los diferentes Estados que, en virtud de sus leyes internas, deben establecer no sólo su mayoría de edad sino también otras cuestiones relacionadas con criterios de responsabilidad penal, capacidad jurídica y de obrar, edad mínima para trabajar, etcétera.

⁵⁵ Convención internacional sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

Por otra parte, las normas de protección integral de la infancia y adolescencia vigentes a nivel nacional y provincial establecen la edad de 18 años como límite a la imposición de medidas de protección por parte del Estado.

Así, la ley nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece en su artículo 2 que: “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad...”⁵⁶.

Desde una perspectiva tradicional, se sostiene que recién a los 18 años de edad se alcanza la capacidad jurídico penal. Según los seguidores de esta postura, a partir de esta edad, el joven ya no está comprendido en el Régimen Penal de la Minoridad (Ley 22.278), de manera que los ilícitos que cometa serán juzgados y sancionados conforme al derecho penal común o de adultos. Como contrapartida se entiende que, respecto de los menores que aún no alcanzan los dieciocho años, resultan totalmente inaplicables los elementos e instituciones jurídicas vigentes en el derecho penal común.

La falacia de esta tesis es evidente pues, como es sabido, no existen diferencias sustanciales entre las consecuencias jurídicas aplicables a un menor de edad punible y las que corresponden a un adulto.

En efecto, a partir de los 16 años el menor puede ser destinatario de sanciones análogas a las que se aplican a personas mayores de edad pues, nuestro régimen penal de la minoridad, remite in totum al Código Penal, no sólo en lo que respecta a las categorías o tipos penales sino también en lo atinente a las escalas o sanciones penales previstas para cada uno de ellos. Dicho de otra manera, si un menor de 16 años de edad

⁵⁶ Ley 26.061, Sancionada: Septiembre 28 de 2005, Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005.

comete un delito para el cual resulta punible, la escala penal aplicable será la misma que si el mismo hecho hubiera sido cometido por un adulto.

La única diferencia esta dada por la posibilidad de atenuar la sanción de acuerdo a los parámetros establecidos por el artículo 4 de la Ley 22.278 lo que, por otra parte, está condicionado por una serie de pautas cuya aplicación discrecional está en manos del juzgador. De todos modos, se trata solamente de una alternativa o posibilidad pues, en definitiva, la ley habilita la imposición de la misma pena que pudiera aplicársele a un adulto dentro del marco fijado en abstracto por el tipo penal que, reiteramos, es exactamente el mismo.

Es preciso entonces que hagamos referencia al impacto que la ley de mayoría de edad ha generado en el poder de disposición provisional y definitiva que el régimen penal de la minoridad atribuye a los órganos jurisdiccionales sobre las personas menores de edad sometidas a su jurisdicción, más allá de los cuestionamientos constitucionales de los que ha sido objeto. Ello así, toda vez que dicha disposición tutelar sólo puede prolongarse hasta la mayoría de edad según expresa mención del artículo 3, último párrafo, del Régimen Penal de la Minoridad: “La disposición definitiva (...) concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad”⁵⁷.

Esto significa que, una vez cumplidos los 18 años de edad, en principio, debería cancelarse o cesar cualquier intervención estatal de índole asistencial. Estamos ante una persona mayor de edad plenamente capaz por lo que no aparece justificada la intervención del Estado a título de protección o tutela. Por imperativo legal, debe

⁵⁷ Ley 22.278, Promulgada el 25/08/80, Publicada en el B. O.: 28/08/80, Modificada por la ley 22803, promulgada el 5/5/83 y publicada en el B. O. del 9/5/83.

dejarse sin efecto la disposición proteccional que posee el juez penal juvenil en el proceso penal respecto del adolescente imputado.

Puede advertirse, entonces, que la ley 26.579 no ha generado mayores cambios en lo que respecta al ámbito material y personal de aplicación del régimen penal de la minoridad. El impacto de mayor envergadura tiene que ver, precisamente, con las condiciones o presupuestos exigibles para la imposición de pena al menor punible y, en especial, en lo que respecta al denominado tratamiento tutelar como presupuesto que habilita la decisión jurisdiccional acerca de la imposición de sanción penal.

En efecto, en su artículo 4 la ley 22.278 establece que sólo podrá imponerse pena a un menor punible una vez que se hayan cumplido los siguientes presupuestos: a) que el menor haya cumplido 18 años de edad; b) que haya sido declarada su responsabilidad penal; c) que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año el que podrá prorrogarse hasta la mayoría de edad.

La entrada en vigor de la ley 26.579 genera en este aspecto consecuencias. En primer lugar, eliminaría la posibilidad de prorrogar el tratamiento tutelar hasta los 21 años, al menos, con relación a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en esta cuestión la ley anterior constituye una ley penal más benigna. Ello, en la medida en que brinda al joven mayores posibilidades de reinserción y, por ende, de flexibilización al momento de decidir acerca de la necesidad o no de imponer una sanción penal. En consecuencia, correspondería la ultra actividad de la norma implícitamente derogada en aquellos supuestos nacidos bajo la vigencia de la ley anterior.

Se sostiene, en definitiva, que la nueva ley no implica la interrupción de las medidas de protección impuestas a aquellos jóvenes que son declarados responsables

antes de cumplir los 18 años y en los que la imposición de pena debió ser diferida atento a que aún no cumplen el año de tratamiento tutelar.

En la revisión que efectuó la Cámara de Diputados de la Nación a la ley 26.579 se introdujeron modificaciones para corregir algunos efectos no queridos que derivarían de la modificación propuesta -como el cumplimiento de pena privativa de libertad para los mayores de 18 en establecimientos de adultos, en lugar de que se cumpla en institutos especializados, conforme lo establece el artículo 6 de la ley 22.278- y otras adecuaciones a la normativa vigente. Los diputados en dicha oportunidad tuvieron presente la previsión vigente en materia de cumplimiento de la pena privativa de libertad para los jóvenes hasta 21 años, e incorporaron en un proyecto de ley un artículo que mantenía esta ejecución de pena en institutos especializados, postergando hasta los 21 años el ingreso a las unidades de detención de adultos. Dicho proyecto establece que la pena privativa de la libertad por delitos cometidos cuando la persona era menor de edad deberá ser cumplida en centros especializados, sin importar la edad que alcance el condenado durante el cumplimiento de la sanción.

Esta circunstancia resulta relevante a poco de tener en cuenta las nocivas consecuencias que el paso por el servicio penitenciario de adultos provoca en un joven. Unánimemente los especialistas en la materia recomendaron retrasar este pasaje de unidad de detención para evitar los nefastos efectos que provocan en los adolescentes.

En virtud de lo expuesto y porque a partir de la reforma introducida por la ley 26.579 se verificaron criterios dispares entre los operadores judiciales, y al no haberse clarificado dicha situación por medio de una norma legal, resulta urgente reparar la situación de los adolescentes a través de una reforma integral al régimen de responsabilidad aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

5- La ley 26.061.

A grandes rasgos podemos decir que la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes puede dividirse para su estudio en títulos, que delimita la misma ley.

El "TITULO I" trata el objeto de la ley, consignando en el artículo 1, que su objeto es el de proteger integralmente los derechos de las niñas, niños y adolescentes garantizándoles el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de esos derechos, reconocidos en el ordenamiento nacional y en los tratados internacionales de los que la Nación sea parte.

En cuanto al límite de edad, se aplica a las personas hasta los 18 años, sin delimitar la niñez y la adolescencia.

El ámbito de aplicación se define por el lugar donde la niña, niño o adolescente se encuentra, esto es, el territorio de la República Argentina, como habitante, no distinguiendo la nacionalidad.

