



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

LA EDAD MÍNIMA DE PUNIBILIDAD EN EL RÉGIMEN PENAL
JUVENIL ARGENTINO. ANÁLISIS CRÍTICO Y COMPARATIVO

Autor:

Marino, Nicolás Fernando

Director:

Dr. Aníbal Crivelli

Mendoza, mayo 2020



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

LA EDAD MÍNIMA DE PUNIBILIDAD EN EL RÉGIMEN PENAL
JUVENIL ARGENTINO. ANÁLISIS CRÍTICO Y COMPARATIVO

CARRERA DE POSGRADO

Autor:

Marino, Nicolás Fernando

Director:

Dr. Aníbal Crivelli

Mendoza, mayo 2020

Dedicatoria y agradecimientos

A mis padres quienes me dieron vida, educación, apoyo y consejos. A mi mujer Mariela y mi hija Lola, quienes sin su ayuda nunca hubiera podido hacer esta tesis. A mi Director de Tesis, Dr. Aníbal Crivelli. A todos ellos se los agradezco desde el fondo de mi alma, quienes contribuyeron y apoyaron la realización de la investigación.

ÍNDICE

Introducción	6
I. La minoridad penal. Historia, tensiones y disputas	10
1. El derecho penal	10
2. Historia del control social-penal en Argentina	18
3. La justicia penal juvenil	19
3.1. El paradigma tutelar	23
3.2. Paradigma de protección integral	26
4. La no punibilidad e inimputabilidad	30
5. Sistemas de imputabilidad en Argentina	32
6. Principales corrientes teóricas sobre la imputabilidad de menores	33
7. Proyectos de reforma del régimen de minoridad penal en Argentina	45
II. Imputabilidad de menores en América Latina	50
1. Brasil	51
2. Venezuela	52
3. Perú	53
4. Ecuador	54
5. Costa Rica	56
6. Chile	58
7. México	59
8. Uruguay	61
9. Paraguay	62
III. Régimen Penal de Minoridad en Argentina	66
1. La protección integral de los niños, niñas y adolescentes	66
2. Ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño	66
3. Ley 26.601 de Protección integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes	71
4. Régimen Penal de Menores Ley 22.278/22.803	73
5. Jurisprudencia	76

IV. Régimen de protección de la Niñez y Adolescencia en la Provincia de Mendoza	104
1. Ley 6.354 “Régimen Jurídico de Protección de Minoridad”. Tratamiento de la Ley 9.120	104
V. La baja de la edad de imputabilidad y alternativas a las penas para menores	111
1. El debate público de la baja de la edad de imputabilidad	111
2. Alternativas a la prisión para menores	114
2.1 La justicia restaurativa	114
2.2 La mediación penal	117
3. Necesidad de innovar frente a un viejo problema	120
Conclusiones	123
Referencias bibliográficas	126

INTRODUCCIÓN

El debate sobre la baja de la edad de imputabilidad se ha habilitado en la Argentina en diversos momentos de la historia. Cada cierto tiempo el debate vuelve a escena, como ocurre en el momento actual en que existe un proyecto para modificar la ley 22.278/22.803 a fin de aplicar sanciones penales a menores de 15 años. El proyecto incluso prevé penas para jóvenes de 14 años en los casos de delitos calificados como graves¹.

Periódicamente la discusión punitivista contra los menores vuelve a la escena pública y estos proyectos retoman protagonismo. Sin embargo, no pude dejar de analizarse que persiste un rechazo de parte de legisladores y organismos de Derechos Humanos. El escenario electoral de 2019 nuevamente puso en discusión la reforma del Régimen de Minoridad Penal, que retrotrae la idea de que la inseguridad se combate aplicando más penas y otorgando mayor poder a la policía. La reducción de la edad de responsabilidad penal parece ser la propuesta más sólida de las autoridades gubernamentales frente al incremento de la seguridad pública y los delitos en los que están implicados menores de edad.

Las repuestas punitivas suelen ser las más aceptadas por determinadas franjas de población que se sienten amenazadas por el problema de la inseguridad. A propósito, una encuesta hecha recientemente indicó que un 76,3% están a favor de una mayor respuesta represiva del Estado hacia la criminalidad, mientras un 19,5% es proclive a la adopción de políticas públicas y sociales para reducir la pobreza, la desigualdad y mejorar el nivel educativo de la población².

Cabe precisar que el actual régimen de minoridad penal ha sido calificado por juristas como inconstitucional por cuanto contraria lo dispuesto en la CIDN, adoptada por ley como

¹ El proyecto propuesto por el ex Ministro de Justicia, German Garavano, y la ex Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, plantea penas para menores de 14 años que hayan cometido delitos contra la vida, como homicidios. Ver: S/A. (2019, enero 7). Tolerancia cero. *Página12*. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/166852-tolerancia-cero>.

² Se trató de una encuesta hecha en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante 2018, en la cual se abordaron 1.200 personas. Ver: Ramírez, I. (2019, enero 01). Ideología. *El Dipló*. Edición Cono Sur de Le Monde Diplomatique.

compromiso asumido por el Estado argentino, al seguir sosteniendo el paradigma de situación irregular, también conocido como tutelar. A su vez, este instrumento está en contradicción con la ley 26.601 y con el Régimen de Minoridad Penal de la provincia de Mendoza, la Ley N° 6.354. Esto significa que una nueva modificación del régimen penal empeoraría aún más el escenario ya de por sí desventajoso en cuanto a las políticas que se aplican en materia de justicia penal minoril.

Existe actualmente un proyecto para modificar la Ley 22.278/22.803 que habilitaría reducir a 14 años la edad de responsabilidad penal. Esto sin duda constituiría un hecho regresivo en cuanto a los derechos conquistados. En tal sentido, esta investigación se propone analizar las posiciones vinculadas a la imputabilidad de menores y porqué una modificación de la ley 22.278/22.803 constituye una violación a la CIDN, a la ley 26.601 y a la ley provincial 6.354.

Este trabajo pretende establecer las disputas existentes que le dan sentido al Paradigma Tutelar en contraposición a la perspectiva de Derechos Humanos y de Protección Integral contemplada en los tratados internacionales vigentes y en la ley 26.061. De igual forma, se pondrán en perspectiva las corrientes jurídicas y discusiones teóricas vinculadas a la imputabilidad de menores, así como los paradigmas jurídicos que contienen los regímenes penales juveniles que han existido en Argentina y en la provincia de Mendoza. Finalmente, se quiere responder un interrogante que sigue en la escena pública acerca de si realmente reducir la edad de imputabilidad resulta determinante para disminuir la criminalidad y la inseguridad. Asimismo, la metodología de la investigación se basó en la revisión documental y exégesis de textos, teorías, debates, leyes y jurisprudencia actual permite establecer un enfoque amplio y comparativo del tema abordado.

En la primera parte de la investigación se aborda el derecho penal como ciencia para luego referir el enfoque de control social y represivo que tuvieron los primeros Códigos Penales que tuvo el país, en conjunto con las leyes que posibilitaban la expulsión de los inmigrantes en conflicto con la ley penal. A partir de esto, se hace un análisis sobre los distintos regímenes penales minoriles.

La tesis establece un análisis comparativo entre los dos paradigmas existentes y también evidencia las principales corrientes que debaten la punibilidad en los casos de menores. En primer lugar, la tutela del Estado se corresponde con el paradigma de Situación Irregular, en el cual se entiende al menor como un ser con incapacidad, un sujeto pasivo, que

como no puede ser imputable se le confisca y controla por medio de un complejo sistema de intervención estatal que le ofrece poca o nulas garantías y derechos. Sin embargo, esta visión fue cambiando y un nuevo paradigma surgió a partir de la aprobación de la Convención Internacional de Derechos del Niño y el Adolescente (CIDN) por parte de la Organización de Naciones Unidas (ONU), a la cual adhirieron la mayoría de los estados miembros.

En un segundo apartado se exponen algunos regímenes de minoridad penal en países latinoamericanos, a modo de hacer comparaciones entre las distintas legislaciones penales vinculadas a menores de edad. Se ponen en perspectiva las leyes de la materia en Brasil, Venezuela, Perú, Ecuador y otros más, como países cercanos a la Argentina que experimentaron transformaciones legislativas importantes en las últimas décadas y que además también adhirieron al paradigma de Protección Integral.

Argentina adhirió la CIDN, mediante la ley 23.849, con lo cual se comprometió a otorgar mayores derechos en el marco de la nueva vertiente vinculada con la Protección Integral, es decir, la visión de que el niño, niña y adolescente goza de derechos y de respeto y como sujeto activo debe velarse por su interés superior. Esto significó que el Estado se comprometiese a aplicar políticas públicas de inclusión y mejora de la calidad de vida de niños y jóvenes, al tiempo que redujese en lo posible las penas para delitos cometidos por menores de edad.

Pese a ese compromiso establecido por el país y la aprobación de la Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, como ya se indicó, en el país sigue vigente la ley 22.278/22.803 que establece la edad de punibilidad es a partir de los 16 años, una norma que aún tiene el espíritu y la carga del paradigma tutelar o de situación irregular del menor. En ese sentido, esta tesis establece un análisis sobre el régimen de minoridad planteado en el país y cómo entra en contradicción con la Constitución y con otras leyes provinciales como la Ley 6.354 de la provincia de Mendoza.

En el último apartado de la tesis se plantea un análisis sobre el régimen de minoridad penal existente y se hace una crítica a las visiones que postulan encarar la inseguridad pública con medidas como la baja de la edad de imputabilidad. De igual forma, se profundizan en las alternativas a la prisión para menores de edad enfocadas en la justicia restaurativa, para pasar a un esquema realmente reparatorio y resocializador. Dentro de este enfoque hay alternativas como la mediación penal, el trabajo comunitario, entre otras. Además, se proponen soluciones para disminuir la delincuencia de menores, como políticas públicas y

sociales orientadas a la educación, el deporte, la cultura y demás medidas que fortalezcan la Protección Integral y los Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes.

CAPÍTULO I

LA MINORIDAD PENAL. HISTORIA, TENSIONES Y DISPUTAS

1. El derecho penal

Existen amplias referencias sobre la aplicación de penas desde épocas primitivas y antiguas, pasando por el derecho oriental y luego por el derecho de los pueblos griegos, tanto la Grecia antigua como la clásica. Desde estos tiempos, los reyes o gobernantes castigaban a sus súbditos y a propósito era común la existencia de tribunales de castigo, como los que se documentan de manera amplia en la literatura griega. El propósito ulterior de este esquema era garantizar el orden interno y sancionar al que transgrediese las normas establecidas³.

En las comunidades orientales y griegas se solían utilizar los suplicios y el dolor como forma de castigo al acusado. Este mismo esquema pasó al Imperio Romano, donde las ejecuciones públicas como espectáculo cruel eran corrientes y socialmente aceptadas, podríamos decir incluso que como suerte de mecanismo de liberación de la represión colectiva⁴. Hay vestigios de la retribución desde épocas remotas, desde el Código de Hammurabi con las leyes del Talión e incluso en relatos bíblicos como el Éxodo⁵.

En tal sentido, desde tiempos inmemoriales el ser humano ha empleado la ejecución de penas como forma de aplicar justicia frente a delitos. Desde la época romana, pasando por la Edad Media, el castigo estaba ligado a la idea católica de expiación de los pecados. Esto supuso reconocer el castigo como un “pago” frente a la culpa por la falta cometida, a

³ En la literatura existen múltiples referencias a la aplicación de penas y suplicios en la Grecia clásica y en épocas previas. Un caso paradigmático es el de Sócrates, quien fue sentenciado a morir con la cicuta debido a las consideradas para la época osadas reflexiones filosóficas, consideradas una suerte de herejía contra los dioses y el sistema establecido en la *polis*. A propósito, ver: Platón. *Apología de Sócrates*. Madrid, Centaurs Editions, 2013.

⁴ Así como las fiestas saturnales romanas tenían como fin la atenuación de las normas y la liberación de las fuertes coacciones del orden imperante, podemos decir que las ejecuciones públicas crueles tenían un efecto muy similar sobre el pueblo. Se puede ver al respecto: Bajtin, M. *La cultura popular en la Edad Media y el Renacimiento*. Madrid, Alianza Editorial, 1987.

⁵ Beccaria. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid, Alban, 1822.

manera de compensación del mal causado. De esta idea viene el retribucionismo penal, en el cual el delincuente paga por el delito⁶. Se trataba de un modelo inquisitivo, ligado al derecho canónico, que prevaleció hasta el fin de las monarquías absolutistas en Europa.

El derecho penal español corresponde al sistema de justicia que heredan las colonias hispanoamericanas, deviene de la conjunción entre el derecho romano, canónico y germano esencialmente, en el cual primaba la acción inquisitiva o acusatoria⁷. Valga comentar que, con la colonización europea se plantean dos sistemas de justicia en el nuevo continente, el Derecho de Indias que establecía las disposiciones de la Corona española, en coexistencia con algunas formas de justicia pertenecientes a las civilizaciones indoamericanas más avanzadas, como es el caso de los Incas en el territorio de lo que hoy es Perú, los Mayas en Centro América y los Aztecas en México. No obstante, esta organización jurídica desaparece después del año 1500 por acción de la conquista y el coloniaje, cuyos pueblos fueron diezmados.

Con las ideas modernas que los escándalos y espectáculos en la aplicación de las penas se transformaron en lo que Foucault (2013) denominó como “economía del castigo”, en la cual se atenuaron las viejas costumbres de ejercer el suplicio sobre los cuerpos de los condenados y emprender un castigo cónsono con la naturaleza del delito⁸. De tal manera que, surgió un nuevo Derecho Penal Moderno, humanista y respetuoso con la vida. Si bien preservó la pena de muerte en algunos países, como en Estados Unidos, el sistema se reserva para sí la ejecución. Además, otro aspecto fundamental es que el Estado dio paso a la privativa de libertad como forma de aplicar la justicia en materia penal⁹.

En el siglo XIX, toda disciplina que tomara el estatuto de ciencia debía regirse por el rigor cientificista que imponía el positivismo, el cual propugnaba el recorte para poder estudiar los fenómenos¹⁰. Este hecho negó la interdisciplinariedad, así como también

⁶ Zamora G, J. *Justicia penal y derechos fundamentales*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 62.

⁷ Eyzaguirre, J. (1978). *Historia del derecho*. Santiago, Editorial Universitaria, p. 19.

⁸ Foucault, M. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2003, p. 29.

⁹ Zamora. *Op cit*, p. 64.

¹⁰ Las discusiones de fines del periodo decimonónico y principios del siglo XX vinculadas al paradigma positivista tomaban diversas orientaciones en el orden epistemológico. Por un lado, se ubicaban los racionalistas, como Emile Durkheim o Karl Popper, quienes eran partidarios del racionalismo. Popper era proclive al método hipotético-deductivo para alcanzar el conocimiento, es decir, proponía el planteamiento de las ideas y su comprobación por la vía de la experiencia u observación. En otra vertiente opuesta se ubica los materialistas históricos, también calificados como historicistas, que combinaron tanto las escuelas pronaturalistas como las antinaturalistas, es decir, entre quienes estaban a favor de trasladar las leyes naturales

impidió que muchas disciplinas se consideraran dentro del ámbito científico.

El pensamiento positivo propuso la objetividad para poder acercarse al conocimiento, es decir, era necesaria la separación respecto del objeto de estudio para poder analizarlo o estudiarlo. Esto supuso el traslado de los fenómenos naturales o físicos al campo de lo social, lo cual resultó verdaderamente problemático para el análisis cualitativo e integral de muchos problemas, especialmente aquellos vinculados con la justicia y el derecho¹¹.

La tradición en el derecho se remonta a siglos de historia, desde la Grecia antigua, la cual tomó elementos tributarios de las civilizaciones antiguas orientales, la Grecia clásica, el Imperio Romano, la Edad Media y la Modernidad. Fue con la Ilustración y las ideas modernas que se sentaron las bases del sistema de justicia actual. El positivismo, con sus principios de rigor y comprobación empírica, ejerció una influencia sobre las Ciencias Humanas o Ciencias Sociales, entre ellas el derecho. Particularmente, el derecho penal tomó de la gnoseología científicista la mayoría de sus principios, como el rigor científico basado en la búsqueda de las pruebas y con ello la producción de la verdad sobre los hechos. La imparcialidad del juez y todas las técnicas que involucran los procesos judiciales penales se incorporaron con el auge de la modernidad y el positivismo, desde la instrucción, pasando por la sentencia, la condena y los procesos posteriores¹².

El binarismo objeto/sujeto y a la vez el reduccionismo o parcelamiento del conocimiento que significó la ciencia positiva, convirtió los saberes en ciencias aisladas unas de otras, con sus respectivas leyes o criterios universales. Las instituciones encargadas del control de la sociedad, como los manicomios, las escuelas y las cárceles, se encargaron también de aislar a los “anormales”, a los transgresores de la norma y de lo aceptado como bueno y normal¹³. Fue así como el cuerpo se convirtió en objeto de control sobre la base de un saber/poder instituido, es decir, se instaló el control sobre los cuerpos. Este fenómeno Foucault lo denominó biopoder, es decir, el control desde el poder y de las instituciones y ciencias sobre los cuerpos, o el poder para intervenir sobre la vida y en todos los mecanismos

a las ciencias sociales y los que eran detractores de ello. Popper, K. *El conocimiento de la ignorancia*. Santiago de Chile: Polis, 2005.

¹¹ Sobre el parcelamiento de las ciencias y la imposibilidad de analizar los fenómenos sociales en toda su complejidad véase: Morin, E. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa, 2009.

¹² El recorrido histórico de las técnicas del derecho para llegar a la verdad corresponde a: Foucault, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 2017 y Foucault, M. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2003.

¹³ Foucault, M. *Los anormales*. Buenos Aires: FCE, 1999.

que inscriptos en ella¹⁴.