Los derechos protegidos se caracterizan por su "máxima exigibilidad" y son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles según el artículo 2 de la misma ley.

El principio de sustentación de los derechos es el Interés Superior del Niño definido en el artículo 3 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos" en la ley. Lo puntualiza el mismo artículo cuando se refiere a: la condición de sujeto de derecho de todo niño y adolescente, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en consideración, el pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad

de discernimiento y demás condiciones personales, el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común, y su centro de vida: el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas, la mayor parte de su vida.

Se dispone en forma expresa que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de niñas, niños o adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros.

El principio rige en todas las instituciones jurídicas vinculadas al niño y al adolescente y es prioritario para todos los organismos del estado.

Son también principios genéricos, el de igualdad y el de no discriminación reconocidos en el artículo 28 según el cual las disposiciones de la ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales; y el de efectividad según el artículo 29, disponiendo que los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en la ley.

Además dicha ley establece la aplicación obligatoria de la Convención Sobre los Derechos de los Niños en sus condiciones de vigencia.

El artículo 4 trata de las políticas públicas fijando las pautas a que habrán de ajustarse las planificaciones de políticas que aseguren al fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de niñas, niños y adolescentes, propiciando

la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los mismos.

La responsabilidad familiar en asegurar el disfrute pleno y efectivo ejercicio de los derechos de los niños es destacada en el artículo 7 de la ley 26.061 y la responsabilidad gubernamental de controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas en el artículo 5.

El TITULO II “Derechos y Garantías de Niñas, Niños y Adolescentes”, enuncia principios, derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes.

Los derechos y garantías enumerados son: derecho a la vida, que incluye el derecho a la buena calidad de vida; derecho a la dignidad e integridad personal; a la vida privada e intimidad familiar; a la identidad con garantía estatal de identificación y documentación; a la salud; a la educación y su gratuidad; a la protección de la paternidad y maternidad; a la libertad; al deporte y juego recreativo; al medio ambiente, la dignidad; a la libre asociación; a opinar y ser oído; a la seguridad social; al trabajo de los adolescentes.

El artículo 27 de la ley 26.061 dispone principios y garantías mínimas de procedimiento en lo judicial o administrativo: derecho de niños y adolescentes a ser oído, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta, a ser asistido por letrado preferentemente especializado, a participar activamente en todo procedimiento, a recurrir cualquier decisión que lo afecte.

Según el artículo 5 de la ley toda acción u omisión que se oponga al principio del Interés Superior del Niño, constituye un acto contrario a los derechos fundamentales

de las niñas, niños y adolescentes. Está establecido el deber de denunciar la vulneración de tales derechos y del agente público que reciba la denuncia.

El "TITULO III" crea un "Sistema de Protección Integral de los Derechos". Éste es un sistema compuesto por todos los organismos, entidades y servicios que, en un aspecto u otro, intervienen en las políticas públicas estatales y privadas, nacionales, provinciales o municipales relativas a distintos aspectos del goce de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En relación a las medidas de protección integral, el artículo 33, dispone que la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, o de los representantes legales de niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no es motivo para proceder a la separación de su familia o con quienes mantenga lazos afectivos, ni la institucionalización del menor de edad.

El artículo 35 dispone: "Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares ... Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares"⁵⁸.

El artículo 36 prohíbe que las medidas consistan en la privación de la libertad; y el artículo 37 realiza una enumeración no taxativa de medidas, éstas son: aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e

⁵⁸ Ley 26.061, Sancionada: Septiembre 28 de 2005, Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005.

inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; asistencia integral a la embarazada; inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; asistencia económica.

Finalmente, el artículo 39 contempla las medidas excepcionales, limitadas en el tiempo y según la persistencia de las causas que le dieron origen, y contempla la situación de las niñas, niños o adolescentes privados de medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en aquél, estableciéndose rígidos criterios de procedencia y aplicación.

En el TITULO IV, la ley crea y organiza los órganos administrativos de protección a nivel nacional y federal y deja a la determinación de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en uso de su autonomía, la creación y organización de los organismos locales. En el orden nacional se crea y organiza la Secretaría Nacional y se determinan sus funciones, en lo federal se crea y organiza el Consejo federal de Niñez, Adolescencia y Familia y se procede igualmente.

También, cobra importancia la figura del “Defensor de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” con finalidad de velar por la protección y promoción de sus derechos conforme a la Constitución Nacional y las leyes nacionales.

El TITULO VI finalmente, deroga la Ley de Patronato de Menores -10.903-.

En términos generales, podemos decir que éste era el sistema esperado por todos y en especial por los organismos internacionales de protección de la infancia porque reconoce a los niños como sujetos de derechos y establece la obligación estatal de garantizar su acceso igualitario a políticas públicas, prohíbe especialmente las intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos, y prevé la constitución de organismos no jurisdiccionales, encargados de efectivizar los derechos consagrados a través de las correspondientes prestaciones sociales.

En este nuevo marco es importante preguntarse si en la ley, la actuación de organismos y funcionarios administrativos, que tienen a su cargo la aplicación de las medidas protectoras, se efectúa en una suerte de única instancia o si está previsto el control de legalidad de dicho accionar a cargo del Poder Judicial. Y aquí es donde cobra importancia la derogación de la ley 10.903. Al respecto, las medidas de protección integral emanan del organismo administrativo local y las medidas excepcionales adoptadas por la autoridad local de aplicación deben notificarse dentro de las veinticuatro horas a la autoridad judicial competente en materia de familia.

El artículo 40 de la ley continúa diciendo: "La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de setenta y dos horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes"⁵⁹.

Estas medidas excepcionales deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente.

⁵⁹ *Ibíd.*

6- El Código Procesal Penal de la Nación.

El Código Procesal Penal de la Nación regula ciertos aspectos del procedimiento seguido contra imputados menores de edad.

Así, establece como regla general que en las causas seguidas contra personas menores de 18 años de edad se procederá conforme a las disposiciones comunes del código salvo en los casos en que se prevea una solución distinta.

Habrán entonces un tratamiento distinto -en relación al juzgamiento de personas adultas- en relación a:

- Detención: de conformidad con el artículo 411 del Código Procesal Penal de la Nación, la detención de una persona menor de edad sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentara destruir rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices o inducirá a falsas declaraciones.

- Prisión preventiva: el artículo 315 del Código Procesal Penal de la Nación ordena que las disposiciones sobre prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de 18 años de edad, siéndoles aplicables las correspondientes a su legislación específica, es decir, procede la aplicación del artículo 411 del Código Procesal Penal de la Nación.

- Examen mental obligatorio: el artículo 78 de dicho código establece que si el imputado fuera menor de dieciocho años de edad será sometido a examen mental.

- Medidas tutelares: el tribunal evitará, en lo posible, la presencia del menor en los actos de la instrucción. Podrá disponer provisionalmente de todo menor sometido a su competencia entregándolo para el cuidado y educación a sus padres o a otra persona

o institución que, por sus antecedentes y condiciones, ofrezca garantías morales, previa información sumaria, audiencia de los interesados y dictamen del asesor de menores.

En tales casos, el tribunal podrá designar un delegado para que ejerza la protección y vigilancia directa del menor y periódicamente le informe sobre la conducta y condiciones de vida de aquél.

- Normas para el debate oral: éste se realizará a puertas cerradas, pudiendo asistir solamente el fiscal y las otras partes, sus defensores, los padres, tutor o guardador del imputado y las personas que tengan un interés legítimo de presenciarlo.

El Defensor Público de Menores e Incapaces (la clásica figura del Asesor de Menores) deberá asistir a las audiencias bajo pena de nulidad. El juez o el tribunal, podrá escuchar a todas las personas que puedan suministrar datos que permitan apreciar la personalidad del niño.

Es preciso resaltar que, cuando un niño es imputado de un delito se abren dos expedientes: uno actuario y otro de disposición tutelar. La cuestión relativa a la investigación y juzgamiento del hecho delictivo en sí, se ventila en el expediente actuario, mientras que en el expediente tutelar se realiza un minucioso estudio sobre la personalidad del imputado y el juez o tribunal decide en este legajo lo relativo al tratamiento tutelar a seguir, incluida la privación de la libertad.⁶⁰

Se debe tener presente que, desde la formulación legal, una persona menor de 18 años de edad imputada de un delito puede ser sobreseída o absuelta y a pesar de ello continuar dispuesta judicialmente hasta la mayoría de edad.

⁶⁰ Terragni, Martiniano, Op. cit.

7- Código Procesal Penal para Menores -Ley 11452-. Situación actual en la Provincia de Santa Fe.

Pasaremos a describir en términos generales, como se desarrolla el proceso penal juvenil en el Código Procesal para Menores de la Provincia de Santa Fe.

Dicho código dispone que:

- El poder jurisdiccional en materia de menores será ejercido exclusivamente por los jueces que integran el fuero de menores, de acuerdo con las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y disposiciones de dicho Código.

- El Patronato estatal de menores, es ejercido por los Jueces de Menores en coordinación con el Ministerio Público de Menores y con los órganos administrativos correspondientes.

- En cuanto a la competencia material dispone que: los Jueces de Menores con carácter de excepcionalidad, ejercen su competencia:

1) En el orden civil: en relación a los menores de edad en estado de abandono, resolviendo su situación jurídica.

2) En el orden penal: en relación a los menores de edad, estén o no emancipados, a los que se les imputen hechos sancionados por la ley penal. También la ejercen si el delito hubiere sido cometido antes que el menor cumpliera su mayoría de edad y la acción se iniciara con posterioridad.

- En relación a la actividad procesal establece que: el Juez de Menores intervendrá de oficio, cuando tuviere conocimiento de la situación de un menor comprendido en la esfera de su competencia, por denuncia, o a instancia de parte; el

procedimiento es verbal y actuado; en toda causa que se inicie se dará intervención al Asesor de Menores bajo sanción de nulidad; el Juez en todos los casos deberá tomar conocimiento personal y directo del menor, de sus representantes legales o guardadores si los tuviere y oír a los mismos, bajo sanción de nulidad; la comparecencia y defensa, en su caso, ante la justicia de menores será con asistencia letrada; las actuaciones son reservadas; el Juez puede permitir la asistencia a las audiencias, además del menor y partes intervinientes, a las personas que, mediando razón justificada, resulte conveniente a la situación del menor.

- En cuanto a las medidas tutelares provisionales dispone que: consisten, siguiendo un orden prioritario, en: 1) Mantener o reintegrar al menor al núcleo familiar en el que convive, sea el de sus padres, tutor o guardadores; 2) Disponer su permanencia con terceras personas, preferentemente parientes del menor; 3) Detención domiciliaria en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas o permanencia obligada en su domicilio por el término que el Juez determine; 4) Libertad asistida a cargo del órgano judicial o administrativo; 5) Disponer su alojamiento en el lugar más adecuado.

- Asimismo, regula el procedimiento en lo civil y en lo penal. En lo referente a este último, dispone que:

El funcionario de policía que tenga conocimiento de un delito en el que estuviera involucrado un menor de edad, debe comunicarlo al Juez de Menores inmediatamente y, dentro de las 24 horas, al Asesor de Menores. Si se tratare de un menor punible, también lo comunicará inmediatamente al Fiscal de Menores. Si el menor fuera aprehendido, se comunicará tal circunstancia a sus padres, tutor o guardadores en el término de dos horas.

La autoridad policial debe realizar las diligencias urgentes y necesarias para establecer la existencia del hecho, determinar sus responsables y todo aquello que pueda servir al esclarecimiento de la verdad.

Efectuadas todas las diligencias preventivas serán remitidas dentro de los 15 días a sede judicial, salvo que se haya dispuesto la internación del menor, en cuyo caso la investigación debe ser elevada en un plazo máximo de 48 horas.

Si se tratara de un menor no punible y si no hubiere razones tutelares de intervención se ordenará el archivo de las actuaciones o se remitirá la causa para Mediación al funcionario designado a tal fin. La medida se notificará al Asesor de Menores.

Si se tratara de un menor punible, la detención, la prisión preventiva o cualquier medida que implique privación de la libertad se utilizarán como último recurso y durante el período más breve que proceda. Si por las modalidades del hecho y/o la personalidad del menor resultaren necesarias, se cumplirán en establecimientos especiales.

En caso de ordenarse cautelarmente la internación del menor, se lo hará comparecer en sede judicial a los fines de la declaración indagatoria en el término de 48 horas. En el caso de permanecer en libertad, dentro de los 15 días de recibida la causa.

Intervendrán en el proceso bajo sanción de nulidad, el Ministerio Fiscal, el menor imputado, su defensor y el Asesor de Menores.

Recibidas las actuaciones, el Juez las examinará sin demora e inmediatamente notificará la apertura del proceso al Fiscal, al defensor del menor y al Asesor de Menores. Procederá a indagarlo observando que se cumplan las formalidades previstas

para el acto. A continuación del acto de indagatoria el Juez escuchará a los padres, tutor o guardadores y resolverá:

1) Ordenar las medidas que crea conveniente para continuar la instrucción de la causa;

2) Mantener o modificar la medida cautelar dispuesta;

3) Disponer la intervención de la Secretaría Social a los fines que le competen.

Teniendo en cuenta los elementos aportados a la causa, el Juez resolverá fundadamente la medida tutelar sobre el menor.

Se completará la investigación penal, con intervención del Asesor de Menores, el Defensor del Menor y el Fiscal. Si la investigación se encuentra agotada, el Juez correrá traslado al Fiscal y éste se expedirá solicitando el sobreseimiento o formulando requisitoria de elevación a juicio.

Si el Fiscal peticiona el sobreseimiento, se correrán sucesivos traslados al defensor del menor y al Asesor de Menores, para que se expresen sobre la situación definitiva del menor. Luego el Juez pronunciará sentencia.

Si el Fiscal formulara requisitoria de elevación a juicio, se correrá traslado para la defensa y el Juez pronunciará sentencia sobre la responsabilidad penal y la medida tutelar si correspondiera.

Se establecen medidas alternativas a la privación de libertad, a saber: llamado de atención y/o advertencia, realización de un trabajo comunitario ya sea en una institución u organismo oficial o privado, realización de un tratamiento médico o

psicológico, de carácter individual o como terapia familiar, libertad vigilada y toda otra medida que beneficie al menor.

Concluido el período de tratamiento y con los informes producidos, se correrán sucesivas vistas al Fiscal, al defensor del menor y Asesor de Menores para que se expidan acerca de los resultados de las medidas adoptadas y de la necesidad o no de imponer una sanción penal. Luego el Juez dictará sentencia.

Es necesario que resaltemos, que en relación a la situación actual en la Provincia de Santa Fe, desde el año 2009 los Jueces de Menores santafesinos son Jueces penales exclusivamente. Se debe puntualizar que lo anterior ocurre con motivo de la sanción en nuestra provincia de la Ley 12.967 (Ley de Promoción y Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) normativa que en sus artículos 70 y 71 derogó una de las competencias tradicionales del fuero (la civil) por lo que la labor de los Jueces de Menores, a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema, se ha centrado exclusivamente en la esfera penal.