En ese saber/poder se conforman y describen las anormalidades sociales, todas aquellas conductas que escapan a la norma, como la conducta de los delincuentes o autores de delitos. A partir de la existencia de esas “anormalidades” y por intermedio del biopoder, la sociedad se ha encargado de ejercer un control férreo y a la vez sutil que direcciona cómo debe ser el cuidado de sí mismo, las normas de higiene, las conductas morales, lo considerado correcto e incorrecto y lo incorregible o anormal. Bajo este paradigma se propició la exclusión y el aislamiento de los delincuentes en prisiones.

Además de ese mecanismo de aislamiento como técnica de castigo, el derecho penal, para tomar el estatuto de ciencia y con ello cimentar su conocimiento, se propuso esclarecer los delitos bajo el rigor cientificista, centrado en la persecución sobre el delincuente y la búsqueda de la verdad en torno a los crímenes.

La teoría clásica del derecho indica que un pilar fundamental de la justicia es la libertad. La libertad es un principio inviolable para todos los ciudadanos y al mismo tiempo es un derecho que garantiza la convivencia pacífica y el bien común. Este principio se estructuró desde hace siglos mediante las prácticas coercitivas que amenazaban la libertad a quienes incurrían en delitos¹⁵. Para el derecho penal moderno operar sobre la libertad fue un aspecto medular en la administración del castigo y en el resarcimiento a la víctima. En efecto, como se ha señalado, la persecución y el castigo sobre el delincuente son la base desde la antigüedad hasta nuestros días, si bien los métodos y las técnicas para conseguirlo han cambiado¹⁶.

¹⁴ Foucault, M. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: FCE, 2000.

¹⁵ “El cuerpo se encuentra aquí en situación de instrumento o de intermediario; si se interviene sobre él encerrándolo o haciéndolo trabajar, es para privar al individuo de una libertad considerada a la vez como un derecho y un bien. El cuerpo, según esta penalidad, queda prendido en un sistema de coacción y de privación, de obligaciones y de prohibiciones. El sufrimiento físico, el dolor del cuerpo mismo, no son ya los elementos constitutivos de la pena. El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos”. Foucault, 2003. *Op cit*, p. 19.

¹⁶ Desde la Grecia antigua, pasando por la época clásica y la Edad Media, la administración del castigo se hacía descargando sobre el cuerpo del delincuente técnicas de suplicio, dolor y espectáculo público. Para el siglo XVIII, con el advenimiento de la Ilustración y las ideas modernas, los grandes escándalos en la aplicación de las penas se transformaron en lo que Foucault denomina una “economía del castigo”, en la cual se atenuaron las viejas costumbres de ejercer el suplicio sobre los cuerpos de los condenados, multiplicar la muerte en varias muertes y emprender un castigo cónsono con la naturaleza del delito. En el siglo XVIII cesan las condenas o ejecuciones públicas. Estas últimas se convierten en una obligación que debe ejercerse de manera rápida, de allí que a principios del siglo XIX sea la guillotina uno de los medios más empleados para los condenados a muerte. Foucault, 2003. *Op cit*, p. 29.

Con la modernidad, el derecho penal no solo se vinculó a la decisión de los jueces, sino también a personas extrajurídicas que puedan certificar verdades o conocer aspectos de interés del derecho, como los psicólogos, psiquiatras, sociológicos, entre otros. Así lo describe Foucault:

desde que funciona el nuevo sistema penal —el definido por los grandes códigos de los siglos XVIII y XIX—, un proceso global ha conducido a los jueces a juzgar otra cosa que los delitos; han sido conducidos en sus sentencias a hacer otra cosa que juzgar; y el poder de juzgar ha sido transferido, por una parte, a otras instancias que los jueces de la infracción. La operación penal entera se ha cargado de elementos y de personajes extrajurídicos. Se dirá que no hay en ello nada extraordinario, que es propio del destino del derecho absorber poco a poco elementos que le son ajenos. Pero hay algo singular en la justicia penal moderna: que, si se carga tanto de elementos extrajurídicos, no es para poderlos calificar jurídicamente e integrarlos poco a poco al estricto poder de castigar; es, por lo contrario, para hacerlos funcionar en el interior de la operación penal como elementos no jurídicos; es para evitar que esta operación sea pura y simplemente un castigo legal; es para disculpar al juez de ser pura y simplemente el que castiga¹⁷.

El principio de legalidad de la justicia retributiva impera en Occidente, como ya se ha indicado supra, en el marco de las reformas implementadas para dar paso al sistema penal moderno desde el siglo XIX. La característica fundamental del proceso penal es la de atribuir la persecución penal al Estado. En el caso del ordenamiento jurídico del territorio de la República Argentina, dicha atribución está prevista en el artículo 71 del Código Penal. Esta oficialización de la persecución penal obliga al órgano predispuesto como titular de la acción penal a incitar la sustanciación de un proceso, con el objeto de llevar adelante la pretensión represiva del Estado.

El sistema de justicia penal argentino está basado en la justicia retributiva. Se trata de un sistema altamente estructurado y formal, que dependen fuertemente del encarcelamiento y de los poderes del Estado para mantener el orden social. En ese sentido, actualmente carece de un esquema que busque una solución efectiva al conflicto penal de una manera diferente a la represión y encarcelamiento. Esto ha supuesto un problema en cuanto al retardo de los procesos, el trato desigual, el desequilibrio el acceso y la oportunidad de respuestas a todos los ciudadanos. La situación se agrava cuando, en el marco de la visión punitivista, se proponen cuestiones como la baja de la edad de imputabilidad para castigar

¹⁷ *Ibid.*

delitos cometidos por menores. Este tipo de soluciones comprometen la eficacia real del sistema en la prevención de los delitos en un marco humanizador centrado en los Derechos Humanos.

La escuela moderna, como se indicó previamente, es esencialmente retribucionista en el sentido del “pago” del delito con el castigo, en este caso la prisión. Para esta lógica la eficacia de la pena tiene como fin último la prevención del delito, lo cual ha sostenido la idea de que a mayor severidad mayor disuasión de los delitos, situación que ha demostrado ser contraria a de la realidad.

En ese marco, es la privación de libertad, o la cárcel la vía que ha otorgado el sistema de justicia penal para reparar o resarcir los delitos. El surgimiento de la reclusión en cárceles se explica por diversos motivos o razones, siendo una de ellas el surgimiento de un Estado democrático que consagra los Derechos Humanos y las libertades en términos de igualdad, por lo que la vida, como derecho fundamental, ya no podía seguir siendo el costo del castigo. En ese sentido, este esquema enmarcado en el Derecho Penal moderno, se basó en un sentido más humanista respecto de los modelos anteriores de suplicios, dolor y ejecuciones públicas. La cárcel fue un método de castigo más respetuoso de la vida¹⁸. No obstante, como se sabe, las cárceles no siempre constituyen un esquema funcional y verdaderamente óptimo para resarcir daños ni tampoco suelen ser recintos para lograr la reinserción del victimario. A esto se agrega la capacidad discriminatoria de estos recintos respecto de los grupos vulnerables a caer en ellas, por lo general personas de estratos socioeconómicos bajos. Lo mismo ocurre con los recintos de reclusión para menores.

Estudios científicos han comprobado que por lo general las cárceles están colmadas de personas que presentan similares condiciones de vulnerabilidad. Se trata de sujetos en contextos de marginalidad, pobreza y desempleo. Además, son recintos donde con frecuencia existe el abuso de autoridad en la forma de detenciones arbitrarias, cateos ilegales e incluso torturas¹⁹. Se ha denunciado de manera reiterada el hecho de que, en países como Estados Unidos, la población carcelaria en su mayoría es afrodescendiente o hispana²⁰. Lo mismo puede decirse de la situación carcelaria en Argentina, cuyas prisiones están ocupadas

¹⁸ En muchos países de Occidente y del mundo existe la pena de muerte, pero el Estado se preserva la ejecución de la misma bajo protocolos estrictos. Respecto de las cárceles ver: Zamora, *op cit*, p. 64.

¹⁹ *Ibid*, p. 46.

²⁰ Neuman, E. *Mediación penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006, p. 26.

mayormente por personas de escasa formación educativa y bajo nivel socioeconómico²¹.

Como se comentó, el sostenimiento del sistema de justicia tradicional de persecución y condena, en su mayoría con prisión, ha incrementado la desigualdad en cuanto al sector poblacional y socioeconómico que en Latinoamérica y en Argentina pueblan las cárceles. A su vez, la crisis se agrava por el colapso de estos centros de reclusión. A propósito, conviene hacer algunas digresiones sobre el porqué la existencia de las penas y qué sentido tienen las mismas, es decir, qué principios o disposiciones intervienen en los sistemas de justicia para aplicar penas frente a la comisión de delitos.

En primer lugar, se ubican las teorías absolutas que están vinculadas por un lado con el retribucionismo y, por otro lado, con el modelo reparador. El primero se relaciona con el método tradicional de castigar a quien ha faltado, o como forma de expiación del delito o falta cometida. Esta teoría tiene raíces filosóficas idealistas vinculadas con las ideas de Hegel y Kant²².

Un aspecto de interés es que las teorías relativas no admiten el utilitarismo ni como medio para obtener determinados resultados que puedan ser beneficiosos para el sujeto de la pena, mientras, por otro lado, las teorías relativas sí son congruentes con el utilitarismo, puesto que se justifica la imposición de una pena como posibilidad de prevención de delitos o para lograr la reinserción del delincuente. Estas teorías relativas se subdividen en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial²³.

La teoría de la prevención general es también utilitarista, ya que proviene del

²¹ Bohoslavsky E y Casullo F. La cárcel de Neuquén y la política penitenciaria argentina en la primera mitad del siglo XX. *Nueva Doctrina Penal*, 2008, pp. 295-314.

²² “En principio existe un sentido kantiano de la retribución que, como se verá, se trata de una teoría extremadamente radicalizada de la defensa social y elaborada en forma deductiva, que no admite ninguna contaminación con datos empíricos. Cualquiera sea el juicio acerca de la misma, es innegable que se trata del mayor esfuerzo teórico del racionalismo acerca de la pena y su medida y que por ello se enmarca en el general contexto de la brillante construcción de Kant, sin que sea lícito extraerlo de ésta y mezclarlo con datos empíricos falsos o esgrimirlo cuando las restantes teorías no soportan una previa decisión arbitraria. Sólo en este contexto y hasta cierto punto en el hegeliano -es posible afirmar que se explica, porque es imposible de otro modo reintegrar el derecho violado por el agente o restablecer el orden jurídico perturbado por el crimen (...) Con frecuencia la idea retributiva se emplea en un sentido formalmente oscuro, pero políticamente menos irracional que otros: la retribución es el límite de la pena o su medida. En esta variante, la retribución no es una teoría de la pena, sino un criterio de límite o de cuantificación, que suele morigerar las consecuencias ilimitadas de cualquiera de las teorías de la pena. En general, suele ser enunciado como criterio cuantificador por los partidarios de la prevención general y como límite máximo por los de la prevención especial”. Zaffaroni, E; Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar, p. 72.

²³ Zaffaroni et al. *Ibid*.

relativismo. Acepta la idea de que la pena puede servir como beneficio o como mecanismo para lograr un propósito deseable no en el victimario, sino en la sociedad. Es decir, es la sociedad la que se ve beneficiada.

Por otro lado, de acuerdo con la concepción de la prevención especial, la pena tiene como fin ulterior generar una intimidación particular para prevenir la reincidencia de los delitos, además de resocializar al autor de la falta. Estas teorías especiales pueden ser negativas o positivas²⁴. La prevención general negativa tiene como fin la intimidación, a semejanza de las ejecuciones públicas que relata Foucault (2003) como forma de multiplicar en el colectivo las eventuales consecuencias de un acto determinado. Por su parte, la prevención general positiva, busca preservar la estabilidad del orden social al recobrar la confianza en el derecho, el cual se había violado a causa de la falta o delito²⁵.

Como forma de englobar ambas teorías están las posiciones mixtas, que combinan el modelo retributivo y el preventivo. Para los adeptos a la teoría mixta, la retribución, la prevención especial y la prevención general tienen fines simultáneos y persiguen configurar un sistema que recabe los efectos más positivos de los modelos o teorías abordadas²⁶.

De igual forma, el derecho penal en la actualidad se concibe como mecanismo de prevención de delitos más que como método de retribución de las penas. Ello se debe a que permite la existencia, es decir, la coexistencia que impide la guerra de todos contra todos²⁷. En ese marco, la funcionalidad del derecho penal se centra en la seguridad jurídica, que se vincula con la prevención y la resocialización. Esta ciencia ejerce una defensa de los bienes de carácter jurídico, pero al mismo tiempo también impone la coerción sobre los valores ético-morales violados con las faltas²⁸. Más adelante se señalará porqué en el derecho penal

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Esta propuesta tiene críticas. Al respecto podemos citar lo siguiente: De este modo, se considera que la pena tiene varias funciones, por lo general incompatibles. Esta simultaneidad (explicarla como retribución, pero también cumpliendo funciones preventivas generales o especiales) y alternatividad funcional (si no cumple una, cumple otra), llegó a las leyes y existen códigos que pretenden resolver el problema de legitimidad por la declaración de una agencia política (art. 25° del CP Boliviano: Tiene como fines la enmienda y la readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general \especial; art. 12 o del CP Colombiano de 1980: La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora). Se trata de tentativas de imponer, por decisión de agencias políticas, un cierre de debate para los intérpretes del derecho penal, ante la disolución de su discurso legitimante del poder punitivo. Más allá de la incoherencia teórica, lo grave son las consecuencias prácticas de estas tentativas combinatorias". *Ibid*, p. 71.

²⁷ *Ibid*, p. 43.

²⁸ *Ibid.*

de menores estos presupuestos se conciben de manera distinta.

2. Historia del control social-penal en Argentina

Hasta 1810 no puede indicarse que exista un derecho argentino ni tampoco un sistema de derecho penal, puesto que éste solo es posible con el advenimiento de la República. Con la separación de la corona española, el Estado argentino adoptó las teorías positivas vinculadas a las penas y afianzó su rol como estado policial²⁹. Desde la Independencia política hubo un intento por organizar la justicia relativa a la criminalidad, principalmente en Buenos Aires. Se trataba de ordenanzas heredadas del colonialismo, como el establecer régimen de leva, la relegación hacia la frontera o luchar contra el indio que cometía faltas³⁰.

El sistema penal argentino es tributario principalmente del sistema germano-romano, con las aportaciones francesas y anglosajonas, estas últimas principalmente de Estados Unidos. No obstante, en cuanto a sus fuentes, conviene indicar que los autores que más influencia tuvieron y siguen teniendo son de la escuela europea, primordialmente de España, Portugal e Italia³¹.

Posterior a la caída de Rosas y la aprobación de la Constitución de 1853 es que el Estado argentino establece las bases de su sistema político y económico liberal, afianzando con ello el poder de la élite agroexportadora. En ese marco, en 1863 se sanciona la ley 49, que constituye la primera planificación de criminalización orgánica, aunque relativa, a nivel nacional. Esta ley conformaba un listado de delitos federales, sin parte general³².

Fue en 1880 que se aprobó el primer Código Penal, propuesto por el legislador Carlos Tejedor. Este código tomó como modelo el Código de Baviera de Feuerbach de 1813, que existió un primer texto de carácter penal nacional, puesto que aun en algunas provincias todavía regían códigos de la época colonial. Posteriormente, durante el roquismo se aprobó

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 290.

³¹ *Ibid.*, p. 148.

³² *Ibid.*, p. 291.

en 1886 otro Código basado en el de Tejedor, que afianzó la criminalización primaria y el carácter policial del Estado, principalmente sobre la masa de población inmigrante, sobre la cual recayó en el siglo XX leyes de deportación y ejecución de penas.

La aprobación de leyes como la Ley de Residencia N° 4.144 de 1902, obedecían fundamentalmente al temor de las clases dominantes frente a la posibilidad latente de una revolución social, debido a la cantidad de revueltas obreras que por esos años sacudieron a Buenos Aires³³. Los ecos de la Revolución de Octubre de 1917 y de los estallidos obreros de Europa, hizo que la élite demandase una respuesta severa de parte del gobierno contra los inmigrantes adeptos al anarquismo y al socialismo, lo que efectivamente ocurrió y se afianzó posterior a la caída de Hipólito Irigoyen en 1930.

La Ley de Residencia tuvo un antecedente, como es el caso de la Ley Bermejo N° 3.335, que fue la primera en establecer deportaciones, así como condenas cortas a los inmigrantes. Puede decirse que fue en 1921 cuando el país tiene por primera vez un Código Penal con una dogmática verdaderamente jurídica y científica³⁴, si bien afianzó la persecución al delincuente y abrió camino al principio de la legalidad establecido en el Derecho Penal argentino actual.

Lo dicho hasta el momento indica que el derecho penal en Argentino, como en la mayoría de los países de la región, surgió solo para la defensa y el restablecimiento del orden social, pero no como modo de prevención del delito, ni para anticiparse al mismo, prevenirlo o en todo caso resolverlo³⁵. Este propósito se establece ulteriormente y obedece a la evolución del sistema de derecho penal moderno³⁶.

3. La justicia penal juvenil

³³ Fue un instrumento legal arbitrario, que tenía como fin controlar la protesta social y perseguir a los militantes anarquistas y socialistas, en su mayoría extranjeros oriundos de España e Italia. La ley facultaba al Poder Ejecutivo a expulsar extranjeros condenados o perseguidos por tribunales internacionales, así como ordenar la expulsión de extranjeros cuya conducta se consideraba comprometía la seguridad de la nación o perturbaba el orden público. También impedía la entrada de extranjeros al país por esos mismos motivos. Fue derogada el 1 de julio de 1958, durante el gobierno de Arturo Frondizi. Ver: Modolo, V. “La política de expulsión de extranjeros en Argentina. Continuidad o quiebre en la actual Ley de Migraciones”, en *Actas X Jornadas Argentinas de Estudios de Población*, Asociación de Estudios de Población de la Argentina, Catamarca, 2009.

³⁴ Zaffaroni et al, op cit, p. 294.

³⁵ Zamora, op cit., p. 63.