Se destaca que dicha legislación ha sido un importante avance en el ámbito provincial, ya que significó plasmar en una disposición local el paradigma nacional diseñado por la Ley 26.061, cuya fuente proviene de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. De esa forma se deja de lado el histórico modelo del Patronato asociado a la Situación Irregular del menor establecido por la Ley 10.903, procediendo a sustituirlo por el sistema de Protección Integral que concibe al niño como sujeto de derecho y ya no más como objeto de tutela.

A consecuencia de la derogación de una de las competencias aludidas, el legislador trasladó las históricas “medidas tutelares” (hoy llamadas por las leyes 12.967 y nacional 26.061 “medidas de protección”) del ámbito del Juez de Menores, quien

entonces era concebido como “pater familia”, a un órgano administrativo de protección de derechos, como es en la provincia la Sub-Secretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, consagrando en razón de ello a ese organismo como autoridad de aplicación de la norma.

Según el nuevo sistema todas las medidas de protección deben ser adoptadas por el órgano administrativo. Sólo se recurre al Juez -de familia y ya no al de Menores- si se debe separar al niño de su grupo familiar de origen, realizándolo a través de una medida excepcional.

La ley procesal referida a la responsabilidad penal de los menores de la Provincia de Santa Fe no escapa a las críticas, ya que en ella se encuentra articulado un procedimiento que, confusamente, mezcla lo tutelar-social con lo cautelar en una misma categoría que llama “medida tutelar” encontrándose la misma en crisis a partir de la derogación posterior del patronato ya referida.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que en cuanto comience a regir plenamente la reforma procesal penal para imputados mayores de edad, plasmada en la ley 12.734 “Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe” sancionada y publicada en el año 2007, la situación del fuero de menores tenderá a agravarse, ya que éste quedará bajo un modelo que es el que precisamente se intenta superar con dicha reforma.

A partir de la ley 12.734 será inconcebible que los menores queden por fuera del nuevo modelo que consagra un método de enjuiciamiento acusatorio respetuoso de la Constitución. Esto sería paradójico si tenemos en cuenta que los menores deben contar con todos los derechos y garantías generales, más el plus que les corresponde por su sola condición de ser sujetos en estado de crecimiento y desarrollo.

8- Conclusiones.

La aprobación de una ley nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes constituye sin duda un hito significativo en el proceso de adecuación del sistema normativo e institucional argentino al modelo de protección instituido por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pero lejos de considerarse concluido, dicho proceso todavía está en marcha, ya que este trascendental paso abre, a su vez, nuevas perspectivas y desafíos en la implementación del Sistema de Protección Integral.

Dicho sistema, debe ser el pilar fundante a la hora de tomar decisiones – ya sea por parte de los órganos administrativos como de los judiciales- en las cuales estén inmiscuidos menores de edad, tanto en el plano civil como en el plano penal, y la conciliación y adecuación a dicho sistema del Régimen Penal de la Minoridad, es el objetivo central del presente trabajo.

Las discordancias y dificultades interpretativas que hemos señalado precedentemente evidencian, una vez más, la necesidad de sustituir el aún vigente Régimen Penal de la Minoridad, tanto en el orden nacional como a nivel provincial, por un verdadero Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, en el que los jóvenes comprendidos entre los 16 y 18 años de edad estén sometidos a un modelo de abordaje diferenciado, o más precisamente especializado, que contemple un tratamiento y consecuencias jurídicas especiales y compatibles con su condición de personas en estado de desarrollo, todo ello de acuerdo a los estándares internacionales que rigen en la materia.

Este problema se genera también, a nivel legislativo, merced a una marcada tendencia a producir, en forma aligerada, reformas aisladas sin el debido estudio, debate y análisis de sus consecuencias. Un ejemplo de ello es, precisamente, la modificación de la mayoría de edad, a la cual hemos aludido, la que constituye un innegable avance en la adecuación del derecho interno a las pautas internacionales y de derecho comparado pero que, evidentemente, fue sancionada sin tener en cuenta las repercusiones que tendría en otras ramas del derecho, tales como la que, en este trabajo, ha sido objeto de análisis.

Ello origina la necesidad de llevar a cabo interpretaciones legales con el objeto de alcanzar soluciones para casos concretos que superen los vacíos normativos y armonicen la legislación vigente con las finalidades del derecho penal juvenil consagradas en nuestro bloque normativo constitucional.

En efecto, ante situaciones de tal naturaleza se impone, por parte de quienes son responsables de la aplicación de las normas, una intensa labor hermenéutica cuyo objeto debe estar centrado en la necesidad de conciliar las normas en pugna con el respeto de las garantías consagradas a nivel constitucional; más aún, en cuestiones como el derecho penal juvenil donde se encuentran en juego una serie de intereses y derechos fundamentales cuya protección merece máxima atención al constituir, en definitiva, límites al poder punitivo del Estado.

Capítulo VI

“Conclusiones y Propuesta”

Sumario: 1- Conclusiones; 2- Propuesta.

1- Conclusiones:

Actualmente se encuentra vigente el Régimen Penal de la Minoridad, creado por el ley 22.278. De acuerdo a tal, se establece que los niños y adolescentes no son punibles hasta los 16 años. Sin embargo, se le reconoce al Juez la atribución de disponer del menor hasta la mayoría de edad, si éste se encuentra en “peligro material o moral”, juicio que además depende de la impresión personal del Juez. En definitiva, se habilita a los Jueces de Menores a intervenir discrecionalmente, incluso para disponer medidas restrictivas de derechos.

Además, con afán de proteger a niños y adolescentes de 16 a 18 años que cometieron delitos, deja al arbitrio de los Jueces la potestad de decidir si entregarlo a sus padres o disponer del encierro sin dictar sentencia, permitiendo mantener ese tratamiento hasta la mayoría de edad, momento en el que se le impone la pena. No se garantiza entonces el debido proceso legal.

Para los adolescentes de 16 y 17 años, se establece un régimen de punibilidad en los mismos términos que para los adultos, que alcanza a los delitos de acción pública con más de dos años de prisión. Esto significa que a pesar de existir un Régimen Penal de la Minoridad, no existe una distinción entre las penas aplicables a los adolescentes de 16 y 17 años y las aplicables a los adultos.

Tomando, como punto de partida, las disquisiciones técnico-jurídicas efectuadas a lo largo del presente trabajo, creemos que todo Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil debe reformularse para lograr responder a los fundamentos de la doctrina de la “Protección Integral de los Derechos del Niño”.

Para lograr la coherencia de nuestra legislación penal minoril con la ley 26.061, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y con el paradigma de la Protección Integral instituido en ellas, debe regularse un procedimiento penal para menores que contemple todos los derechos y garantías de los cuales toda persona debe gozar, encontrándose el fundamento de su respeto en el Estado de Derecho.

Tales son los derechos y las garantías que tanto nuestra Constitución como los instrumentos internacionales de derechos humanos le reconocen. Este corpus iuris establece el piso mínimo de derechos y garantías que deben ser respetados cuando se alegue, acuse o declare culpable a algún niño, niña y/o adolescente de haber infringido la ley penal.

Sostenemos que para cumplimentar lo antes dicho, debe observarse y respetarse dentro del procedimiento penal minoril el principio de legalidad, el principio de igualdad ante la ley, el principio de culpabilidad, el de racionalidad y proporcionalidad de las sanciones, y el principio de humanidad.

El primer principio nombrado -principio de legalidad-, ordena que ningún menor de edad sea sometido a un proceso ni sancionado por un hecho que al tiempo de su ocurrencia, no esté previamente definido de manera expresa e inequívoca como delito en la ley. También implica que no se podrá imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, y si existiere un cambio legislativo se debe aplicar siempre la pena más leve y beneficiar al niño con dicho cambio.

Por lo cual, queda vedada la posibilidad de aplicar pena privativa de la libertad - aun cuando sea llamada medida tutelar- a un menor cuando éste no haya sido autor o partícipe de algún hecho ilícito comprobado, debiendo erradicarse la facultad de

disposición del Juez de Menores acerca de aquél menor que se encuentra en situación de abandono, peligro material o moral.

Asimismo, deberá asegurarse el respeto del principio de igualdad ante la ley durante la tramitación del proceso, garantizando a la persona menor de dieciocho años el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación, significando esto que deberá respetarse todos los derechos y garantías de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado, independientemente de la raza, color, sexo idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, condición económica, discapacidad o cualquier otra condición del niño o de su familia. Se les deben reconocer todos los derechos que les corresponden a los adultos a no ser que exista un derecho fundamental específico de los niños que resultara más favorable.

Por el principio de culpabilidad se prohíbe perseguir penalmente a un niño/a según sus características personales, su eventual “peligrosidad”, su situación familiar, social, política, entre otras, sino que la tarea judicial debe agotarse en la averiguación de la verdad sobre el hecho delictivo y la aplicación de la ley penal.

Debe producirse el divorcio en el tratamiento de aquellos menores que cometieron delitos, de aquellos menores que están inmersos en situaciones de abandono, peligro material o moral, haciendo abandono definitivo de lo sostenido por la doctrina de la Situación Irregular.

Por otro lado, las sanciones que se impongan a las personas condenadas por la comisión de un delito deben ser racionales y proporcionales al hecho cometido y al daño causado, no pudiéndose imponer sanciones indeterminadas. Y esto es lo que denominamos principio racionalidad y proporcionalidad de las sanciones.

Por el principio de humanidad ningún niño/a puede ser sometido a torturas, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El objetivo de la medida adoptada por los Jueces, en el caso de los menores condenados por la comisión de un delito, debe ser el respeto por la dignidad humana y el fortalecimiento por el respeto del niño, sus derechos y libertades. Siempre deberá prevalecer la necesidad de salvaguardar el bienestar y el Interés Superior del Niño y de fomentar su reintegración social.

Por otro lado, es necesario que la legislación penal minoril ampare el respeto de ciertas garantías que haga que el proceso penal seguido contra un menor de edad quede encuadrado en un marco de estricta legalidad.

Entre estas garantías nos encontramos con “el debido proceso”, entendiendo por tal al conjunto de derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y normas internacionales que, sólo al ser respetados, permiten considerar como válido el juzgamiento de una persona por un órgano competente y la decisión que sea su consecuencia.

Como toda persona deben gozar del principio de inocencia, por el cuál el menor se presumirá inocente hasta tanto se le compruebe, por medios establecidos en la ley, su responsabilidad en los hechos que se le atribuyen. Consecuentemente, esta garantía exige que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena.

Es de destacar que este principio es uno de los más vulnerado en el sistema actual, ya que las medidas determinadas por la ley 22.278, aplicables a los menores de edad, llamadas tutelares, se determinan sin la existencia de una declaración de responsabilidad de la comisión o participación en el delito.

Por otro lado, los menores deben contar con el derecho a tener asistencia letrada especializada, tanto la defensa material, referida al ejercicio de los derechos establecidos por las garantías mencionadas, así como la defensa técnica. Este derecho debe estar garantizado por el Estado en forma gratuita, y debe ser representado por un profesional del derecho especializado en la materia.

Dentro del proceso debe garantizarse al menor el derecho a ser oído, este derecho implica que el niño además de expresar sus opiniones tendrá derecho a participar del proceso activamente, presentar pruebas, impugnar las decisiones que lo afecten, etc.

Relativo al proceso debe garantizarse que éste tenga una duración razonable, ya que con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra.

En cuanto a las medidas privativas de la libertad a las que pueda quedar sujeto el menor, éstas deben tener carácter excepcional. Éste es el sentido del principio de inocencia, que supone que toda persona acusada de haber cometido un delito goza de un estado de inocencia y este estado sólo es posible desvirtuarlo luego de un juicio en el que se presente la acusación, se posibilite el derecho de defensa, y finalmente se dicte una sentencia por un tribunal imparcial en base a los elementos presentados ante él. Antes de que ello se produzca no es posible justificar una intervención coactiva por parte del estado.

Sin embargo, los derechos de la persona imputada de la comisión de un delito pueden ser restringidos eventualmente con motivo del proceso penal seguido en su contra, siempre que se cumplan ciertas condiciones. Así, en primer lugar la medida

coercitiva debe estar prevista por una ley que establezcan en forma clara y precisa los requisitos que deben observarse en el dictado de dicha medida; por otra parte, estas medidas deben ser proporcionales y adecuadas a los fines que se persigan.

Atento al carácter del niño como persona en una etapa de desarrollo y el efecto negativo que esta medida por su naturaleza tiene sobre su crecimiento y personalidad es que, las leyes provinciales deberán establecer su absoluta excepcionalidad -para los delitos más graves y cuando exista un peligro real de fuga o entorpecimiento de la investigación-, y por un plazo determinado lo más breve posible.

Entendemos que cualquier medida que implique la reclusión de un menor en un establecimiento de régimen cerrado del que no pueda ausentarse voluntariamente supone privación de la libertad, cualquiera sea el nombre que se le de a la medida que así lo dispone. Atento a ello, la persona sometida a dicha medida debe tener el derecho a que un tribunal competente controle la legalidad del encerramiento.

Por otro lado, sostenemos que el sistema de justicia penal para adolescentes debe contemplar un gran abanico de opciones que posibiliten una vía diferente de la del proceso penal y/o la suspensión del mismo una vez iniciado. Ejemplos de estos mecanismos son la mediación penal, la conciliación, la imposición de determinadas obligaciones a la persona imputada -asistir a un establecimiento educativo o capacitarse en determinado oficio, etc.-, la remisión del caso o la compensación a la víctima a cambio de la extinción de la acción penal. Dentro de estas medidas se incluye el uso del principio de oportunidad procesal por parte del órgano a cargo de la acusación.

El uso de mecanismos que favorezcan vías alternativas al proceso penal debe ser promovido para evitar el grave deterioro y la estigmatización que suele producir un proceso penal en un niño y/o adolescente.

En cuanto a los destinatarios del sistema penal cabe recordar que el marco constitucional exige la separación entre las causas penales y aquellas cuestiones relativas a la protección y asistencia de niñas, niños y adolescentes.

El principio rector en esta materia es que ninguna persona debe ser alcanzada por el sistema penal, en tanto no se le impute un hecho tipificado como delito.

Para aquellos niños, niñas y adolescentes que vean amenazados o vulnerados sus derechos se deben aplicar las disposiciones de la ley 26.061 que regula exhaustivamente las medidas aplicables para resguardar tales derechos.

Por lo tanto, los destinatarios del sistema de Justicia Penal Juvenil sólo deberán ser las personas menores de 18 años de edad al momento del hecho investigado, respecto de las cuales se acuse o declare culpables de haber cometido hechos considerados como delitos por el ordenamiento jurídico, y que además cumplan con el requisito de pertenecer a la franja etaria considerada como punible.

En cuanto a la edad mínima, no deberá fijarse en una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual del niño. Este principio tiene su fundamento en el concepto de responsabilidad, el que perdería todo sentido si se fija la edad en la cual niño no pueda comprender las consecuencias de sus actos o si no se estableciera edad mínima alguna.

Por otra parte, por encima de esa edad mínima y hasta cumplir los 18 años, los jóvenes acusados de cometer un delito deberán ser tratados conforme a su edad, esto significa la prohibición absoluta de tratarlos, juzgarlos y sancionarlos como personas adultas.

Un punto importante es el que hace a la justicia especializada. El principio de especialidad se relaciona directamente con la especificidad de un sistema de justicia penal diferenciado del sistema de adultos.