³⁶ *Ibid*, p. 46.

Ese mismo proceso fue propiciando una evolución en la consideración especial de la justicia y el derecho sobre la minoridad. En efecto, el Siglo de las Luces generó las condiciones para el control y disciplinamiento infantil. Es en el siglo XVIII cuando se comienzan a introducir ideas tendientes a controlar el orden vinculado con la infancia, con el propósito de poner fin a ciertas prácticas de abandono, infanticidio, entre otras. Esto incluyó la construcción de dispositivos de reclusión para menores³⁷.

En el siglo XIX el menor empieza a ser objeto de protección por parte del Estado y se cuestiona el hecho de que a los menores de edad se los aloje en recintos carcelarios junto con adultos, para la ejecución de las penas. En ese sentido, se sustrajo al menor del derecho penal de adultos y se creó una jurisdicción especializada³⁸. Esto implicó el proceso de involucramiento de otras ciencias o de elementos extrajurídicos, como lo refiere Foucault (2003), así como también ameritó el estudio de la justicia vinculada al menor o la Justicia Penal Juvenil. A continuación, Sánchez (s/f) lo explica:

Con el progreso de las distintas ciencias, como la psicología y la antropología se promovió el estudio de la minoridad, reconociéndosele características propias, que también justificaron, no solo una jurisdicción especial, sino también un procedimiento especial. Esta protección distinta, del menor delincuente se extendió al menor abandonado, al menor que por distintas razones estaba fuera del marco de contención familiar. Esto dio lugar a un original sistema de control a la minoridad, mezcla de prevención de la delincuencia y seguridad para la sociedad, tratando de sustituir a la pena por la medida de internación, con fines preventivos, educativos y correccionales, que alcanza hasta nuestros días³⁹.

En ese marco, la justicia que se enfoca en la delincuencia juvenil trata de aplicar

³⁷ Esto tiene relación con el modo de vida propiciado por el capitalismo y la Revolución Industrial, que generó modos de vida complejos, cuyos efectos de precarización social hicieron sucumbir de manera especial a los infantes. Se trató de un contexto que generó una infancia minorizada, cuya atención se centra en controlar bajo el supuesto de su peligrosidad. “Bajo un enfoque predominantemente utilitarista, esta infancia se convierte en una infancia ‘peligrosa’, una infancia abandonada, una niñez que se define en términos de ‘vagabundeo y exposición a perniciosos influjos que acabarán por introducirla en el mundo delictivo’”. Rivera, M. *Las adolescentes en el sistema penal. Cuando la invisibilización tiene género*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencia Política y Derecho Político, Doctorado en Derecho Público, Barcelona, 2014, p. 33.

³⁸ Sánchez, D. *De la justicia en lo penal de menores*, p. 1.

³⁹ *Ibid.*

métodos correctivos sobre sujetos que no han alcanzado aún la mayoría de edad, los dieciocho años por lo general, mayoría de edad penal, que no en todos los países coincide con la mayoría de edad política y civil⁴⁰.

La justificación del dispositivo de control penal juvenil o la Justicia Penal Juvenil fue creada bajo la visión liberal que confirió al Estado la tarea de aliviar las miserias de la vida humana y las formas no reguladas de la economía capitalista. Es decir, concibe el sistema penal juvenil bajo un supuesto enfoque “humanizador”. Bajo presupuestos de un movimiento conservador que promovía dogmas religiosos y valores morales de familia arraigados en la tradición, se crearon en el siglo XIX los sistemas de reformatorios, lugares de reclusión para adolescentes que incurrieran en faltas o delitos⁴¹. Este movimiento propició además la creación de tribunales de menores que investigaban y sancionaban el mal comportamiento de menores⁴².

Dicho movimiento traspasó las fronteras de Estados Unidos y llegó a Europa. En 1912 se instituyó en Francia el primer Tribunal de Menores; en España ocurrió lo mismo en 1918, mientras que en Italia esto se implantó en 1934. Este movimiento también llegó a los países de América Latina, en los cuales se arraigó con fuerza el modelo tutelar represivo, también llamado Paradigma Tutelar⁴³.

Debido a la condición especial que tienen los menores como personas en desarrollo, que carecen del pleno desarrollo psicológico, físico, intelectual y emocional, se concibió un tratamiento especial para los casos de delitos que involucran niños, niñas y adolescentes. A continuación, se explica esto:

En tanto que el autor adulto no es considerado por el derecho penal como un ser humano en inferioridad de condiciones, sino como un hombre igual que nosotros, que por ineludibles exigencias de la co-existencia es menester

⁴⁰ Parma refiere que “es considerado menor por nuestra legislación aquel grupo de niños, niñas y jóvenes que no han alcanzado la mayoría de edad (18 años). Son personas en desarrollo por lo que la ley supone que no tienen la absoluta capacidad para actuar con total discernimiento en sus actos de la vida cotidiana. Es un sujeto vulnerable y susceptible de un trato diferencial en sentido positivo y a su vez especial”. Parma, C. *Derecho penal de menores*, 2013, pp. 6-7.

⁴¹ Los reformatorios se crearon en Estados Unidos hacia la segunda mitad del siglo XIX como forma de disciplina y control hacia los adolescentes y adultos jóvenes. Se caracterizaban por una política de sentencia indeterminada, un sistema de calificaciones y persuasiones organizadas y bajo el supuesto de que los jóvenes allí recluidos se convirtiesen en ciudadanos útiles a la sociedad. *Ibid*, p. 37.

⁴² Este movimiento se conoció como White-anglosaxon-protestant (WASP). *Ibid*, p. 36.

⁴³ *Ibid*, 40.

resocializar para que no cometa nuevos delitos, al menor se lo considera un ser humano que está en inferioridad de condiciones en razón de que aún carece de suficiente desarrollo físico, intelectual y afectivo. En tanto que el desarrollado ha recibido -o al menos ha podido recibir- una influencia social, esto no pasa con el menor, que aún no es "señor de su espíritu. A partir de esta diferencia básica, el contenido de la legislación penal y de la legislación del menor se distingue nítidamente.

a). Un Estado de derecho como el nuestro, que reserva el juicio moral a Dios (art.19 constitucional), no puede tener nunca la pretensión de resocializar al autor adulto mediante la pena, más allá de lo necesario para ,que no cometa nuevos delitos y siempre que esta medida no lesione el sentimiento de seguridad jurídica. La resocialización no tiene por fin otra cosa que proveer a la seguridad jurídica tratando que el delincuente no cometa nuevos delitos, pero no imponiendo una imagen completa y acabada del hombre. Si una dictadura idealista, que se sienta segura de lo que el hombre "debe ser", porque se cree con un indubitado acceso a valores objetivos, puede manejarse con una imagen "completa y acabada" del hombre, con una imagen perfecta del mismo. De allí que los correccionalismos idealistas no hayan encontrado eco en los Estados de derecho, pero, sin embargo, ellos -o al menos sus métodos- hayan tenido resonancia en la legislación minoril. Esto se explica porque la legislación del menor provee a la seguridad jurídica -y refuerza también el sentimiento de seguridad jurídica- tutelando a aquellos seres humanos que se hallan en inferioridad de condiciones físicas y psíquicas a causa de su inmadurez. Así como la seguridad jurídica requiere que no se afecten bienes con conductas criminales, también exige que no se permita que los que aún son inmaduros afecten sus propios bienes con conductas cuyo alcance y significado pueda que no valoren acabadamente⁴⁴.

A partir de la noción anterior, los Estados se reservaron la tutela de menores en casos de delitos que involucraban a niños, niñas y adolescentes. Para continuar con estas digresiones indicaremos que un menor criminal o que ha cometido un delito, ha sido definido como "aquella persona que no posee la mayoría de edad penal y que comete un hecho que está castigado por las leyes"⁴⁵. En ese sentido, se ha establecido un perfil tipo del delincuente juvenil o de los menores que incurren en faltas tipificadas como delitos en el Código Penal. Por lo general, la doctrina acentúa sus características cognitivo-personales, entre las que se pueden enumerar: personalidad impulsiva, afán de protagonismo, abandono escolar, consumidor de drogas, baja autoestima, familia desestructurada, clase baja, falta de afectividad, agresivo, sin habilidades sociales, poco equilibrio emocional, inadaptado y

⁴⁴ Zaffaroni et al, pp. 221-222.

⁴⁵ Morant V, J. (s/f). *La delincuencia juvenil*.

frustrado⁴⁶.

Para la escuela clásica los menores debían ser objeto de tutela por parte del Estado, debido a su incapacidad, es decir, eran considerados “incapaces”. Esta teoría de la incapacidad se sostiene en la consideración del niño y la niña como inimputable y en la conformación de un complejo sistema de control y protección en que el infante es un sujeto pasivo de la intervención del Estado, dotado de mínimas garantías ante a un sistema judicial que investiga y resuelve sin contrapeso⁴⁷. No obstante, posteriormente hubo una transición hacia un nuevo modelo, en el que se pasó de la visión de los niños, niñas y adolescentes como objetos pasivos, a sujetos activos de pleno derecho, con capacidades y con los mismos derechos que todas las personas, lo que incluye los derechos en el plano civil, político, económico, social y cultural, con base a la condición de personas en pleno desarrollo. En los próximos apartados se explican ambos modelos.

3.1. El Paradigma tutelar

Debe indicarse que la palabra “menor” no está constituida solo por una categoría legal referida a un rango o situación etaria. Entre 1880 y 1920 comenzó a ser utilizada para referirse a los niños y jóvenes peligrosos o en peligro, abandonados, “vagos”, “huérfanos” y “delincuentes”, “usos que la constituyeron en la contracara y el complemento de la infancia normal”⁴⁸. El derecho penal de menores nació vinculado a un sistema de control y tutela de parte del Estado sobre el menor.

Fue así como al finalizar el XIX se inició el proceso de control socio penal de la infancia, desde donde se crearon Instituciones de corrección de menores, como el Patronato de la Infancia creado el año 1892. Estas contaban con atribuciones judiciales y extrajudiciales, para intervenir en aquellas situaciones de peligro para algún niño. Así comenzó la institucionalización como mecanismo de control social para la infancia y la

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Parma. *Op cit.*

⁴⁸ Gentile, M. y Zapiola, M. Cuando matan los más chicos. “Monstruos”, “salvajes” y “menores”. En Gayol, S. y Kessler, G. (edits). *Muerte, política y sociedad en la Argentina*. Buenos Aires, Edhasa, 2015, p. 135.

juventud.

Las reformas jurídicas del derecho de la infancia en América Latina se han sucedido en dos momentos. Primero, comprende la etapa de 1919- 1939, momento en que comenzó la construcción de lo que posteriormente sería un campo concreto en el derecho positivo contemporáneo, la noción específica del derecho de menores alcanzó rango jurídico al establecerse la justicia de menores. Fue así como el Estado argentino ejerció el patronato sobre los menores⁴⁹. Esta primera etapa vino a marcar a los niños y adolescentes como destinatarios de nuevas acciones estatales, condensadas en el control penal. Políticas orientadas por la doctrina de la situación irregular cuya concepción de “los menores” se fundamentó en la “incapacidad”, por lo que imperó la racionalidad tutelar, habilitando intervenciones tanto sobre quienes cometían delitos, como sobre aquellos cuyas condiciones materiales y de cuidado los colocaba en el terreno del abandono, el cual resultó bastante fértil para la proliferación de prácticas violatorias de derechos.

En ese sentido, en el tránsito del siglo XIX al XX, en la Argentina comenzaron a desarrollarse políticas públicas específicas para los menores de edad que se percibían amenazantes. Esto ocurrió debido a la visibilidad que adquirieron algunos casos de crímenes cometidos por menores, lo cual hizo que se definiera semánticamente el término legal de “minoridad delincuente”. Al igual que en la época actual, en el pasaje del periodo decimonónico a la centuria siguiente, se produjo una asociación social entre inseguridad urbana y delito juvenil⁵⁰. En ese sentido, fue Argentina el país pionero de América Latina en aprobar, en 1919, La Ley 10.903 de Patronato de Menores, también conocida como Ley Agote⁵¹. Esta ley creó el Tribunal de Menores, lo cual ocasionó la persecución de menores sobre la base de cuestiones como la mendicidad o la “vagancia” del menor, su frecuencia en sitios o lugares considerados inmorales, o que no habiendo cumplido los 18 años vendiese periódicos, publicaciones u objetos de cualquier clase en lugares públicos⁵².

⁴⁹ Sánchez. *Op cit*, p. 2.

⁵⁰ Los crímenes cometidos por Cayetano Santos Godino, de 16 años de edad, personaje que pasó a la historia como “el petiso orejudo”, fue uno de los casos que más repercusiones tuvo en la prensa a principios del siglo XX. *Ibid*.

⁵¹ El nombre se debe al apellido del diputado conservador que promovió la iniciativa. La ley causó violaciones a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes debido a la amplitud de conductas que habilitaban la intervención judicial. Rivera. *Op cit*, p. 43.

⁵² *Ibid*, p. 44.

Esta tendencia continuó así hasta la década del 40, cuando comenzó a socializarse e internacionalizarse el tema de los menores. En efecto, los asuntos vinculados a menores se trataban con frecuencia en congresos y encuentros vinculados al área de la salud; es decir, se hizo una medicalización de los problemas vinculados a la minoridad⁵³. Posteriormente, en los 60 vendría el auge de las teorías criminológicas norteamericanas, que favorecieron la aplicación de prácticas segregacionistas y de privación de derechos y garantías para los niños, niñas y adolescentes.

En la década del 60 al 70 del siglo XX, en el marco de la coyuntura de violencia política del momento, también se sucedió una recurrente asociación entre delincuencia y juventud, en conjunción con las ideas revolucionarias en auge, que para ese momento eran consideradas como una amenaza para el orden familiar y nacional⁵⁴.

Pero este paradigma tutelar comienza a ser cuestionado especialmente en los 80, cuando se hacen críticas doctrinales y constitucionales. Conviene destacar la crítica del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, hecha en 1985, en la cual se subrayó la falta de coherencia de la legislación tutelar de menores y el hecho de que se base en la “irregularidad social” o Situación Irregular, una dimensión anacrónica que sólo estaba dirigida a infantes de estratos socioeconómicos bajos o marginales⁵⁵.

El paradigma tutelar se asienta en la idea de separar al menor que delinque del adulto delincuente, en aras de suplir una función social o familiar que pueda permitir su desarrollo y madurez, para evitar a futuro la reincidencia de la persona. Seguidamente se explica la noción que se concibe dentro de este paradigma:

El derecho penal se conduce con una imagen que no necesita ser del todo precisa, que le basta con un hombre que no delinca. Esa imagen del “hombre que no delinque” rige también para el derecho ejecutivo penal. Pero la legislación del menor requiere una imagen más precisa, pues tiene la función de tutelar al menor hasta llevarle a la madurez. Aquí no se puede contentar con la imagen del “hombre maduro que no delinque”, sino que tiene que suplir la función que en la sociedad corresponde a la familia, lo que resulta

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ En este momento también tuvo amplia repercusión y visibilidad mediática el caso de Carlos Eduardo Robledo Puch, apodado por la prensa como “el ángel de la muerte”, un joven autor de asesinatos múltiples contra mujeres prostitutas y hombres, por lo general vigilantes de establecimientos, en los que también cometió robos. Ver: Silva, D. y Torre R, *Perfiles criminales. Ciudadela: Dossyuna Ediciones Argentinas, 2010*, p. 272; Gentile y Zapiola. *Op cit*, p. 141.

⁵⁵ Rivera. *Op cit*.

harto complejo, no sólo en cuanto a la forma -al todo, de suyo problemático-, sino, lo que es quizá más importante, en cuanto al objetivo mismo a alcanzar: ¿qué clase de hombre adulto, y maduro quiere el derecho? ¿Le basta con el “hombre que no delinque”? Seguramente que la respuesta negativa se impone y queda la problematicidad del contenido que la negativa abre. No es este el lugar para ensayar una respuesta, pero el planteamiento de la cuestión nos basta para probar que la legislación del menor sufre una problematización peculiar en sus medidas tu-telares, que la separa totalmente del derecho penal. La pena, que caracteriza e individualiza a la ley penal, nada tiene que ver con la “medida tutelar”, que ocupa a la ley del menor. Una sirve a la seguridad jurídica procurando que el hombre no vuelva a delinquir, la otra procurando el desarrollo del ser humano inmaduro. La una protege a los demás contra posibles acciones de sometidos, en tanto que la otra, si bien también los protege, fundamentalmente protege al sometido frente a sus propias acciones a las de terceros. Una procura un “hombre que no delinca”, en tanto la otra procura un “hombre maduro y desarrollado”⁵⁶.

3.2.El paradigma de protección integral

En la década de los 90 surge otra vertiente vinculada a la legislación penal de menores. Al imputarse un delito contra un menor de edad, el poder punitivo estatal debe considerarlo como un ser con derecho a la protección integral y con especial atención a la finalidad que se persigue de buscar el interés superior del menor⁵⁷. Este paradigma tomó auge con la Doctrina de Protección Integral de la Infancia, que vino a constituirse en el segundo momento fundacional del Derecho penal Juvenil.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) y las normativas que se desprenden de ella sentaron las bases y principios para la construcción de nuevos sistemas que vinculados con la niñez y la adolescencia. Desde entonces, se produjo una reconfiguración del modelo de atención basado en el paradigma de la Protección Integral de Derechos⁵⁸.

Desde hace algunos años y a partir de la visibilidad mediática de crímenes

⁵⁶ Zaffaroni et al. *Op cit*, p. 222.

⁵⁷ Parma. *Op cit*.

⁵⁸ Se refiere a una perspectiva desde donde el niño/a y adolescente es el centro de los derechos. Incorpora conceptos como Interés superior y centro de vida. Esta visión propone al niño, niña y adolescente como una persona en proceso de crecimiento, y no como un ser “incapaz” de acuerdo con la concepción del paradigma tutelar.

perpetrados por menores de edad, nuevamente tomó auge la disputa sobre la responsabilidad penal juvenil. Esta discusión también obedece al hecho de que no se han diseñado leyes específicas enmarcadas en la visión de la CIDN. Hasta ahora, la justicia penal juvenil en Argentina se regula por el Régimen Penal de la Minoridad establecido por las leyes 22.278 y 22.803.