Como consecuencia, los procesos penales seguidos contra niños y adolescentes deberán contar con una ley de fondo, un procedimiento, y actores procesales especializados en materia de infancia y adolescencia en conflicto con la ley penal.

Creemos que la razón de ser de la especialidad está en el reconocimiento de la adolescencia como la etapa de la vida en la que las personas se encuentran en plena evolución intelectual, emocional y moral, sin haber culminado el proceso de formación para la vida adulta, lo que facilita, si se interviene a tiempo, la recuperación del sujeto transgresor en una proporción superior a la de los infractores mayores de edad.

La garantía procesal anterior debe complementarse con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Este derecho implica la posibilidad de que el menor recurra ante una autoridad judicial superior toda decisión que lo afecte, garantizando así el principio de doble instancia.

El rol del juez de menores en su configuración actual debe diferenciarse claramente del que le era asignado en el sistema tutelar. Dicho sistema, ha sido criticado fuertemente porque se asignaba a los magistrados un alto grado de discrecionalidad, que podría dar lugar a situaciones arbitrarias en tanto se alegaba que ejercían una función proteccional o tuitiva. Por el contrario, en un sistema de justicia penal juvenil, el juez se encarga exclusivamente de la resolución de conflictos jurídicos en el marco de un proceso contradictorio.

Esto significa que el juez deberá ceñirse a investigar estrictamente si el hecho tipificado como delito se ha cometido o no y, si el niño/a y adolescente imputado del mismo es penalmente responsable. Esto implica que todas aquellas cuestiones relativas a la vida privada del joven, de su familia, o las medidas de protección que sean necesarias aplicar ante la violación o la vulneración de sus derechos, no deben ser competencia del juez penal juvenil.

Una ley de responsabilidad penal juvenil respetuosa de los derechos y garantías de los niños y adolescentes es, sin duda, una deuda que tiene el Estado argentino.

Citamos finalmente unas sabias palabras de un importante jurista en la materia como lo es Emilio García Méndez, quien al referirse al Sistema Penal Minoril vigente en Argentina con perspicacia nos dice: *“Oscilamos nuevamente entonces entre un paternalismo ingenuo para el cual el derecho penal nunca es nada y un retribucionismo hipócrita para el cual el derecho penal es siempre todo. Nos olvidamos de este modo que en la bisectriz de este debate considerar a los adolescentes sujetos de derechos, implica simultáneamente considerarlos sujetos responsables en el ámbito de la democracia.”*

2- Propuesta:

Luego de llevado a cabo el presente trabajo, no cabe ninguna duda de que es imperioso insistir para que, en el más breve plazo posible, la legislación argentina -en materia de derecho penal juvenil- concrete la ya impostergable y tan anhelada evolución, desde el arcaico sistema tutelar o asistencial vigente al de la “Protección Integral de los Derechos del Niño”.

Por ello, propongo:

- La derogación de la ley 22.278 -Régimen Penal de la Minoridad-.
- Un proyecto de ley relativo al “Régimen legal aplicable a las personas menores de dieciocho años de edad infractoras de la ley penal”.

PROYECTO DE LEY

“Régimen legal aplicable a las personas menores de dieciocho años de edad infractoras de la ley penal.”

ARTÍCULO 1º.- Ámbito de aplicación. La presente ley tiene por objeto establecer la responsabilidad penal de las personas menores de dieciocho años de edad y mayores de dieciséis años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o en las leyes especiales.

Se aplicará esta ley a todos los menores de edad que, en el transcurso del proceso, cumplan la mayoría de edad. Igualmente se aplicará cuando los menores de edad sean acusados después de haber cumplido dieciocho años de edad, siempre y cuando el hecho haya ocurrido dentro de las edades comprendidas en el párrafo anterior.

En ningún caso una persona menor de dieciocho años a la que se le atribuya la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o en las leyes especiales podrá ser juzgada por el sistema penal común.

ARTÍCULO 2º.- Exención de responsabilidad penal. Las personas menores de dieciséis años a quienes se atribuya la comisión de un delito están exentas de responsabilidad penal. No podrán ser perseguidas penalmente ni ser objetos de ninguna

medida que restrinja cualquiera de sus derechos, por parte del Juez o Tribunal de Menores.

Los menores no punibles que hayan cometido hechos que pudiesen constituir delitos de acuerdo con la legislación penal vigente en la Nación serán confiados a las autoridades administrativas previstas por la ley 26.061 a los fines de que éstas intervengan en el marco de la competencia asignada por dicha normativa.

La responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes.

ARTÍCULO 3°.- Principios rectores. Son principios rectores para la interpretación y aplicación de esta ley, la formación integral, la reintegración de las personas menores de dieciocho años en su familia y en la sociedad y el Interés Superior del Niño.

ARTÍCULO 4°.- Especialidad. La presente ley tiene el carácter de ley especial respecto de las disposiciones penales relativas a los adultos atento la materia que regula, con lo cual la aplicación de las normas contenidas en la parte general del Código Penal sólo serán procedentes siempre que en esta ley no se disponga lo contrario.

GARANTÍAS SUSTANCIALES Y PROCESALES

ARTÍCULO 5°.- Garantías. Desde el inicio de la investigación policial, durante la tramitación del proceso judicial y hasta la ejecución de la sanción, en su caso, a los menores de edad les serán respetadas las garantías básicas para el juzgamiento de adultos, a las cuales se les anexará las propias correspondientes por su condición de minoridad.

ARTÍCULO 6º.- Principio de legalidad. Toda acción u omisión de un menor de dieciocho años sólo podrá ser sancionada si se encuentra tipificada en la ley penal con anterioridad a su realización. No hay pena sin ley previa.

ARTÍCULO 7º.- Principio de lesividad. Ninguna persona menor de dieciocho años puede ser sancionada conforme las previsiones de esta ley si no se comprueba que su conducta daña o pone en peligro concreto un bien jurídico protegido.

ARTÍCULO 8º.- Principio de igualdad ante la ley. Durante la investigación, la tramitación del proceso y la ejecución de las sanciones, se respetará a la persona menor de dieciocho años el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación.

ARTÍCULO 9º.- Principio de humanidad. Ninguna persona menor de dieciocho años de edad puede ser sometida a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

ARTÍCULO 10º.- Principio de racionalidad y proporcionalidad de las sanciones. Tanto las sanciones, como las medidas restrictivas de la libertad y de las demás restricciones a los derechos que se le impongan al menor de edad durante el proceso, sólo serán legítimas si son proporcionales a la gravedad de los hechos que motivan la intervención judicial.

ARTÍCULO 11º.- Principio de aplicación de la ley más benigna. Cuando a un menor de edad puedan aplicársele dos leyes diferentes, siempre se optará por la que resulte más favorable para sus derechos, y resguarden mejor el Interés Superior del Menor.

ARTÍCULO 12°.- Derecho a ser oído. La persona menor de dieciocho años tiene derecho a ser oída y a participar activamente, desde el inicio de las actuaciones y durante todo el proceso.

ARTÍCULO 13°.- Plazo razonable de duración del proceso. La persona menor de dieciocho años tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas o indebidas. El plazo de duración del proceso deberá respetar el principio de máxima brevedad y celeridad.

Dicho plazo será fijado en cada ley procesal, y una vez cumplido sin que se haya dictado sentencia quedará extinguida la acción penal.

ARTÍCULO 14°.- Garantía de defensa en juicio. Toda persona menor de dieciocho años tiene derecho a ser asistida por un letrado defensor elegido personalmente, desde el inicio de la investigación y hasta que cumpla con la sanción que le sea impuesta, en su caso. En caso de imposibilidad económica para elegir abogado defensor, el tribunal designará de oficio a un defensor letrado especializado de carácter gratuito.