Conviene referir que en el sistema penal argentino existen antecedentes vinculados con la modificación de los rangos etarios para establecer la imputabilidad penal. El proyecto de Tejedor presentó modificaciones al Código Penal en 1886 y en 1891, así como en el Código Penal de 1922. De igual forma, la ley N° 14.394 estableció que la edad mínima de imputabilidad era de 16 años, que luego fue modificada a 14 años con la Ley 21.338. Posteriormente, se volvió a nuevamente elevar a los 16 años con la reforma introducida por ley 22.803.

El Régimen Penal de Minoridad de Argentina establece las sanciones para los adolescentes que cometan faltas. La norma se refiere en concreto a la privación de libertad. Aunque no se determinan tiempos o plazos de aplicación o su relación con el tipo de delito cometido, sí se establece taxativamente que las personas menores de 16 años no son punibles. De igual forma, habilita la punibilidad relativa para quienes tengan edades comprendidas entre los 16 y los 18 años, así como la imputabilidad plena para las personas con edades comprendidas entre 18 y 21 años.

En ese orden, la legislación penal argentina aún acoge el paradigma “biológico” para determinar la imputabilidad. Se fijó una edad mínima por debajo de la cual se presume de pleno derecho la incapacidad de obrar. Se contempla que desde la concepción en el seno materno hasta la edad de 16 años el sujeto es considerado inimputable. Desde los 16 hasta los 18 años, se les aplica el régimen de minoridad penal, “por lo que no serán considerados punibles cuando cometan delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de 2 años; cuando han alcanzado ya la mayoría de edad (18 años) el régimen aplicable es el de los adultos”⁵⁹.

A su vez, el Código Penal tipifica, sin distinción etaria, los delitos y sus penas. A partir de este dato y en ausencia de un régimen de justicia penal juvenil consustanciado con

⁵⁹ Parma. *Op cit.*

el paradigma de Protección Integral, se puede establecer entonces que en Argentina el marco legal vigente faculta a la aplicación de similares penas tanto para adolescentes como para adultos. Esta situación que se agrava cuando por eventuales condiciones delictivas un niño o adolescente quedaría en situación de privación de libertad por el período de tratamiento tutelar, mientras que para un adulto no es aplicable esa pena.

En 2005 se llevó a cabo en la Argentina la adecuación normativa para la implementación de la normativa internacional mediante la ley 26.061. No obstante, algunas provincias, frente a la falta de vocación política para impulsar la reglamentación de la CIDN, decidieron actuar autónomamente, adaptando sus normativas locales de acuerdo con los lineamientos de los instrumentos internacionales y la doctrina de la Protección Integral⁶⁰.

Se puede establecer un contrapunto con el de Estados Unidos, cuyo país no suscribió la CIDN y donde cada estado regula el problema de los jóvenes infractores según sus propias leyes en función del federalismo existente en ese país. En ese sentido, la evolución del derecho penal juvenil en Estados Unidos se sustenta en el “*parens patriae*” o el Estado como padre, el cual legisla frente al menor delincuente aplicando una intervención de manera protectora frente a la inadecuada formación y protección familiar⁶¹.

Desde 1899 existió la primera corte penal juvenil en Estados Unidos y para 1925 la mayoría de los estados contaban con cortes que decidían frente a este tipo de casos. Desde fines del siglo XIX se impulsó un conjunto de reformas a la justicia de menores de ese país, en el marco del movimiento de “los salvadores del niño”, auspiciado por Anthony Platt. El propósito de este sector fue “poner a los niños fuera de la crueldad del sistema penal general”⁶².

Los “salvadores del niño” criticaban el sistema de retribución penal porque impedía

⁶⁰ En Mendoza se aprobó en 1995 la Ley 6.354; en Chubut en 1997 la Ley 4.347; en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1998 se aprobó la Ley 114. Posteriormente vinieron iniciativas legislativas similares en Salta, Tierra del Fuego, Misiones, Provincia de Buenos Aires y Neuquén.

⁶¹ Camargo R, L. V. *Sistema de responsabilidad penal de adolescentes (ley 1098 de 2006): un estudio comparado con Estados Unidos de Norteamérica*, 2015, p. 17. En línea. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2744/1/SISTEMA-DE-RESPONSABILIDAD-PENAL-DE-ADOLESCENTES-UN-ESTUDIO-COMPARADO-CON-ESTADOS-UNIDOS..pdf>

⁶² Belof, M. Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericano. García M, E. (ed.). *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires, Adhoc, p. 11.

la resocialización o rehabilitación de los jóvenes. Estos pretendían la creación de un régimen especial de control social para niños, excluyéndolos formalmente del derecho penal de adultos. Se trataba de un grupo que seguía una “nueva penalogía”, que convirtiese los reformatorios en escuelas de formación o residencias de acogida para los jóvenes que cometían faltas. Sin embargo, esta reforma no logró derogar la posibilidad de que los tribunales de menores derivaran menores a tribunales criminales de adultos, mediante el “waiving”⁶³.

En Estados Unidos se puede mencionar el caso del niño Gerald Gault, ocurrido en 1967, quien fue arrestado por realizar llamadas telefónicas obscenas a su vecina, sin la notificación de sus padres y sin la presencia de un abogado. El chico fue sometido a prisión por 6 años por “perturbar la paz”, sobre la base de que tenía antecedentes de haber robado la billetera de una señora junto a otro menor. Esto provocó que los progenitores del joven recurrieran a la Corte Suprema, la cual dictaminó que “una persona que no ha cumplido 18 años tiene los siguientes derechos procesales básicos: a ser informado de todos los cargos; a recibir consejo; a controlar la prueba; a no ser obligado a declarar contra sí mismo. La Corte Federal también dijo que el joven necesita asistencia legal para poder comprender sus problemas con la ley, para poder comprender más inteligentemente los hechos e insistió en la necesidad de un procedimiento llevado regularmente”⁶⁴.

En 1968 se aprobó la primera ley que regulaba la delincuencia juvenil, que estuvo vigente durante el lapso de 5 años, hasta que se implementó la ley “Ley de justicia federal y prevención de la delincuencia” o Federal Justice and Delinquency Prevention Act, que luego se convirtió en la ley pública N° 107-273, conocida como Delincuencia y Justicia Juvenil o *Juvenile Justice and Delinquency Act*⁶⁵.

La manera de juzgar los delitos contra menores ha tenido cambios continuos a lo largo del tiempo en Estados Unidos, en arreglo a las normas de cada estado. Además, cada legislación estatal tiene la potestad de decidir la edad en la cual se puede considerar penalmente responsable a un joven y por lo tanto ser llevado a juicio. Deben agregarse las

⁶³ Cortés M., J. A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la convención internacional de los derechos del niño: el desafío pendiente. *Justicia y derechos del niño*, 2007; 9, p. 145.

⁶⁴ Leonardi, M. C. El derecho de los/as niños/as a contar con un/a abogado/a propósito de la ley provincial 14.568. *Revista Niños, Menores e Infancia*, 2014; 9, p. 2.

⁶⁵ Camargo. *Op. cit.*

funciones discrecionales que tienen los agentes policiales, lo cual facilita a la policía tomar medidas que garanticen la seguridad y justicia mediante mecanismos alternativos de resolución de conflictos o faltas. Por el contrario, si el hecho punible lo amerita, el joven es llevado a una corte donde es procesado formalmente. En estos casos, el fiscal puede decidir de acuerdo con las pruebas o evidencias recabados, o solicitar continuar con el procedimiento penal en una corte criminal⁶⁶.

En Estados Unidos, desde los años 90, ante la comisión de delitos graves perpetrados por menores, se empezaron a aplicar castigos más severos. Existe la transferencia de jóvenes a cortes adultas, con lo cual, los jóvenes pueden ser juzgados como un adulto, considerando el hecho punible cometido. Además, un joven puede ser privado de libertad por orden judicial, puede ser llevado a un centro residencial e incluso se tiene conocimiento de jóvenes que han estado en cárceles militares por cortos lapsos de tiempo⁶⁷.

4. No punibilidad e inimputabilidad

Se hace preciso conceptualizar y diferenciar los términos “no punible” e “inimputable”, ya que comportan diferencias. En ese orden, la imputabilidad se define “como el conjunto de facultades mínimas que debe reunir un sujeto para ser considerado culpable por la comisión de un hecho típico y antijurídico”⁶⁸. El Código Penal de la Nación refiere que no son punibles:

El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que

⁶⁶ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁸ Rinaldoni, M. C. Imputabilidad penal. *In iure*, 2012; 2 (1), p. 115.

se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso⁶⁹.

En ese sentido, la no punibilidad tiene que ver con la incapacidad del sujeto para ser culpable por la autodeterminación que presenta. Por otra parte, la inimputabilidad se vincula con el grado de peligrosidad y por ende la capacidad de alterar el orden social, es decir, se refiere a los criminales natos o locos morales, en términos lombrosianos⁷⁰.

Es necesario aclarar que la culpabilidad exige capacidad psíquica de culpabilidad o imputabilidad, la cual se refiere a “la capacidad del actor para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecúe su conducta a esta comprensión⁷¹”. Al respecto, también se entiende por principio de culpabilidad:

el principio de culpabilidad requiere que la pena se aplique sólo al autor de un delito que haya podido comprender, por lo menos, la ilicitud de su comportamiento y haya podido comportarse de acuerdo con ésta, así como que haya obrado sabiendo qué acción realiza, o por lo menos, infringiendo los deberes de cuidado que le incumben⁷².

Entretanto, la inimputabilidad obedece a la incapacidad de comprensión de la antijuridicidad debido a una perturbación de la consciencia en sentido clínico, es decir, en el sentido de la consciencia lúcida y discriminatoria, lo cual hace que se elimine la exigibilidad jurídico-penal de esa comprensión⁷³.

Por caso, el trastorno antisocial de la personalidad es común en autores de delitos graves contra la vida. El sujeto con este trastorno se caracteriza por transgredir con facilidad las normas o reglas sociales y tienen una dificultad frecuente en el control de sus impulsos; por esta razón, no se adaptan a las normas sociales o legales⁷⁴. Por los rasgos de su personalidad, son personas inimputables, no comprenden la antijuridicidad de sus actos.

La psiquiatría explicó los patrones de conducta de los sujetos con trastorno antisocial de personalidad, como la ausencia de culpa o vergüenza por sus actos, incapacidad de aprender por experiencia, egocentrismo e incapacidad de amar, pobreza afectiva, pérdida específica de la intuición, irresponsabilidad en las relaciones interpersonales, vida sexual impersonal, trivial y poco integrada, incapacidad para seguir cualquier plan de vida y

⁶⁹ Código Penal, art. 34.

⁷⁰ Rinaldoni. *Op. cit.*, p. 116.

⁷¹ Zaffaroni et al. *Op. cit.*, p. 690.

⁷² Bacigalupo, E. *Derecho penal y Estado de derecho*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 111.

⁷³ *Ibid.*, p. 702.

⁷⁴ Bruno H, A. y Martínez P., G. *Op. cit.*, p. 52.

crueldad extrema, con sus semejantes y con animales⁷⁵.

De tal manera que, en el caso de las faltas de menores se trata de la imposibilidad de imputárseles delitos en cuanto a las normas o reglas de la legislación de adultos. Esto quedó por sentado en las Reglas de Beijing de 1985 y las Directrices de Riad de 1990. Estos se basan en factores biológicos y psicosociales, principalmente debido a la falta de madurez mental de los menores de 16 años, quienes son no punibles según la Ley N° 22.278⁷⁶.

5. Sistemas de imputabilidad en Argentina

De acuerdo con la doctrina, la culpabilidad o imputabilidad atiende diversos métodos, el biológico, el psicológico y el mixto. Respecto del primero, este se refiere a las causales necesarias y suficientes para estimar la capacidad de imputabilidad de un individuo. El sistema biológico indica que, basta la comprobación de anormalidad o enfermedad mental de una persona, por causas patológicas permanentes o transitorias, para sustentar su inimputabilidad⁷⁷.

La inimputabilidad por motivos biológicos abarca las demencias, los delirios crónicos, las epilepsias, alteraciones de carácter, la senilidad, entre otros motivos neuropsíquicos. Valga mencionar que estos postulados provienen del Código de Napoleón y se mantienen aún en diversos sistemas penales occidentales⁷⁸.

Por otro lado se encuentra el sistema basado en el método psicológico, donde no se consideran los problemas biológicos causantes de la anormalidad, sino las consecuencias psicológicas de los estados que la producen⁷⁹.

Asimismo, existe el método mixto, el cual atiende las bases biológicas como las consecuencias psicológicas de la inimputabilidad. Se trata de fórmulas biológicas-psicológicas o psiquiátrico-jurídicas. En Argentina el enfoque ha sido biológico o cronológico y esto proviene de una tradición que se remonta desde el Código de Baviera de

⁷⁵ *Ibid.*, p. 244.

⁷⁶ Rinaldoni. *Op. cit.*, p. 121.

⁷⁷ Donna, E. A. Capacidad de culpabilidad o imputabilidad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1998, p. 45.g

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 46-47.

1813, las Partidas españolas, hasta llegar a los sistemas penales hispanoamericanos, concretamente a México, Paraguay y Argentina⁸⁰.

Conviene mencionar que en la ley N° 22.278 del régimen de facto de la última dictadura militar argentina, contempló lo establecido en la ley anterior a ésta, la ley 14.394, en cuanto a la imputabilidad relativa a partir de los 14 años y hasta los 16 años, momento en el cual el sujeto tenía plena responsabilidad penal. Es decir, la norma extendió la posibilidad de no imposición de penas hasta los 18 años, mediante el tratamiento tutelar por parte del Estado.

No obstante, en 1983 se hace una nueva modificación al sistema de minoridad penal mediante la ley N° 22.803, con lo cual se regresa a los principios de la ley 14.394, a saber: no imputabilidad absoluta hasta los 16 años, y a partir de los 18 años tratamiento y procesamiento con miras al “perdón” en casos de delitos de acción privada o delitos con penas privativas de libertad que no excedan los 2 años. En ese orden, la edad mínima de responsabilidad penal actual según la norma es de 16 años y la edad máxima del régimen especial es de 18 años.

Valga mencionar que las edades mínima y máxima de responsabilización penal varían en función de cada Estado, de acuerdo con los convenios internacionales suscritos y en función de la sensación de inseguridad percibida en las sociedades y la percepción social de impunidad de las trasgresiones adolescentes. Con respecto a la edad máxima de actuación de la justicia juvenil las Directrices de Riad establecen la posibilidad de considerar la categoría de adulto joven, la cual fue tomada por Alemania, país que fijó en 21 años la edad máxima para ser considerado dentro del sistema de justicia juvenil⁸¹.

6. Principales corrientes teóricas sobre la imputabilidad de menores

Para la tradición del sistema penal argentino existe una presunción, no cuestionada sobre la base de la experiencia, la cual indica que, por debajo de los 16 años los menores no son punibles. Sin embargo, no se trata de desconocer que a cierta edad los jóvenes saben qué

⁸⁰ *Ibid.*, p. 47.

⁸¹ González L., C. Modelos de justicia penal juvenil en debate a inicios del siglo XXI. *Quaestio Iuris*, 2016; 9 (2), p. 657.

acciones resultan dañosas para sí y para otros, sino que, desde el punto de la prevención, se desaconseja que sean sometidos a procesos y eventuales penas que impliquen la privación de la libertad.

Como se indicó en el apartado anterior, la doctrina comporta los sistemas de imputabilidad sustentados en los presupuestos biológicos, psicológicos y mixtos. El ámbito de aplicación subjetivo en Argentina se ha adherido fundamentalmente a la concepción biológica o cronológica pura. Este criterio proviene desde el primer Código Penal de la nación de Carlos Tejedor, en el cual se establecía que el juez debía determinar, en casos concretos, si los jóvenes de 10 a 14 años, estaban capacitados para ser imputados⁸².

El mismo criterio persistió en los códigos de 1886, de 1821 y hasta el actual mediante la ley 22.278/22.803. En ese sentido, este sistema declara no responsable al menor de 16 años de edad, pero sigue sosteniendo un régimen tutelar en el cual el juez se reserva las sanciones o los medios de internación, ya que puede dictaminar una medida privativa de libertad a menores de 16 años. De tal manera que, para los menores de dicha edad persiste un régimen sancionatorio, que impone restricciones coercitivas y viola los derechos fundamentales, lo cual, no está en regla con las disposiciones internacionales emanadas en el marco de la CIDN⁸³.

En contraposición a la concepción biológica, existe otra propuesta que propone evaluar además de la edad, la prueba de la falta de madurez intelectual. Esta corriente teórica es conocida como sistema bio-psicológico. Esto implica que bajar la edad de imputabilidad a 14 años, no sólo implica un problema de “capacidad” para cometer delitos, sino que además supone una definición de política criminal. Esto obedece a que, al ampliar el poder punitivo del Estado para perseguir a los menores de 16 años, acarrearía graves efectos adversos a la problemática que se intenta resolver. En este punto corresponde señalar que indistintamente de los resultados que nos presente la realidad, el fin de la pena es indefectiblemente la resocialización como señala la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad en su artículo 1º, “procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto”.

⁸² Crivelli, A. E. *Derecho penal juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil*. Buenos Aires, BdeFP, 2014, p. 254.

⁸³ *Ibid.*, p. 340.

Una de las cuestiones que más inciden en separar los delitos de menores y brindarles un tratamiento particular se vincula con la responsabilidad o culpabilidad del menor con base a su imposibilidad de discernir con claridad frente a sus actos. Al respecto podemos referir qué se entiende por principio de culpabilidad:

el principio de culpabilidad requiere que la pena se aplique sólo al autor de un delito que haya podido comprender, por lo menos, la ilicitud de su comportamiento y haya podido comportarse de acuerdo con ésta, así como que haya obrado sabiendo qué acción realiza, o por lo menos, infringiendo los deberes de cuidado que le incumben⁸⁴.

En ese sentido, un menor de edad aún es una persona en desarrollo que no posee la suficiente madurez para obrar. Se entiende que una persona adulta tiene responsabilidad como libre y capaz de actuar conforme su voluntad con plena conciencia, salvo los casos excepcionales⁸⁵.

Sin embargo, existen teorías evolutivas que indican la edad a partir de la cual un individuo tiene plena conciencia para obrar. Se considera que el desarrollo psicosocial en la adolescencia presenta un patrón progresivo de 3 fases, llamadas adolescencia temprana (10 -14 años), media (14-15 a 16-17 años) y tardía (17-18 años en adelante)⁸⁶.

Desde el punto de vista intelectual, la mayoría de los seres humanos durante la primera etapa de la adolescencia todavía perciben el mundo a su alrededor en términos concretos y raras veces ven más allá del presente, por lo que es común su incapacidad para considerar las consecuencias que sus acciones a largo plazo. Asimismo, los cambios psicosociales en este momento se presentan con rupturas más o menos considerables, normales, obligadas y necesarias, con rasgos psíquicos personales y de impacto en su medio circundante, centrado básicamente en una especie de duelo que consiste en una sensación de haber perdido algo. Los cambios corporales y emocionales tienden a engendrar el egocentrismo en los jóvenes y comienza la lucha por la independencia. La pérdida de la condición de ser y sentirse niño y todo lo que implica la identidad infantil, crea un vacío emocional sin la presencia de un grupo de apoyo alternativo. Este vacío

⁸⁴ Bacigalupo, E. *Derecho penal y Estado de derecho*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 111.

⁸⁵ Personas adultas a quienes se les compruebe el estado de incapacidad psíquica. A su vez, el artículo 34 del Código Penal de la Nación establece los criterios para la imputabilidad.

⁸⁶ Academia Americana de Pediatras. *Etapas de la adolescencia*, 2015.

puede originar una disminución del rendimiento escolar o bien conductas delictivas o fuera de la norma⁸⁷.

No obstante, debe considerarse que cuando termina la adolescencia, si bien muchos jóvenes tienen una visión de su futuro y han logrado definir las capacidades para resolver problemas complejos, aún pueden llegar a actuar sin pensar y evidencias rasgos de estar preparándose para asumir responsabilidades⁸⁸.

En cuanto a la adolescencia media, esta etapa comprende una transformación en todos los campos de la existencia. La aparición de una nueva identidad corporal, la despedida de la infancia, el abrir el camino de la independencia, el asumir los retos que comienzan a forjarse desde los intereses, necesidades y capacidades personales. Se trata de la configuración de un ser renovado, que se prepara para la vida en todos los aspectos. De hecho, se considera que una de las características que más definiría psicológicamente el período de la adolescencia es la constante alternativa de retroceso y avance en su comportamiento afectivo, intelectual y relacional⁸⁹.

Siguiendo con la etapa de la adolescencia media, esta se presenta con conflictos de dependencia/independencia afectiva o emocional, lo que origina un predominio mayor a los conflictos con la familia y al mismo tiempo menos interés por los padres en contraposición al tiempo que les dedican a los amigos. En este sentido, tanto en el contexto familiar, como con el entorno, hay una transgresión de lo normativizado. En este momento, los grupos de amigos llegan a ser lo más importante. De hecho, se produce una formación de grupos, con lo cual los jóvenes comprueban su propia imagen interna⁹⁰.

Estas relaciones de amigos permiten que se afiancen más los nexos con los grupos, con lo cual comparten y se integran en subculturas y se aproximan a eventos como los experimentos y contactos sexuales. Asimismo, se promueve la integración en clubs, deportes de equipo, pandillas y otros grupos, todo lo cual impulsa el desarrollo de la identidad y por ende, una mayor separación de las familias. Cabe precisar que en la adolescencia media (15-16 años), si bien se incrementa el razonamiento, las teorías

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

refieren que persiste el pensamiento mágico infantil y la dificultad para prever o anticiparse a las situaciones de riesgo.

Es en la adolescencia tardía (17-18 años en adelante) es cuando se define la lucha entre identidad e independencia. Si las etapas anteriores transcurrieron de forma más o menos armónica, con el soporte adecuado de la familia y grupo de amigos, el adolescente se encuentra en buen camino para el manejo de las tareas y la asunción de responsabilidades de la adultez. Esta etapa tiene como característica principal la preparación para funciones del adulto, la definición de la vocación de forma realista y el establecimiento de los valores personales⁹¹.

La adolescencia tardía significa un momento de la evolución del propio “Yo” y es el tiempo de la maduración del desarrollo cognitivo y de una conciencia racional y realista. Aquí se definen los papeles funcionales, se amplía el sentido de perspectiva con capacidades para demorar, comprometerse y establecer límites, planificar el futuro y poder anticiparse y prevenir frente al riesgo, así como reconocer las consecuencias de sus acciones⁹². En ese sentido, puede decirse que desde los 16 años un joven puede tener el raciocinio y la capacidad para comprender sus acciones y por ende ser responsable penalmente frente a una falta.

Sin embargo, la teoría vinculada con este tema señala que no todos los sujetos comienzan y terminan la adolescencia mostrando las mismas conductas. Incluso, durante gran parte de su adolescencia, un joven puede ir más allá en algunas áreas del desarrollo que en otras. Hay casos en los que demuestran mucha más edad de la que tienen; puede tener actuaciones correspondientes a la de un niño. De hecho, es hasta el final de la adolescencia que el desarrollo intelectual, emocional y social empieza a alcanzar al desarrollo físico, en su plenitud⁹³.

A propósito de la responsabilidad penal y la culpa del dolo también pueden agregarse las siguientes nociones: “La acción del autor es consecuencia de una actitud moralmente reprochable y socialmente insoportable. El autor es consciente de la antijuricidad de su acción”⁹⁴. De hecho, este autor manifiesta que una de las teorías del dolo postula que “sólo

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Roxin, C. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1979, p. 179

debe aceptarse el dolo cuando el autor supo de la prohibición de su comportamiento”⁹⁵. No obstante, no es este el único presupuesto que instala la responsabilidad o culpabilidad del autor, puesto que:

El dolo depende también de la conciencia de la antijuricidad, pero no se apoya en la conciencia de la antijuricidad formal, sino que exige del autor únicamente la conciencia de la antijuricidad material, es decir, de la dañosidad social de su acción⁹⁶.

Además de las teorías del dolo están las teorías de la culpa, que conciben la responsabilidad penal con base en el reproche que puede hacerse al autor sobre su falta. En todos estos casos los menores están imposibilitados de discernir adecuadamente y por ende de tener culpabilidad o responsabilidad penal.

La reforma Constitucional de 1994 incorporó diversos tratados de Derechos Humanos⁹⁷, entre los cuales se encuentra Convención Americana de los Derechos Humanos, que expresamente dice en su art. 5.6: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Asimismo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 10 inc. 3º, refiere que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Asimismo, en lo que respecta puntualmente a los menores, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), establece que todo niño que infrinja la ley penal tiene derecho a la reintegración⁹⁸.

En el mismo sentido, la Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia es enfática al señalar que el comienzo de la edad de la imputabilidad no debe fijarse a edades demasiado tempranas⁹⁹. Dicho esto, queda claro que el sistema penal de la

⁹⁵ *Ibid*, p. 180.

⁹⁶ *Ibid*, p. 186.

⁹⁷ La Constitución Nacional expresa que corresponde al Congreso legislar sobre: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra las Torturas y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)”. CN, art. 75, inc. 22.

⁹⁸ CDN, art. 40.1.

⁹⁹ Cuando se alude a Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia, se hace referencia

minoridad debe evitar la exposición de la persona menor de 18 años, bajar la edad de imputabilidad traería el efecto contrario, en consecuencia, sería inconstitucional.

A partir de la firma y ratificación de la CDN en 1990, el Estado argentino se comprometió en impulsar un proceso de cambio al paradigma jurídico en materia de niñez y adolescencia, que implicaba pasar de la tutela del patronato al paradigma de Protección Integral de derechos. La reforma a la Constitución Nacional de 1994 vino a ser el primer paso para incorporar la perspectiva de Derechos Humanos de los distintos tratados internacionales de los que es parte la República Argentina.

No obstante, sostiene el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) que el Régimen Penal de Minoridad vigente en Argentina, aún resulta incompatible con la CIDN, así como también con la Ley 26.061 de Protección Integral, ya que establece que los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) no son punibles hasta los 16 años pero, en cambio, consiente que la tutela de los jueces, puede incluir la separación del núcleo familiar, si se encontrare a los niños en “peligro material o moral”. En ese sentido, queda a criterio del juez establecer qué se considera peligro moral. Además, “el régimen de minoridad admite aplicar a los adolescentes de 16 y 17 años las mismas penas que los adultos y no se establecen plazos determinados ni relación con los delitos cometidos para las penas aplicables a los adolescentes”¹⁰⁰.

Lo cierto y concreto es que en el marco de la delincuencia juvenil orbitan reacciones sociales formales e informales que involucran desde el lenguaje institucional, las perspectivas de intervención y los dispositivos de privación de la libertad, hasta la opinión pública y la acción de los medios de comunicación en el tratamiento de la problemática. En términos estrictamente pragmáticos, se puede confirmar que la baja de la edad de la imputabilidad no produce ninguna consecuencia real en el sentido de aumento de la seguridad ciudadana y provocando efectos contraproducentes en una entrada más precoz de los jóvenes en los circuitos de la criminalidad adulta.

Por su parte, Mercurio (2011) incorpora en la discusión el proceso madurativo del sujeto como elemento esencial para la determinación de la responsabilidad penal. En tal

al siguiente conjunto de reglas: a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño, b) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), c) Reglas de Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad (Reglas de Ryad) y d) Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

¹⁰⁰ UNICEF, 2016, p. 144.

sentido sostiene, basado en estudios con población adolescente, que “la madurez psicosocial no se encuentra completa hasta los 19 años. Los adolescentes mostraron dificultad para realizar análisis a largo plazo, poder ponerse en el lugar de otros y dificultad para controlar sus impulsos agresivos”¹⁰¹.

En consonancia, con este criterio la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se pronunció en el año 2005, en el fallo Maldonado D.E y otros por robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado. Esta constituyó una inédita jurisprudencia que vino a demarcar la concepción doctrinaria en materia penal juvenil, al señalar:

Sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el (sic) esfera emocional.

(...)

Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto¹⁰².

De igual forma, Beloff (s/f) también se refiere a la responsabilidad penal juvenil afirmando que, por un lado, tiene que ver estrictamente con la respuesta estatal y cómo esta se organiza frente a los actos delictivos cometidos por adolescentes y, por otra parte, que:

¹⁰¹ Mercurio, E. Hacia un régimen penal juvenil Fundamentos neurocientíficos. En *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*. Defensoría General de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2011.

¹⁰² La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Mendoza y otros vs Argentina por Prisión y Reclusión perpetua de adolescentes”, en 2013, condenó al Estado argentino por el incumplimiento de la normativa cónsona con el paradigma de Protección Integral. En tal sentido dejó sentado que Argentina incurrió en arbitrariedades en las sanciones penales determinadas contra los jóvenes: César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal, Ricardo David Videla Fernández y Claudio David Núñez. Específicamente “violó el derecho reconocido en el artículo 7.3 de la Convención Americana en lo relacionado con los artículos 19 y 1.1 de dicho instrumento al imponerles como sanciones penales la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, por la comisión de delitos siendo niños”. CIDH. Mendoza y otros vs Argentina por Prisión y Reclusión perpetua de adolescentes, 2013.

“se conforma como un criterio que se construye cotidianamente y su punto de partida involucra la noción de sujeto”¹⁰³. Esto configuró un acercamiento a la idea de ciudadanía y la relación de responsabilidad en el marco de los deberes que esta condición impone, especialmente respecto de los delitos que se cometen.

Los sistemas de responsabilidad penal juvenil sólo existen en América latina, enmarcados en los lineamientos de los sistemas integrales de protección, los cuales se basan en tres fundamentos: filosófico, legal y criminológico. El fundamento filosófico, en el marco del Sistema Integral de Protección, conforme al modelo garantista, es el derecho penal mínimo y derecho social máximo. El fundamento legal viene dado por las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, que se establece de la siguiente manera:

Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás¹⁰⁴.

El tercer fundamento es el criminológico. Corresponde al campo de los instrumentos internacionales, principalmente, las Directrices de Riad. Esencialmente lo dispuesto en la directriz 5.b, e y f, que establece que la política y las medidas de prevención de la delincuencia juvenil deberán incluir:

- La formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones.
- La finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien.
- El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajusta a los valores y normas generales de la sociedad es con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tiende a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta.
- La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincente’ a menudo contribuye a que los jóvenes

¹⁰³ Belloff, M. (s/f). 2004

¹⁰⁴ ONU. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, art. 5.

desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

En investigaciones recientes propone Beloff (2016) que existe en América Latina un consenso sobre la respuesta del Estado frente a los delitos, que no es la más adecuada. Explica que no existe respuesta desde las, en apariencia, distintas posiciones teórico/ideológicas porque tanto en la académica jurídica como en el ámbito de las políticas públicas se ha perdido la relevancia de la respuesta que tiene el Estado ante los delitos cometidos por los menores: “no es lo mismo cambiar un régimen para castigar más severamente a los jóvenes (...) que transformarlo para reducir el número de personas menores de edad que se involucran en actividades criminales”¹⁰⁵.

De manera que, indistintamente de las inspiraciones, explícitamente represoras o aparentemente garantistas, si la reforma legal penal enfoca la baja de la edad de imputabilidad como núcleo de su razón de ser, se estaría construyendo un camino de solución ilusoria a problemas como la inseguridad, dado que “agrava los problemas ya existentes y generaría nuevos trastornos sociales”¹⁰⁶.

Por su parte, conviene retrotraer el argumento de Cesaroni (2014), quien expone los motivos para no bajar la edad de imputabilidad. La autora refiere que implicaría una regresividad¹⁰⁷. Se enfoca en el “castigo como objetivo”: lo que se evidencia es que la agenda legislativa o mediática se activan, casi siempre, como consecuencia de algún suceso en el que está involucrado algún adolescente; es un argumento falaz que sea la única forma brindar garantía a los jóvenes de 14 y 15 años¹⁰⁸. Se trata de cumplir las leyes existentes, no crear más leyes. La ley 26.061 y los tratados internacionales específicos en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes indican expresamente el conjunto de derechos que cada Estado debe asegurar a este universo poblacional, no obstante, el sistema y los jueces, no controlan que efectivamente se cumplan¹⁰⁹.

¹⁰⁵ En ambos casos la Doctrina de Naciones Unidas para la Protección Integral señala que los Estados contratantes se comprometen a no bajar los límites de edad de imputabilidad y a desarrollar estrategias de prevención. Beloff (s/f), *Op cit*, p. 1-3.

¹⁰⁶ *Ibid*.

¹⁰⁷ El derecho Internacional relativo a los Derechos Humanos exige que no haya regresividad en los derechos consagrados, sino que invita a los Estado a la progresividad en la consolidación de derechos mediante la creación de mejores mecanismos para efectivizarlos.

¹⁰⁸ Las garantías, en tanto derechos Constitucionales, corresponden a todas las personas indistintamente de su edad.

¹⁰⁹ Se trata de derechos esenciales para la vida digna como el acceso a la educación, a la salud, a la adecuada alimentación, al hábitat y ambiente sano, a la recreación, a vivir en familia, a desarrollarse para el pleno acceso a las oportunidades de futuro. Todos de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Niño y la CDN.

Aunado a esto, se está en un sistema penal discriminatorio, selectivo y estigmatizante¹¹⁰. Es decir, sus esfuerzos persecutorios no son para todos por igual, si no que se enfoca en aquellos cuyas condiciones estructurales de vida les hace más vulnerables¹¹¹. Otros estudiosos rechazan el paradigma represivo y persecutorio contra menores de parte del Estado sobre la base de las recurrentes prácticas de maltrato y abuso de parte de los cuerpos policiales en la detención y en la reclusión¹¹².

Es preciso insistir en que la judicialización de las fallas o actos delictivos por parte del sistema penal juvenil hacia menores es más recurrente en contextos marginales, es decir, en sectores sociales empobrecidos, migrantes y pertenecientes a minorías étnicas. Los comportamientos delictivos se suelen asociar con adolescentes varones en contextos de marginalidad. Estos sujetos suelen padecer por abuso de drogas o uso problemático de sustancias.

A propósito de lo dicho anteriormente, el estudio de Pérez-Luco, Lagos y Báez (2012) analiza las trayectorias delictivas y su vinculación con el consumo problemático de sustancias en el sur de Chile. El método consistió en abordar una muestra de 239 varones adolescentes sancionados por infracciones a la Ley Penal Adolescente durante el año 2011. Se utilizaron instrumentos para medir los factores objeto de estudios, la Escala de

¹¹⁰ Los efectos del encierro en una institución penal dejan huellas tanto para la vida pública, por el estigma que el propio sistema ha construido, como en el mundo personal e íntimo del sujeto, las cuales pueden ser aún más dolorosas en niños y adolescentes.