Tiene también derecho a presentar, por sí o por intermedio de su abogado defensor, todas las pruebas y los argumentos necesarios para su defensa y a objetar cuanta resolución le sea contraria.

ARTÍCULO 15°.- Non bis in ídem. Ninguna persona menor de dieciocho años podrá ser perseguida más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique la calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias.

ARTÍCULO 16°.- Garantía de la doble instancia. Sin perjuicio de lo que cada legislación procesal establezca, se deberá asegurar a toda persona menor de dieciocho

años sometida a un proceso, la posibilidad de interponer un recurso ante las autoridades superiores de quien dictó resoluciones sobre su culpabilidad, y sobre la determinación de la sanción aplicable.

ARTÍCULO 17°.- Juez natural Ninguna persona menor de dieciocho años puede ser juzgada o condenada sino por Jueces especializados en materia de menores designados por la ley antes del hecho de la causa.

El juzgamiento y la decisión de los delitos cometidos por las personas sujetas a esta ley se llevarán a cabo por Jueces imparciales e independientes de los otros poderes del Estado y sólo sometidos a la ley. Especialmente, se asegurará un sistema de enjuiciamiento acusatorio.

ARTÍCULO 18°.- In dubio pro reo. En caso de haber duda acerca de la comisión o no de un delito por parte del menor de dieciocho años que esté siendo juzgado, el fallo será resuelto en favor del procesado.

MEDIDAS CAUTELARES

ARTÍCULO 19°.- Las medidas cautelares que los Jueces o Tribunales de Menores pueden disponer durante el proceso consisten en:

- a) Mantener o reintegrar al menor al núcleo familiar en el que convive;
- b) Disponer su permanencia con terceras personas, preferentemente parientes del menor;
- c) Ordenes de orientación y supervisión;
- d) Prestación de servicios a la comunidad;
- e) Reparación del daño;

f) Libertad asistida; y

g) Privación de libertad en centros especializados.

ARTÍCULO 20°.- Determinación de la medida. Para determinar la medida aplicable, el Juez o Tribunal de Menores deberán tener en cuenta:

a) La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado, con especial consideración al ejercicio de violencia o intimidación en las personas.

b) La proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de la medida en cada caso concreto.

c) La edad del menor.

d) Los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños.

ARTÍCULO 21°.- Aplicación de las medidas. Las medidas señaladas deberán aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen. La aplicación de las medidas podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Asimismo, podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas. El Juez podrá ordenar la aplicación de las medidas previstas en esta ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa.

La persona menor de dieciocho años sometida al cumplimiento de una medida, durante la ejecución, gozará de todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional y por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. En particular, gozará del derecho a que un Juez competente revise de oficio o a solicitud del menor de edad o de su representante legal, la medida impuesta, a

fin de modificarla o sustituirla por una menos gravosa, cuando no cumpla con los objetivos para los que fue impuesta o por ser contraria al desarrollo integral del menor de edad.

ARTÍCULO 22º.- La privación de libertad como medida cautelar. La privación de libertad durante el proceso tendrá carácter excepcional y será aplicada sólo como medida de último recurso y por tiempo determinado, siendo éste el más breve posible.

La privación de la libertad durante el proceso sólo será aplicable cuando se trate de delitos sancionados con privación de libertad y el Juez entendiera prima facie, que en ese caso concreto, la sanción aplicable será de cumplimiento efectivo. Adicionalmente, se deberá contar con prueba suficiente sobre la participación del adolescente en el hecho punible, así como el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación. Cumplidos estos requisitos, el Juez deberá fundar debidamente la imposibilidad de aplicar otra medida cautelar no privativa de libertad.

Dicha medida deberá ser ejecutada siempre en centros especializados en atención de menores de edad.

Se privilegiará la permanencia de la persona menor de dieciocho años dentro de su grupo familiar. En caso de no existir éste, deberá darse intervención a los órganos administrativos de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes según ley 26.061.

Por privación de la libertad se entenderá toda forma de detención o encarcelamiento, así como internamiento o alojamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir a la persona menor de dieciocho años por su propia voluntad, dispuesta por orden de autoridad judicial.

CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

ARTÍCULO 23º.- Criterios de oportunidad. El Fiscal, de oficio o a pedido de la defensa del imputado menor de edad, en cualquier etapa del proceso, y de manera fundada podrá aplicar criterios de oportunidad renunciando al ejercicio de la acción penal, cuando:

a) por la insignificancia y consecuencias del hecho, o por lo insignificante de la participación del menor de dieciocho años o su mínima culpabilidad en el hecho, no afecte el interés público;

b) se tratase de un delito que tenga prevista penas de multa o inhabilitación y haya prestado su consentimiento la persona ofendida. En caso de prosperar dicho criterio, el imputado deberá garantizar la reparación del daño si lo hubiere;

c) la persona menor de dieciocho años, como consecuencia del hecho, haya sufrido un daño físico, psíquico o moral grave que haga innecesaria la imposición de una pena;

d) cuando la persona imputada se halle afectada por una enfermedad incurable en estado terminal que, según dictamen pericial, ponga en riesgo directo su vida, en consideración a las circunstancias del caso.

Las circunstancias señaladas en este artículo serán siempre valoradas en la forma más favorable para el menor.

FORMAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCION PENAL

ARTÍCULO 24º.- Conciliación. La conciliación es un acto jurisdiccional voluntario entre el ofendido y el menor de edad y sus representantes, quienes serán las

partes necesarias en ella. Puede ser solicitada por la persona menor de dieciocho años o, por la persona ofendida o por sus respectivos representantes legales.

ARTÍCULO 25°.- Procedencia. Será procedente la conciliación en todos los casos en los que estén en juego delitos para los que no sea prevista la pena privativa de la libertad como pena.

La conciliación podrá tener lugar siempre que exista prueba suficiente de la participación de la persona menor de dieciocho años en el hecho y siempre que no concurren causales eximentes de responsabilidad.

El Juez o Tribunal de Menores deberá instar a las partes a conciliarse y buscar un arreglo al conflicto planteado. Luego se escucharán las propuestas del menor de edad y del ofendido.

ARTÍCULO 26°. Acuerdo conciliatorio. Si se llega a un acuerdo y el Juez lo aprueba, las partes firmarán el acta de conciliación. Si no se llega a haberlo, se dejará constancia de ello y se continuará con la tramitación del proceso ordinario.

En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas y el plazo para su cumplimiento. El arreglo conciliatorio suspenderá el procedimiento e interrumpirá la prescripción de la acción.

Cuando el menor de edad incumpla, injustificadamente, las obligaciones pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento deberá continuar como si nunca se hubiera conciliado.

ARTÍCULO 27°.- Efectos del acuerdo conciliatorio. En caso de cumplimiento del acuerdo, el Juez o Tribunal de Menores dictará una resolución dando por terminado

el proceso y ordenando el archivo del expediente. Se operará así la extinción de la acción penal.

ARTÍCULO 28°.- Suspensión del juicio a prueba. Cuando se atribuya al menor de dieciocho años un delito para el que no sea procedente la sanción de privación de libertad, el Juez o el Tribunal podrá ordenar, a solicitud de parte, la suspensión del proceso a prueba.

ARTÍCULO 29°.- Reglas de conducta. El menor de edad deberá dar cumplimiento a las órdenes de orientación y supervisión que disponga el Juez o Tribunal de Menores al ordenar la suspensión del juicio a prueba.