¹¹¹ Al respecto puede referirse el caso de Estados Unidos, cuyo país mantiene vigente en sus 29 estados las penas para menores. En esta nación las estadísticas contabilizan, entre los 2500 menores privadas de libertad, 79 casos de condena a cadena perpetua hacia niños menores de 14 años, sin la posibilidad de excarcelación. Casi dos tercios de todos los menores privados de libertad son jóvenes de color y 175 son niñas, algunos de los cuales llevan más de media vida encerrados. En 2005 la Corte Suprema de EEUU, el más alto tribunal del país, abolió la pena de muerte para este colectivo y en 2010 declaró inconstitucional la condena perpetua para menores. No obstante, aún muchos estados siguen aplicando penas perpetuas para niños, niñas y jóvenes. López, C. EEUU tiene a 79 niños con menos de 14 años condenados a cadena perpetua. Teinteresa.es. (18-12-2012). Recuperado de: http://www.teinteresa.es/mundo/Cristian_Fernandez-cadena_perpetua-menores_0_776324238.html

¹¹² Merece hacer el comentario sobre el estudio de Bernal y Estrada (2012) en torno al maltrato policial en las detenciones y encarcelamientos llevados a cabo por los carabineros en Chile. Las autoras indican que ese país ha sido cuestionado ante el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños por este tipo de prácticas que violan la CDN. “En lo referido a la policía, la práctica más evidentemente contraria a los derechos de los adolescentes es el maltrato a menores de edad por funcionarios policiales, acción que en ocasiones se intensifica llegando a la tortura. Menos impactantes, aunque igualmente vulneradoras de derechos, son las causales amplísimas que habilitan la detención de un niño, el insuficiente control sobre esa actuación policial y el prontuario que estas detenciones van creando. Menos conocidas aún, son las firmas que estampan los menores de edad en declaraciones que no les han sido leídas o el incumplimiento en la lectura de los derechos del detenido o el trato indiferenciado entre el niño imputado de un delito y aquel vulnerado en sus derechos”. Bernal, M. y Estrada, Tortura, derechos humanos y justicia criminal en Chile. En *Adolescentes y Niños: Policías y Centros de Privación de Libertad*. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, p. 3.

Delincuencia Autorrevelada (EDA), el Inventario de Riesgos y Necesidades Criminogénicas (IRNC), la Ficha de Evaluación de Riesgos y Recursos (FER-R) y la Guía para la Detección del Consumo Problemático de Alcohol y Drogas en Adolescentes (DEP-ADO). Los resultados de este estudio mostraron la edad de inicio delictivo a los 8 años de edad, observándose además una concurrencia del compromiso delictivo con el consumo problemático de drogas. Asimismo, se tipificaron procesos evolutivos diferenciables en función de la conjunción de variables psicológicas, comportamiento y contextos de riesgo.

Asimismo, el estudio anterior señaló una relación entre la marihuana y los trastornos graves de la adolescencia pues su uso duplica el riesgo de tener problemas con la policía, incrementa el riesgo de agresión y victimización sexual¹¹³.

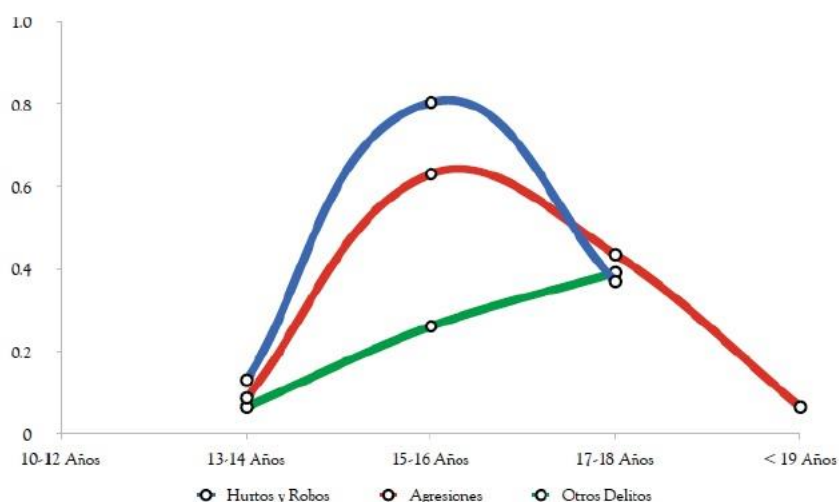


Gráfico 1. Evolución de delitos en delincuencia propia de adolescentes.
Fuente: Pérez-Luco, Lagos y Báez (2012).

¹¹³ Hay una discusión en la literatura vinculada con la imputabilidad en el caso de toxicómanos. Los consumidores crónicos de sustancias como cocaína, cursan alteraciones cognitivas, emocionales, en el autocontrol, control inhibitorio, en la toma de decisiones, entre otras, que llevan a un deterioro severo de las diversas áreas donde se desenvuelven. El abuso de sustancias y delitos tiene una fuerte asociación, pero si bien los especialistas han determinado la pérdida de la capacidad de discernimiento, temporal o permanente, en los adictos a sustancias, esto no es suficiente para determinar su imputabilidad. “El problema de la imputabilidad es mucho más complejo que la verificación de un estado psiquiátrico, ya que se trata de verificar si dicho estado satisface o no la medida de las exigencias normativo-valorativas que afirman que el hecho fue realizado por una persona susceptible de ser objeto de reproche personal ético jurídico”. Mercurio, E. Consumo crónico de sustancias psicoactivas e inimputabilidad. *Skopein. La justicia en manos de la ciencia*, n° 2, 2014, p. 55.

7. Proyectos de reforma del régimen de minoridad penal en Argentina

Los proyectos de reforma del régimen de minoridad que se han conocido a nivel nacional pueden ser clasificados de reformistas e innovadores¹¹⁴. Los reformistas se enfocan esencialmente en bajar la edad de imputabilidad penal manteniendo las características generales del régimen penal de minoridad actual. Entretanto, los innovadores aspiraban cambios profundos, en consonancia con el paradigma de Protección Integral, según el cual los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, sin que esto obste en el reconocimiento de las responsabilidades, impulsando la construcción de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

En Argentina se han presentado un significativo número de proyectos para reformar el actual régimen penal de minoridad. El tema resurge en Argentina con relativa frecuencia, cada vez que ocurren casos graves de delitos perpetrados por menores de edad. Uno de estos delitos emblemáticos fue el de Axel Blumberg, en 2004, quien fue víctima de un secuestro extorsivo seguido de homicidio por parte de un menor de edad. También se puede mencionar el caso de Daniel Capristo, quien falleció a causa de una lesión recibida por parte de un menor de 15 años de edad¹¹⁵.

Seguidamente se presentan algunos proyectos desde el año 2006 hasta años más recientes¹¹⁶, sobre los cuales se realiza un cuadro comparativo con el ámbito de aplicación y las consecuencias jurídicas, incluyendo los alcances y límites de las medidas que implican privación de libertad.

¹¹⁴ Guemureman, S. (2014) Responsabilizar o punir. El debate legislativo en materia de niñez, adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal en Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales, N° 18-19, abril. Recuperado de: <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/DelitoYSociedad/article/view/5396/>

¹¹⁵ Crivelli. *Op cit*, p. 338.

¹¹⁶ Excedería los límites de este trabajo exponer todos los proyectos que se han tratado en el Honorable Congreso de la Nación. Solo en 2007 estaban siendo tratados 16 proyectos, si bien muchos tenían coincidencias en cuanto a que el régimen de minoridad se establece para menores de 18 años y mayores de 14. A partir de 2009, con nuevos casos de delitos graves cometidos por menores, las propuestas se hicieron más punitivas y en algunos se propuso el régimen de menores a partir de los 12 años. Denise F., K. J. *¿Qué está sucediendo con los proyectos de responsabilidad penal juvenil? Un cambio que se aletarga en el Congreso de la Nación*. Ponencia presentada en las VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007.

Proyectos	Ámbito de aplicación	Consecuencias jurídicas (alternativas)	Consecuencias jurídicas (privación de libertad)
S-391/2006 IBARRA	14-15 años: delitos con pena mínima de más de 3 años. 16-17 años: delitos con pena mínima más de dos años.	-Advertencia con apercibimiento. -Disculpas personales ante la víctima. -Reparación del daño. -Servicios a la comunidad. -Tratamiento médico o psicológico. - Inhabilitación.	-Fin de semana (máximo 1 año). -Domiciliaria (máximo 2 años). -Centro especializado (para 14-15: años durante máximo 2 años y para dolosos c/la vida. 16-17: máximo 5 años y para dolosos contra la vida e integridad sexual).
S-995/2006 ESCUADERO	14-15 años (delitos con pena máxima de 3 años). 16-17 años (delitos con pena mínima de 2 años).	-Advertencia con apercibimiento. -Disculpas personales ante la víctima. -Reparación del daño. -Servicios a la comunidad. -Tratamiento médico o psicológico. - Inhabilitación.	-Fin de semana o semana tiempo libre (máximo 1 ½ año). -Domiciliaria (máximo 1 ½ año). -Centro especializado (para 14-15: años máximo 3 años y para dolosos c/la vida. 16-17: máximo 5 años y para dolosos contra la vida e integridad sexual).
S-1727/2006 PERCEVAL	14-18 años.	-Reparación del daño. -Servicios a la comunidad. -Órdenes de orientación y supervisión. -Libertad asistida.	Fin de semana o semana tiempo libre -Domiciliaria. Centro especializado (para 14-15: años máximos 3 años. De 16-17: máximo 5 años).
D- 6527/2008 SOLANAS	16-18 años.	- Pérdida de la patria potestad para padres o tutores.	
D-1783/2009	12-18 años.	-Reparación del daño. -Servicios a la comunidad.	-Domiciliaria. -Centros para

VELARDE		-Inhabilitación.	menores de 18 años de edad.
D-7523-2018	16-18 años.	-Amonestación. -Servicios comunitarios (hasta dos (2) años). - Inhabilitación para conducir, hasta tres (3) años. -Reparación a la víctima por decisión judicial, hasta seis (6) meses.	-Restricción de libertad en centro de fin de semana hasta tres (3) años. -Restricción de libertad en centro abierto, hasta 3 años. -Privación de libertad en centro cerrado, hasta seis (6) años en caso de sanción por un solo delito; hasta ocho (8) años en caso de concurso real de delitos; hasta diez (10) años en aquellos casos en que el delito esté sancionado en el Código Penal con pena de prisión o reclusión perpetua.
INLEG-2019-12639021	15-18 años.	-Asesoramiento y supervisión con equipo interdisciplinario. -Asistencia a programas educativos, de formación ciudadana, capacitación laboral, programas recreativos, por un máximo de 3 años. -Amonestación -Inhabilitación para conducir. -Resarcimiento del daño a la víctima. -Abstención a concurrir a ciertos lugares o acercarse a determinadas personas. -Prestación de servicios comunitarios.	-Privación domiciliaria. -Fin de semana. -Privación de la libertad en centro abierto. -Privación de la libertad en centro especializado de detención. -Las sanciones de privación tienen un plazo máximo de 15 años.

Tabla 1. Cuadro comparativo de proyectos de ley de modificación del régimen de minoridad penal argentino desde 2006 hasta la actualidad. Elaborado a partir de: Crivelli (2014) y Denise (2007).

Como se puede evidenciar, se han presentado desde el año 2006 en adelante propuestas tanto reformistas como novedosas. Las primeras tienen que ver con la mera modificación de la edad de imputabilidad, mientras las más novedosas promueven programas de asistencia, supervisión y capacitación, como fue el proyecto del año 2018 que contemplaba las medidas alternativas a la privación de libertad y un régimen ajustado a lo que estipula la CIDN. También se puede mencionar el último proyecto propuesto en 2019, auspiciado por la ex ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, y por el ex ministro de Justicia, Germán Garavano. Este proyecto contempla propuestas de intervención mediante programas y sanciones severas para los delitos graves, como homicidios y delitos contra la integridad de las personas, que abarcan penas privativas de libertad de hasta 15 años para adolescentes de 15 a 18 años de edad.

La restitución de derechos aparece como un objetivo compartido en muchos de los proyectos innovadores. Es decir, asistir a la escuela, mantener un control de salud, formarse en algún oficio, lo cual, evidencia una clara definición política de respeto y garantía de derechos. No obstante, la observación que se plantea sobre estos proyectos es que se estarían solapando en forma de penas hacia los jóvenes infractores aquellos derechos a los que debieron tener acceso sin necesidad de entrar en conflicto con la ley.

Respecto a lo que se ha expuesto, resulta pertinente destacar la afirmación de UNICEF (2016) en la que sostiene que, en parte de la opinión pública se mantiene la idea de que “las leyes disuaden cuando prometen sanciones graves”, instalando mediante este razonamiento un fuerte prejuicio respecto de las garantías procesales, esto es, en la medida en que se atenúan esas sanciones, se induce, entonces a cometer delitos.

De este modo, el debate en la opinión pública, al que no es ajeno el ámbito jurídico/político; ha sido cooptado por una forma falaz de argumentación según la cual “si las garantías procesales inducen al delito, quien está más protegido debería tener mayor propensión a delinquir que el resto de la gente”. Si bien el razonamiento es equívoco y su consecuencia alejada de todos los datos empíricos que se disponen, lo cierto es que cuenta con importante centralidad en el debate público. El efecto de esta tergiversación se evidencia en el aplazamiento de la reforma del régimen penal juvenil en toda la Argentina.

Otra posición que valora la perspectiva de Derechos Humanos como parte de los

compromisos internacionales asumidos por la República, es la de Osio (2017). Aun cuando en Argentina es el Estado central el que define el marco jurídico y los códigos de fondo, como el Penal, las provincias tendrían que velar y legislar de manera autónoma cuando se trate de temas que vulneran los Derechos Humanos. En el caso de la edad de punibilidad, el autor sostiene que las provincias tienen la obligación de actuar cuando existan medidas que menoscaben la integridad humana o que vayan en detrimento de grupos vulnerables de población que el Estado debe protegerse más que penar. A propósito de este problema, el autor afirma:

por implicar una cuestión de derechos humanos, incluso de mandato y regulación específicos de instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (Art. 40.3.a de la CIDN), lo legislado por la nación no puede considerarse como una facultad exclusiva y excluyente de la nación sino como una facultad compartida, en el sentido de que para una mejor satisfacción del acceso a un derecho y cobertura ante su posible afectación, la intervención del gobierno central integre al de las provincias, pudiendo éstas dictar una legislación más amplia a fin de asegurar la mayor cobertura y acceso a los derechos en pos de la progresividad de su satisfacción¹¹⁷.

La propuesta del autor es que las provincias puedan aumentar la edad de imputabilidad apelando a principios universales de protección consagrados en los convenios y acuerdos internacionales como la CIDN. Sin embargo, sobre este planteo no hay definiciones claras. Lo que propone esta vertiente es que no existen argumentos sólidos para limitar las facultades provinciales que puedan ampliar la protección de los derechos, en este caso de derechos a la libertad y de todos los derechos implicados en la afectación por un proceso penal.

¹¹⁷ Osio, A (2017). La edad de punibilidad como cuestión de Derechos Humanos: ¿quién puede fijarla? ¿las provincias pueden elevar la nacional? *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/etiquetas/edad-punibilidad>

CAPÍTULO II

IMPUTABILIDAD DE MENORES EN AMÉRICA LATINA

Con la entrada en vigor de la CIDN se inauguró en la América Latina una nueva etapa en cuanto a justicia penal y protección de niños y adolescentes. Todos los países contratantes de la Convención comenzaron en la primera década del siglo XXI con la instrumentación de una nueva legislación, cuya finalidad fue dotar de una nueva infraestructura de derechos a los niños, niñas y adolescentes.

En materia de minoridad penal se destacan mayores avances en algunos países respecto de otros. La baja de la edad de punibilidad ha sido una dura contienda, pero la mayoría de los Estados lo ha resuelto con resultados y efectos diferenciados. Durante los últimos veinte años en la región se legislaron sistemas especiales de responsabilidad penal juvenil, con límites de edad que oscilan entre los 12 y los 18 años¹¹⁸.

En cuanto a la sanción, desde el paradigma de protección, se concibe como una respuesta del Estado, que lejos de ser un castigo debería crear mejores condiciones. Hasta ahora, doctrinariamente se sostiene que la educación, en tanto principio elemental de derecho, es la directriz bajo la cual deben operar los efectores de los Sistemas de Protección Integral. Esto se fundamenta sobre la base de que los jóvenes infractores son sujetos en formación.

Al criterio vinculado a la educación y formación adhieren la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, aunque no de manera homogénea. Por un lado, se encuentran las que conciben la pena juvenil como una medida socioeducativa¹¹⁹, y por otro, las que la identifican como una sanción, aunque con fines educativos, de modo que la penalización a los jóvenes ha sido vinculada, conforme a lo previsto por la Doctrina de las

¹¹⁸ De acuerdo con las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, la edad mínima aceptable es 12 años para todo acto sancionatorio, aunque se insta a los Estados a desarrollar legislaciones que tiendan al alza.

¹¹⁹ Brasil, Estatuto da Criança e do Adolescenceia, ley 8.069 -13/07/90, reformado por la ley 10.764, art. 112; Bolivia, Código del Niño, Niña y Adolescente, ley 2.026, art. 237; Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, ley 100 (R.O 737), art 369; Perú, Código de los Niños y Adolescentes, ley 27.337, art. 229; Honduras, Código de la Niñez y Adolescencia, Decreto N° 73-96, art. 188; Venezuela, Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, ley 5.266, art. 620 y 621; Nicaragua, Código de la Niñez y Adolescencia, ley 287, art. 195; El Salvador, Ley Penal Juvenil, Decreto 863, art 8.

Naciones Unidas para la Protección de los Niños y Adolescentes a los principios de prevención especial positiva¹²⁰. En consecuencia, queda definida como un proyecto que implica la resocialización de los jóvenes que hayan actuado al margen de los límites legales que la normativa vigente impone.

Como parte de estas estrategias preventivas, se incluyen en el modelo de protección integral mecanismos de advertencia o llamado de atención, aplicado por la autoridad judicial sobre el adolescente infractor. Modalidad ampliamente empleada en los sistemas latinoamericanos. Seguidamente se tratarán algunos casos de países latinoamericanos que establecieron regímenes de minoridad penal basados en la Protección Integral y en la noción resocializadora y formadora del joven infractor.

1. Brasil

En este país la edad mínima de responsabilidad penal es de 12 años. El Código Penal de Brasil, Ley N° 2.848, en su título III, artículo 27 se expresa que los menores de 18 años son penalmente imputables. Asimismo, el régimen de minoridad penal en este país está establecido de acuerdo con los principios de la Ley 8.069 “Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”. En esta ley se consagran los principios del Paradigma de Protección Integral al que adhiere esta nación.