Se impondrá al menor de dieciocho años alguna o algunas de las siguientes obligaciones:

- a) asistencia regular a establecimientos educativos;
- b) no concurrencia a determinados lugares, establecimientos o eventos de cualquier tipo;
- c) abstención de consumo de alcohol, drogas u otros psicofármacos;
- d) residencia fija en un lugar determinado;
- e) comparecencia del menor de edad cada vez que se lo convoque;
- f) cumplimiento de los tratamientos médicos o psicológicos que se le sugieran;
- g) desempeñar una actividad laboral o aprender un oficio;
- h) acatar respetuosamente las sugerencias que le efectúe el profesional a cargo de su seguimiento.

La enumeración precedente no es taxativa, pudiendo el Juez o el Tribunal fijar otras obligaciones que favorezcan la reinserción social del menor de edad en tanto no atenten contra su dignidad como persona.

ARTÍCULO 30º.- Efectos. La suspensión del proceso a prueba suspende el plazo de la prescripción. Si el adolescente cumple con las obligaciones asumidas durante el plazo establecido, se extinguirá la acción penal a su respecto. En caso contrario se proseguirá con el proceso.

ARTÍCULO 31 º.- Prescripción de la acción penal. La acción penal se extingue por la prescripción de acuerdo a los plazos dispuestos por el presente artículo.

El plazo para que opere la prescripción de la acción penal es de tres años cuando se trate de delitos que habiliten la aplicación de pena privativa de la libertad.

Será de dos años para los casos de delitos que habilitan la aplicación de multa o inhabilitación como pena.

El plazo de prescripción de la acción penal comenzará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el hecho.

CLÁUSULAS TRANSITORIAS

ARTÍCULO 32º.- Adecuación de legislaciones procesales. En un plazo a establecerse por decreto reglamentario de la presente ley, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán ajustar la legislación procesal penal aplicables a personas menores de dieciocho años de edad a los principios y derechos consagrados en esta ley.

Las autoridades competentes de cada jurisdicción dispondrán la conformación o adecuación de tribunales especializados a los fines de la aplicación de la presente ley.

ARTÍCULO 33°.- Derogaciones. Se derogan las leyes 22.278 y 22.803.

Bibliografía:

A) General:

BIDART CAMPOS, GERMAN J., Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino, nueva edición ampliada y actualizada, t. I, Ediar, Bs. As., 1993.

CARNELUTTI, FRANCESCO, Teoría general del delito, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

CREUS, CARLOS, Derecho Penal, Parte General, Astrea, Bs. As., 1992.

NUÑEZ, RICARDO C., Manual de Derecho Penal, Parte General, Marcos Lerner, Córdoba, 1981.

TERRAGNI, MARCO ANTONIO, Muerte, prisión y otras sanciones penales, Zeus, Rosario, 1990.

ZAFFARONI, EUGENIO R., En busca de las penas perdidas, Ediar, Bs. As., 1989.

B) Específica:

BELOFF, MARY, La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, ABREGU, MARTÍN Y COURTIS, CHRISTIAN (comp.), CELS/Editores del Puerto, Bs. AS, 1997.

- “Algunas consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos”, en Revista Justicia y Derechos del Niño N° 3, UNICEF, Bs. As, 2001.

- Un modelo para armar ¡y otro para desarmar! Protección integral de derechos del niño vs. Derechos en situación irregular, en “Los derechos del niño en el sistema interamericano”, Editores del Puerto, Bs. As., 2004.

- Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina, en *Revista Jurídica*, Universidad de Palermo, 2005.

CILLERO BRUÑOL, M., “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, BELOFF, M., Y GARCÍA MENDEZ E., Editorial Depalma, Bogotá, 1998.

D’ANTONIO, DANIEL H., El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor, régimen jurídico, prevención y tratamiento, 2° edición ampliada y actualizada, Astrea, Bs. As., 1992.

FELLINI, ZULITA, “Reflexiones sobre la cuestión penal juvenil”, en Suplemento de Administración de Justicia y Reformas Judiciales, Buenos Aires, El Dial Express, 2008.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, (Comp), Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Editores del Puerto, Bs. As.

- Infancia y Democracia en la Argentina. La cuestión de la responsabilidad penal en los adolescentes, Bs. As., Editores del Puerto, 2004.

LACAN, JACQUES, Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en Criminología, Homo Sapiens, 1978.

MAIER, JULIO B. J., “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, en Revista Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, N° 2, Bs. As., 2000.

MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS – UNICEF, “Derechos de Niños, niñas y adolescentes”, Seguimiento de la Aplicación de la Convención de los Derechos del niño. Estándares de Derechos Humanos para la implementación de un Sistema de Justicia Penal Juvenil, 2007.

PLATT, ANTHONY M., Los salvadores del niño, o la invención de la delincuencia, 3ª edición, Bs. As., 1997.

TERRAGNI, MARCOS ANTONIO, Régimen Penal de los menores, Zeus, Rosario, 1989.

TERRAGNI, MARTINIANO, Justicia Penal de Menores, La Ley, Bs. As., 2009.

C) Marco legal:

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

LEY NACIONAL N° 22.278.

LEY NACIONAL N° 26.061.

Índice

1- Resumen.....	4
2- Estado de la cuestión	5
3- Marco teórico.....	12
4- Introducción.....	18

Capítulo I

“Minoridad: Evolución de su valoración. La construcción histórico- social de la infancia.”

1- Introducción.....	22
2- Imágenes y representaciones de la infancia.....	24
3- La construcción social del concepto de menor.....	26
4- La concepción de la infancia en la era de los derechos.....	28
5- El/la niño/a como sujeto de derechos.....	29
6- Conclusiones.....	30

Capítulo II

“Menor adolescente: su personalidad. Paso del menor delincuente desde el derecho penal común al derecho de menores.”

1- Introducción.....	34
2- La personalidad del menor adolescente.....	35
3- Factores socio-económicos de la delincuencia juvenil.....	36
4- La trasgresión – el delito.....	38
5- Paso del menor delincuente desde el derecho penal común al derecho de menores.....	40

6- Conclusiones.....	42
----------------------	----

Capítulo III

“Cambios de paradigmas: de la Situación Irregular a la Protección Integral”

1- Introducción.....	45
2- Doctrina de la Situación Irregular.....	45
2.1- Origen histórico.....	45
2.2- Rasgos característicos de las leyes que responden a un sistema “tutelar o asistencialista”.....	50
3- Protección Integral de los Derechos del Niño.....	53
3.1- Antecedentes históricos en América Latina	53
3.2- Concepto de doctrina de la “Protección Integral de los Derechos del Niño”.....	56
3.3- Principios básicos para la Protección Integral en Derechos Humanos a Niños y Adolescentes.....	58
4- Conclusiones.....	64

Capítulo IV

“Marco normativo internacional en materia de minoridad.”

1- Introducción.....	68
2- Normas jurídicas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos...69	
2.1- Convención sobre los Derechos del Niño.....	70
2.2- Reglas y directrices.....	75

3- Conclusiones.....	78
----------------------	----

Capítulo V

“Marco normativo interno en materia de minoridad.”

1- Introducción.....	81
2- La derogada ley 10.903.....	81
3- La ley 22.278.....	83
3.1- Supuestos de no punibilidad.....	83
3.1.1- La opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	84
3.2- La punibilidad a los 16 y 17 años.....	85
4- La punibilidad a los 18 años.....	86
4.1- La sanción de la ley 26.579 y su operatividad en la ley 22.278.....	87
5- La ley 26.061.....	92
6- El Código Procesal Penal de la Nación.....	98
7- Código Procesal Penal para Menores -Ley 11452-. Situación actual en la Provincia de Santa Fe.....	100
8- Conclusiones.....	106

Capítulo VI

“Conclusiones y Propuesta”

1- Conclusiones	109
2- Propuesta.....	117

Bibliografía

Bibliografía General.....	130
Bibliografía Especifica.....	130
Marco Legal.....	131