El título III “De la práctica del Acto Infraccional” la Ley 8.069, refiere en el artículo 104 que “son penalmente imputables los menores de 18 años”. Para las infracciones la norma dispone en el art. 112 medidas socioeducativas como “I. la advertencia, II. la obligación de reparar el delito; III. la prestación de servicios a la comunidad; libertad asistida; IV. inserción en régimen de semi- libertad; V. Internación en establecimiento educativo”¹²¹. Destaca como parte de las acciones preventivas la advertencia, refiriendo en el art. 115 que “La advertencia

¹²⁰ Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 27/2003, arts. 238 y 240; Costa Rica, Ley de Justicia Penal Juvenil, ley 7576, arts. 121 y 123; República Dominicana, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, ley 136/03, arts. 326 y 327; Panamá, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, ley 40, arts. 126 y 128. Específicamente la CDN señala que la administración de justicia en materia de Niños Niñas y Adolescentes debe estar guiada por el principio del “interés superior del niño” (art. 3). Insta a los Estados para que promuevan medidas que faciliten la reintegración a la sociedad en modo constructivo.

¹²¹ Art. 112, Ley 8.069.

consistirá en una admonición verbal, que será reducida a término y firmada”.

En ese sentido, en la legislación de Brasil contempla una serie de medidas alternativas a la privación de libertad para menores. Al respecto también resulta pertinente indicar que el art. 121 de dicha ley expresa que “la internación constituye una medida privativa de la libertad, sujeta a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo”. Asimismo, el art. 122 indica Art. 122. “La medida de internación sólo podrá ser aplicada cuando: I. tratarse de acto infractor cometido mediante grave amenaza o violencia a la persona; II. por reiteración en el cometido de otras infracciones graves; III. por incumplimiento reiterado e injustificable de la medida anteriormente impuesta”. Todas estas medidas constituyen un avance vinculado al Paradigma de Protección Integral que estableció el país desde 1990.

En este país el debate sobre la baja de la edad de imputabilidad se ha vuelto a instalar con fuerza, en especial a partir de las promesas de campaña del reciente electo presidente Jair Bolsonaro. Actualmente existen decenas de proyectos de ley o propuestas de enmienda constitucionales en el Congreso, que tienen como obstáculo principal la inconstitucionalidad de las mismas. No obstante, como lo refiere Rizzini (2014) hay un fuerte debate en los medios de información y en la opinión pública que demuestra equívocos de entendimiento y desinformación frente a la situación de los adolescentes como autores de delitos¹²².

2. Venezuela

Venezuela contempla un avanzado sistema de responsabilidad penal juvenil¹²³. En

¹²² Hay un debate instalado en el país que refiere la supuesta impunidad de jóvenes y adolescentes “delinquentes”, sobre cuyo presupuesto se promueven leyes para disminuir la edad de imputabilidad en ese país. La campaña presidencial de Bolsonaro incluyó una serie de promesas que, de aprobarse, podrían vulnerar los principios suscriptos por el país en materia de Derechos Humanos. No obstante, existen amplios movimientos y partidos que estarían en contra de la aplicación de esas medidas “¿Cómo hará Bolsonaro para superar estas restricciones y concretar su promesa de bajar la edad de imputabilidad, flexibilizar la tenencia de armas, juzgar como actos terroristas la ocupación de tierras y propiedades, proteger mediante una legislación especial a los policías acusados de violar los derechos humanos, eliminar la educación sexual integral de las escuelas y atenuar las normas de protección ambiental?” Natanson, J. Como una noche sin luna. *Le Monde Diplomatique Cono Sur*, n° 233, 2018, p. 2. Ver también: Rizzini, I. Redução da Maioridade Penal: uma velha questão. *Desigualdade & Diversidade-Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio*, n° 15, 2014, pp. 9-29.

¹²³ Beloff (1998) lo compara con el sistema de minoridad penal uruguayo, en cuyo país se establece que para adolescentes a partir de los 14 años la pena de privación de libertad no puede ser mayor de cinco años. Beloff, M. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. En García M, E. y Beloff, M. (comps).

este país existe la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente (LOPNA), la cual establece un sistema de responsabilidad penal del adolescente por hechos punibles, para lo cual contempla sanciones. La ley estipula que el adolescente que viole derechos penalmente protegidos deberá responder en la medida de su culpabilidad y de forma diferenciada del adulto. La norma refiere lo siguiente en su art. 620: “Comprobada la participación del o de la adolescente en el hecho punible y declarada su responsabilidad, el tribunal lo o la sancionará aplicándole las siguientes medidas: a) Amonestación. b) Imposición de reglas de conducta. c) Servicios a la comunidad. d) Libertad asistida. e) Semi-libertad. f) Privación de libertad”. Asimismo, el art. 621 refiere que Las medidas señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad primordialmente educativa y se complementará, según el caso, con la participación de la familia y el apoyo de especialistas. Los principios orientadores de dichas medidas son el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social”.

Conviene resaltar que, en lo referido a la amonestación, la LOPNA señala que “consiste en la severa recriminación verbal al adolescente, que será reducida a declaración y firmada. La amonestación debe ser clara y directa, de manera que él o la adolescente comprenda la ilicitud de los hechos cometidos” (art. 623). En ese sentido, la ley contempla principios resocializadores, educativos y alternativos a la prisión o reclusión, acordes con el Paradigma de Protección Integral e Interés Superior del Niño/a.

3. Perú

El caso de Perú está en consonancia con el régimen de minoridad penal de Brasil. También están establecidas medidas de carácter socioeducativas para los menores que incurran en faltas. A su vez, este país aprobó en el año 2000 la Ley N° 27.337 “Código de los Niños y Adolescentes”, la cual adopta el Paradigma de Protección Integral. Esta norma en su art. 2 refiere que “el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma”.

Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (1990-1998). Temis/Depalma, Bogotá, 1998.

En el caso de Perú también se establece un sistema de similar al de los países previamente comentados en relación con las faltas de menores. Se contempla que “el Juez podrá aplicar las medidas socioeducativas siguientes: a) Amonestación; b) Prestación de servicios a la comunidad; c) Libertad asistida; d) Libertad restringida; y e) Internación en establecimiento para tratamiento”¹²⁴. Asimismo, también se incorpora la amonestación o llamado de atención. “La Amonestación consiste en la recriminación al adolescente y a sus padres o responsables”¹²⁵.

Sin embargo, Beloff (1998) refiere que el Código de los Niños y Adolescentes de Perú incorpora cláusulas, que, de no ser interpretadas de modo armónico, podrían afectar garantías fundamentales de los adolescentes, como el art. 191 que expresa taxativamente: “El Sistema de Justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar. La medida tomada al respecto no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho, sino también en las circunstancias personales que lo rodean”. Este artículo, podría prestarse para interpretaciones diversas.

4. Ecuador

Ecuador también es un país que evidenció en los últimos años avances sustanciales en materia de Derecho Penal Juvenil. La Constitución de la República del Ecuador, reconoce y protege a los derechos humanos de las personas, en especial de las y los adolescentes en conflicto con la ley penal. Los menores privados de libertad son considerados como grupos de atención prioritaria, estableciendo a su favor medidas socioeducativas privativas y no privativas de libertad. La norma estipula que las medidas son proporcionales a la infracción, por lo cual, se les debe juzgar con autoridades capacitadas y especializadas en adolescentes en conflicto con la ley penal.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 77 número 13, establece que, las medidas socioeducativas privativas de libertad deben ser aplicadas como último recurso y por un lapso de tiempo mínimo. Además, se contempla una separación entre las

¹²⁴ Ley 27.377, art. 217.

¹²⁵ *Ibid*, art. 231.

y los adolescentes en conflicto con la ley penal que aún no hayan cumplido dieciséis años de edad, a quienes se les impondrá medidas socioeducativas, del resto de personas privadas de libertad.

Asimismo, el Código de la Niñez y Adolescencia que rige lo concerniente a las faltas de menores, propone una mínima intervención en la justicia penal, basada en principios educativos, culturales y recreación, de acuerdo con los intereses y habilidades de las y los adolescentes. La norma persigue que se adopten medidas que simplifiquen los procedimientos judiciales engorrosos, con el propósito de evitar la criminalización de los adolescentes y crear condiciones que garanticen una vida digna de acuerdo con su edad sin interrumpir sus normales actividades de desarrollo integral.

El Código contempla la medida de privación de libertad de adolescentes solo en casos excepcionales, de acuerdo con el art. 324. Asimismo, el art. 328. Contempla la detención para investigación. “El Juez competente podrá ordenar la detención, hasta por veinticuatro horas, de un adolescente contra el cual haya presunciones fundadas de responsabilidad por actos ilícitos, cuando lo solicite el Fiscal, con el objeto de investigar una infracción de acción pública y se justifique que es imprescindible para ello la presencia del adolescente”. El artículo 329 indica que la detención se hará para asegurar la comparecencia y que “el Fiscal podrá pedir al Juez que ordene la detención de un adolescente, hasta por veinticuatro horas, para asegurar su comparecencia a la audiencia preliminar o a la de juzgamiento.

Finalmente, el Código fija, en el art. 330, el internamiento preventivo: “El Juez sólo podrá ordenar el internamiento preventivo de un adolescente en los siguientes casos, siempre que existan suficientes indicios sobre la existencia de una infracción de acción pública y su autoría y complicidad en la infracción investigada: a) Tratándose de adolescentes que no han cumplido catorce años de edad, en el juzgamiento de delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas o robo con resultado de muerte; y, b) De los adolescentes que han cumplido catorce años, en el juzgamiento de delitos sancionados en la legislación penal ordinaria con pena de reclusión”.

En líneas generales, los sistemas de Protección integral en América latina establecen medidas enfocadas en reglas de conducta, ordenes de orientación y supervisión y estrategias correctivas. Hay una recurrencia en la adopción de “formas blandas” de acercamiento del sistema penal a los jóvenes implementadas mediante la educación y el acceso a la prestación

de derechos humanos básicos: salud, seguridad social, alimentación, reconocidos por los preceptos Constitucionales y por la CDN, a la vez que es adaptado para el mercado de trabajo y preparado para tareas de baja o nula calificación técnica. Seguidamente, se expone un gráfico comparativo que muestra la edad mínima de imputabilidad en algunos países de América Latina. Argentina actualmente encabeza la región con dieciséis años como edad mínima de responsabilidad penal.

5. Costa Rica

El Código Penal Costarricense, de 1963, establece en su artículo 17 establece que son sujetos del derecho penal de adultos los mayores de 17 años, remitiendo a los menores de esa edad a una ley especial. Para ello, el país contó desde ese mismo año con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, que establecía el patronato del estado y la consideración del menor como un sujeto pasivo que requería protección. Esta norma, al igual que en todos los países latinoamericanos, fue reformada en 1994, entrando con ello en vigor la Ley de Justicia Penal Juvenil, la cual se aprobó en arreglo a lo estipulado por la CIDN, las Directrices de Riad y las Reglas de Beijing¹²⁶.

En ese sentido la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica establece en su artículo 1 que su aplicación comprende las personas que tengan entre 12 y los 18 años no cumplidos, que cometan hechos tipificados como delitos o contravenciones por el Código Penal o las leyes especiales. En ese sentido, la norma propone dos grupos: entre 12 y 15 años y entre 16 y 18 años no cumplidos. Para los niños y niñas menores a 12 años, estos se remiten al órgano administrativo de protección para ofrecer el seguimiento y la atención a que haya lugar¹²⁷.

Asimismo, en esta norma el juez tiene la potestad de decidir las sanciones correspondientes a tomar de acuerdo con la naturaleza de cada caso, en atención no solo de

¹²⁶ Salazar R., A. Abordaje del conflicto penal juvenil a la luz de la justicia penal juvenil costarricense. *Revista Judicial*, 125, p. 104.

¹²⁷ Beloff, M. *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*. 2016. Recuperado el 25 de marzo de 2020, de: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4045/Los_sistemas_de_responsabilidad_penal_juvenil.pdf?sequence=1&isAllowed=y

las pruebas, sino también de la edad, las circunstancias familiares o sociales, la personalidad y el interés superior del menor¹²⁸. Otro elemento de interés es que la ley contempla medidas sino sanciones y las mismas siempre deben estar orientadas hacia la socio-educación. Se incluyen la amonestación o advertencia, la libertad asistida, la prestación de servicios a la comunidad, reparación del daño a la víctima. Las sanciones más graves comprenden las privativas de la libertad y los internamientos en un centro especializado, lo cual solo puede dictarse cuando se trate de delitos dolosos sancionados por el Código Penal o por leyes especiales con pena de prisión superior a seis años y en el caso de incumplimiento injustificado de otras sanciones.

De igual forma, para las sanciones graves se prevé la privativa de libertad de hasta 15 años para adolescentes entre los 15 y los 18 años, mientras que para los jóvenes de entre 12 y 15 años asciende hasta 10 años, lo cual es una sanción elevada sin precedentes en ese país. No obstante, puede hacer una ejecución condicional de la sanción por un periodo igual o doble a la misma. También está previsto el control de la ejecución mediante la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, lo cual es un instrumento novedoso en el país y en la región¹²⁹.

A su vez, está contemplada la aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil aun cuando la persona haya alcanzado la mayoría de edad durante el procesamiento penal o incluso con posterioridad al haber alcanzado la mayoría, por hechos cometidos durante la minoridad¹³⁰.

En el marco de la justicia para menores en este país, también se ha aprobado un instrumento legal para solucionar conflictos de menores con la ley penal a través de la justicia restaurativa. El Poder Judicial de Costa Rica aprobó Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas Niños y Adolescentes en Costa Rica”. De esa manera, muchos casos relacionados con menores pueden ser solucionados por la vía de mecanismos alternativos, lo cual además tiene foco en promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes¹³¹.

¹²⁸ Salazar, R. *Op cit*, p. 105.

¹²⁹ Belof, M. *Op cit*.

¹³⁰ Salazar, R. *Op. cit.*, p. 106.

¹³¹ “Es procedente la aplicación de una justicia con mayor celeridad, menor gasto de recursos humanos y económicos, mayor eficiencia y lo que es más importante, teniendo siempre como primer presupuesto el interés superior de la persona menor de edad acusada y en estricta atención al principio de tutela judicial efectiva”. Burgos M., A. 20 Años de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica. *JURIS*, 2016; 26, p. 157.

Esto implica que los jueces deben tratar de promover medidas alternativas a la prisión en el caso de menores, en todos los casos que sean necesarios. Estas medidas pueden ser la conciliación, la reparación del daño a la víctima, o bien programas educativos o formativos. Adicional a ello, desde 2012, existe el Programa de Justicia Restaurativa en Materia Penal Juvenil, lo cual incluye planes reparadores, servicios comunales, intervención terapéutica en casos de alcoholismo o farmacodependencia, internamientos terapéuticos, charlas socioeducativas, entre otros.¹³²

6. Chile

En Chile se aprobó en el año 2007 la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, con lo cual se derogó el régimen tutelar de la anterior ley N° 16.618 y el país se ajustó a los lineamientos de la CIDN y demás normativa internacional. Esta norma expresa que los jóvenes de entre 14 y 17 años son sujetos de derecho responsables por sus actos, pero que debían someterse a un régimen de justicia especial. La ley sigue el criterio biológico o cronológico, al igual que muchas legislaciones de América Latina¹³³.

Los cambios que condujo esta norma en Chile tuvieron que ver con la especialización de jueces, fiscales y defensores públicos para el manejo de casos de adolescentes. Del mismo modo, la ley estipula que los menores deben ser recluidos en centros especiales y diferentes de los de adultos, con el objeto de la rehabilitación y resocialización de los niños, niñas y adolescentes que hayan cometido faltas. Sin embargo, la reclusión es la última medida a considerar o cuando no existan otras alternativas, considerada solo para casos graves¹³⁴.

De tal manera que, otras sanciones previstas son la “amonestación, multas, la reparación del daño, servicios en beneficio de la comunidad, la prohibición de conducir vehículos motorizados, libertad asistida (sujeción del adolescente al control de un delegado

¹³² *Ibid.* 108.

¹³³ Cillero B., M. Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes. *Anuario de Derechos Humanos*, 2006, p. 189.

¹³⁴ Langer, M. & Lillo, R. Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate. *Polit. Crim.*, 2014; 9 (18), pp. 713-738.

conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social), y la libertad asistida especial (asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes y el fortalecimiento del vínculo con su familia o adulto responsable)”¹³⁵.

Asimismo, en los casos en que se impone la privativa de libertad, ésta no puede superar los 5 años para adolescentes entre los 14 y 15 años, ni puede ser mayor a 10 años para jóvenes de 16 a 17 años.

7. México

México es un país con un sistema federalista, donde cada estado tiene sus propias leyes, atendiendo el principio de constitucionalidad al que deben ajustarse las mismas. En la reforma constitucional de 2005, se dejó por sentado que los menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley penal, tendrán que ir rehabilitación y recibir asistencia social; mientras que a los menores de 18 años y mayores de 12 que hayan cometido una conducta antisocial prevista como delito ante la ley, se les aplicará un sistema de justicia integral que vele por sus derechos fundamentales, pero dejando de ser no punibles¹³⁶.

En la reforma del artículo 18 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se estableció un Ministerio Público para Adolescentes, a cargo de la Procuraduría General de la República. Anterior a la reforma, la administración de la justicia penal juvenil estaba a cargo del Consejo de Menores. Esta reforma rompió con el paradigma anterior y constituyó un avance en la justicia penal minoril de ese país. Asimismo, el texto constitucional establece medidas de orientación, protección y tratamiento, así como medidas de privación breves. El

¹³⁵ *Ibid.*, p. 719.

¹³⁶ Vázquez R., L. D. Acercamiento estadístico a la realidad de los menores infractores en México: legislación y crimen organizado, nuevos desafíos. *Universitas Psychologica*, 2012; 11 (4), p. 1107.

cambio implicó la existencia de jueces especializados en la materia, incluyendo una nueva figura, “el juez de ejecución de adolescentes”¹³⁷.

No obstante, los autores revisados indican que el cumplimiento de estas disposiciones no sucede, puesto que los centros de menores se han convertido en auténticas prisiones, donde permanecen incluso niños que no han cometido delitos, sino que son infancia en abandono¹³⁸. De hecho, para tipificar los delitos graves contra menores se recurre a la analogía del Código Penal Federal, si bien esta analogía está prohibida por la Constitución en el artículo 14¹³⁹.

Después de la reforma de 2005, entraron en vigor treinta y dos leyes locales relacionadas con la justicia penal de menores en cada entidad o provincia. Asimismo, en 2012 se aprobó la Ley Federal de Justicia para Adolescentes. No obstante, la literatura reitera la existencia de criterios arbitrarios y disímiles entre regiones o provincias, como es el caso de estados de Puebla, Querétaro y Tabasco, los cuales extendieron la competencia del sistema de justicia penal para adolescentes a los casos en que los imputados son niños menores de doce años. También se han mantenido criterios peligrosistas como el de la reincidencia, lo cual posibilita tratar las faltas de adolescentes con mayor severidad¹⁴⁰.

Una de las leyes más avanzadas en la materia en el país y que sigue el precepto constitucional es la Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito Federal, la cual entró en vigor en 2008. La misma señala en su artículo 10 como “principios rectores del sistema, el respeto a los derechos de los adolescentes y a su interés superior, reconocimiento de su calidad como sujetos de derechos, formación integral, reinserción en su familia y en la sociedad, así como especialidad, flexibilidad, proporcionalidad y racionalidad de las medidas, transversalidad e intermediación procesal”.

Esta norma a su vez, contempla jueces y magistrados especializados en menores, la aplicación de un Centro de Justicia Alternativa, Ministerio Público Especializado y agentes

¹³⁷ González I, J. D. & Reyes B., L. A. La administración de justicia de menores en México. La Reforma del artículo 18 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. *Bol. Mex. Der. Comp*, 2007; 40 (118): 65-96.

¹³⁸ La literatura relacionada con la legislación penal minoril mexicana da cuenta del escaso cumplimiento del enfoque de Derechos Humanos, con un incremento de prisiones o centros de detención para menores. Además, la delincuencia organizada tiene a los jóvenes como protagonistas principales. Vásquez, R., L. D. *Op. cit.* y González & Ibarra *Op. cit.*

¹³⁹ González & Ibarra *Op. cit.*

¹⁴⁰ López-Betancourt, E. & Fonseca-Luján, R. C. Privación de la libertad en el sistema de justicia para adolescentes del Distrito Federal, México. *Rev. Crim*, 2014; 56 (3): 69-86.

de policía, defensores de oficio especializados, autoridad ejecutora y centros de tratamiento e internamiento dependientes de la Secretaría de Gobierno del D.F.

La mayoría de las investigaciones revisadas refieren las conductas represivas de los órganos de justicia penal minoril en cada provincia o estado, así como las prácticas violatorias a los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes. Aún hacen falta esfuerzos para que el Estado mexicano se ajuste a lo estipulado en las normas y convenios internacionales en materia de menores.

8. Uruguay

En 2004, este país aprueba la Ley No. 17.823, que comenzó a regular el proceso judicial de los menores en conflicto con la ley penal bajo la óptica de protección integral y los principios internacionales en vigor. La norma sustituyó la antigua legislación que databa del año 1934. A partir de esta, se instala el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), sustentado en una institucionalidad, que en este caso es el Instituto del Niño y el Adolescente. Se inicia así una nueva concepción de corte garantista y de Derechos Humanos, que luego dará un giro regresivo en un proceso que ha sido denominado como “populismo penal”¹⁴¹.

En este país se sucedió una intensa campaña que incriminaba a los adolescentes como principales autores de delitos, llegando a promoverse firmas para la aprobación constitucional de la baja de edad de imputabilidad. Ciertos grupos de corte conservador reclamaron medidas represivas más severas contra los menores en conflicto con la ley penal. En el marco de la discusión pública por delitos graves cometidos por jóvenes, se promovió en el Congreso la aprobación de la ley 18.777, que modificó el CNA. Esta modificación dispuso: “incorporar la tipificación del hurto en el grado de tentativa y la extensión en algunos casos de la medida cautelar de 60 a 90 días. A ello se suma la creación de un Registro Nacional de Antecedentes Judiciales de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Esta norma crea una excepción al régimen general, por la cual los antecedentes judiciales y

¹⁴¹ Vernazza, L. La cuestión penal juvenil en Uruguay: entre lo cualitativo y lo cuantitativo. Abella y Fessler (comps.) *El retorno del “estado peligroso”. Los vaivenes del sistema penal juvenil*. Montevideo: CSIC-UDELAR.

administrativos pueden funcionar como pena accesoria”¹⁴².

Asimismo, en 2013 entra en vigor la 19.055, con la cual se incorpora el artículo 116 bis, que agrega un controvertido “régimen especial” para algunos casos, lo cual dispone la aplicación de una medida cautelar de privación de libertad del adolescente no menor a un año en forma preceptiva hasta el dictado de la sentencia definitiva. Esto contraria recomendaciones internacionales y ha sido calificado de inconstitucional por juristas¹⁴³.

De igual forma, en 2017 sucedió una nueva modificación legal a través de la Ley 19.551 que profundiza el componente sancionatorio, reduciendo garantías al momento de la detención y ampliando la extensión de las medidas cautelares de 90 a 150 días¹⁴⁴.

9. Paraguay

En Paraguay el actual Código Penal se promulgó en 1997. Este incorporó los principios internacionales enmarcados en la protección especial de niños, niñas y adolescentes. En ese orden, la no punibilidad de los menores de edad quedó establecida en el artículo 21 del Código Penal, el cual exime de responsabilidad penal a las personas que no hayan cumplido 14 años, siendo la edad máxima para el régimen especial de adolescentes los 18 años¹⁴⁵.

Asimismo, en este país se promulgó en 2001 el Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual establece una jurisdicción especial y unidades especializadas para casos juveniles dentro del Ministerio Público Fiscal. Además, que exige los requisitos de capacitación y experiencia en materia de protección integral, Derechos Humanos y educación que deben cumplir los fiscales y jueces que atienden casos de niñez y adolescencia. Asimismo, este código considera que la privación de libertad es el último

¹⁴² Morás, L. E. Más allá de las ideologías: sistema penal juvenil y consenso punitivo en Uruguay. *Boletín criminológico*, N° 3, 2019, p. 6.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Ojeda Y., D. Rol del Ministerio Público en la justicia penal juvenil. *Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2015; 5, pp. 101-121.

recurso para casos de jóvenes infractores¹⁴⁶.

Sin embargo, diversas investigaciones han reportado que en Paraguay la medida privativa de libertad para jóvenes no es la última *ratio*, sino parece ser la primera, ocasionando con ello consecuencias psicológicas y sociales negativas en los adolescentes¹⁴⁷. Otras investigaciones refieren el hacinamiento que existe en los centros especiales de detención de menores, cuya denuncia en organismos internacionales ha resultado en resoluciones contra el país de parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁴⁸.

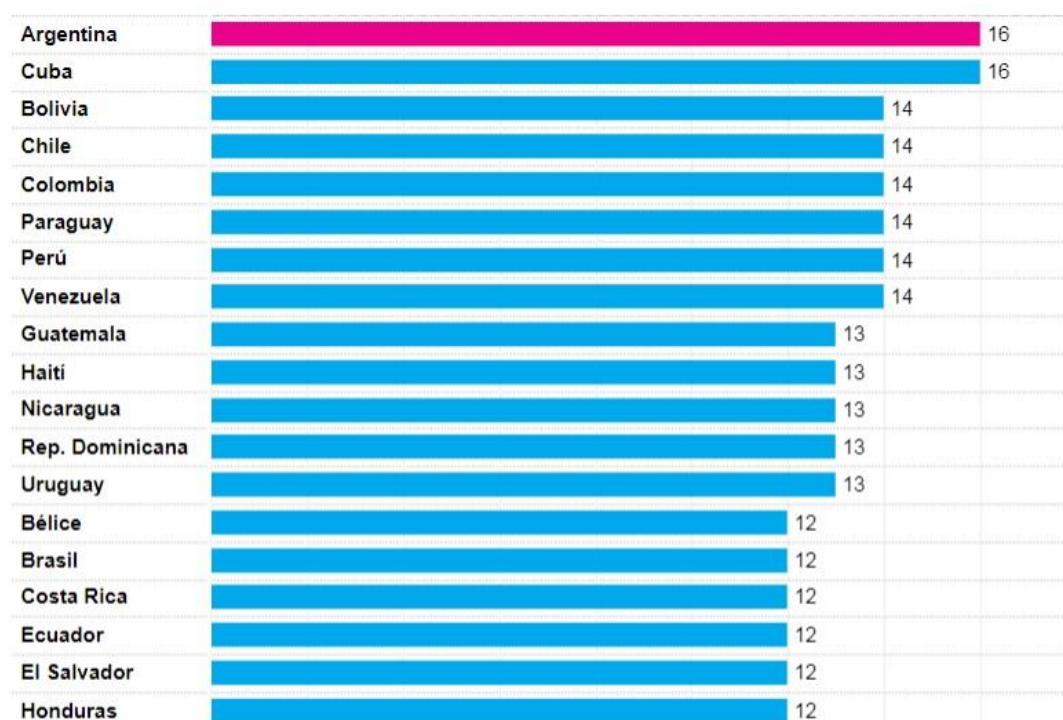


Gráfico 2. Edad mínima de responsabilidad penal en Latinoamérica. Fuente: La Nación/Unicef.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Galeano M, J.; Mendoza, J; Machuca, F.; Corvalán, C. y Ávalos, J. Efectos psicosociales de la institucionalización de adolescentes en privación de libertad en centros educativos del Paraguay. *Revista Paraguay desde las Ciencias Sociales*, 2019, 10, pp. 1-24

¹⁴⁸ Gómez, D. *Análisis de las medidas alternativas a la pena de privación de libertad en la justicia penal juvenil. Una reflexión posible a partir del caso "Panchito López"*. Ponencia presentada en el II Congreso Latinoamericano de Teoría Social y Teoría Política "Horizontes y dilemas del pensamiento contemporáneo en el sur global". Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2017.

El gráfico anterior muestra que el régimen penal de minoridad actual en Argentina puntea en la región junto con Cuba en cuanto a la edad mínima de responsabilidad penal. La discusión sobre la baja de imputabilidad se ha vuelto un tema de debate y existe un proyecto para bajar la edad a 14 años, tomando como argumentación la inseguridad pública. Ese mismo presupuesto ideológico ha favorecido proyectos similares en Brasil y en otros países de la región. Para profundizar en la figura de los Sistemas de Protección latinoamericanos, se debe advertir que:

A pesar de que muchas legislaciones cambiaron y se orientan en lo que se conoce como “paradigma de la protección integral”, hoy los diagnósticos indican un predominio más bien retórico en algunos casos, con prácticas institucionales propias del viejo paradigma. Si bien nuestra región se apropió de la CIDN con inusitado entusiasmo, fuerza y rapidez, poco se ha hecho para que su texto fuera una realidad concreta en nuestros países.

El caso paradigmático de ello es la privación de libertad. Debería ser una medida excepcional y por el menor tiempo posible, pero sigue siendo la sanción más aplicada por los sistemas de justicia juvenil y ello es el claro ejemplo de que solo nos hemos apropiado del discurso de los derechos del niño¹⁴⁹.

Para corroborar la afirmación del autor, se pueden aportar datos estadísticos sobre la cantidad de adolescentes privados de libertad en la justicia penal juvenil de la región por tipo de detención (Ver Tabla 1). Esto confirma que aun la medida de privación de libertad sigue siendo recurrente a otras alternativas.

País	Adolescentes privados de libertad	Detención preventiva	Cumplimiento de sentencia
Argentina	1508	867	641

¹⁴⁹ Hernández, J. *Justicia penal juvenil en la región sur de América Latina. Deudas, avances y desafíos, desde la perspectiva de las redes de infancia de incidencia en políticas públicas (2014-2015)*, 2016, pág. 5. Recuperado de: <https://www.unicef.org.ar/seminario2016/img/pdf/14-juan-facundo-hernandez.pdf>

Bolivia	269	162	107
Brasil	20.532	4998	15.534
Colombia	3.539	849	2.690
Ecuador	625	294	331

Tabla 1. Tabla comparativa de adolescentes privados de libertad, con detención preventiva y cumpliendo sentencia en América Latina. Fuente: elaboración propia con base en el Observatorio Regional de Justicia Penal Juvenil (2005).

La reflexión de Hernández (2016) junto a las informaciones indicadas *supra* permite interrogar qué tan efectivas han sido las prácticas de encierro respecto de los indicadores de inseguridad. Si en Argentina el planteamiento central para bajar la edad de punibilidad se vincula con la promesa de disminuir significativamente los niveles de inseguridad y criminalidad, porque en países que admiten la imputabilidad desde los 12, 13 y 14 años se muestran cifras poco favorables para la evaluación de sus políticas públicas de prevención de delitos cometidos por adolescentes.

CAPÍTULO III

RÉGIMEN PENAL DE MINORIDAD EN ARGENTINA

1. La protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Como se indicó anteriormente, con la aprobación en 1989 de la CIDN por parte de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el enfoque sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes dio un giro trascendental. Esta convención permitió concebir el nuevo paradigma de protección integral que prevalece actualmente en torno a la infancia y sus derechos.

La CIDN tiene en Argentina rango constitucional desde la reforma a la Constitución aprobada en 1994. El Estado asumió el compromiso de adoptar medidas legislativas y administrativas, así como modernizar las instituciones vinculadas a la infancia para garantizar los derechos de la Convención. Asimismo, las instituciones públicas tienen el deber de formular políticas sociales que efectivamente permitan llevar a la práctica el compromiso asumido.

Por esa razón, se aprobó la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en 2005. Sin embargo, también existe la Ley 22.278/22.803 que rige en materia de responsabilidad penal de menores a nivel nacional. La imputabilidad de los menores en Argentina parte de los dieciséis años, momento en el que se supone, de acuerdo con la ley, tendría el adolescente la madurez intelectual y psicológica necesaria para ser culpable frente a delitos o faltas.

Los dos primeros artículos de la ley penal minoril actual evidencian una contradicción con respecto a leyes posteriores como la ley 26.601 y con la propia CIDN. En ese sentido, para un análisis sobre el enfoque que existe en Argentina en torno a la minoridad penal, no se debe perder de vista en primer orden la propia CDIN y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

2. Ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño

En el año 1990 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 23.849, con la cual ratificó la CIDN y se comprometió a adecuar los derechos de los niños, niñas y adolescentes a los tiempos actuales, atendiendo sus necesidades bajo un nuevo paradigma, el de protección integral.

En primer lugar, el artículo 1 expone que “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”¹⁵⁰. De igual forma, en su artículo 2 se establece que:

1. 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 de sus representantes legales.
2. 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 familiares¹⁵¹.

Asimismo, el artículo 3 señala la necesidad de que los Estados establezcan instituciones, tribunales y demás instancias administrativas que garanticen la consideración del niño, niña y adolescente como sujeto de derechos con base a su interés superior. Seguidamente se indica:

1. 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.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y

¹⁵⁰ Ley 23.849, art. 1.

¹⁵¹ Ley 23.849, art. 2.

administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada¹⁵².

Merece comentar que la norma estipula que el niño tiene derecho a ser escuchado y a que se reconozca su opinión en procedimientos judiciales o administrativos. Estos presupuestos se señalan de la siguiente manera:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional¹⁵³.

Respecto de la vinculación de menores en delitos penales es destacable lo que dispone la Convención en cuanto a la actuación y resguardo de parte de los Estados respecto de las sanciones. La Convención es clara en cuanto a promover la reparación de daños evitando en lo posible recurrir a procedimientos de carácter judicial o en todo caso tomar medidas de resguardo, vigilancia, llamados de atención, pero en ningún caso el encarcelamiento. A continuación, se indica lo que expone taxativamente la Convención ratificada por el Estado argentino respecto de este tema:

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 ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

¹⁵² *Ibid*, art. 3.

¹⁵³ *Ibid*, art. 12.

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 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 considerare 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 infracción¹⁵⁴.

Las medidas alternativas a la prisión propician la protección de los menores y el tratamiento adecuado, conforme estipula la Convención. Para aclarar aún más el espíritu de esta norma y sus propósitos, se comentarán seguidamente los principios fundamentales de acuerdo con los análisis encontrados en la literatura sobre el tema:

1. Principio del Interés Superior del Niño que involucra la consideración y el respeto de los derechos de los niños y adolescentes al momento de tomar cualquier decisión que los afecte de alguna manera.

2. Principio de no Discriminación que garantiza que el sistema de justicia opere únicamente cuando un adolescente haya infringido una ley, e independientemente de cualquier factor ajeno a ello, tales como raza, sexo, religión y, principalmente, condición social y económica...

3. Principio de Privación de Libertad como Último Recurso

La privación de libertad representa una grave restricción al derecho fundamental de libertad y que, en caso de personas en formación, puede ser perjudicial a su desarrollo, por lo cual debe ser utilizada como último recurso y por el mínimo lapso posible.

4. Principio de Respeto al Debido Proceso.

Se extienden a los menores de edad todas las garantías que se les reconoce a los adultos en el proceso penal.

5. Principio de Gradualidad o Proporcionalidad

Las medidas impuestas a los adolescentes deben ser en la mínima medida ofensivas a sus derechos, adecuándose a su condición de personas en desarrollo. Se deben establecer una amplia gama de sanciones alternativas a la privación de libertad.

6. Principio de Oportunidad

Se debe buscar excluir al adolescente del sistema de justicia penal, siempre que sea posible, para evitar el perjuicio que pudiera tener sobre su desarrollo

Implica buscar alternativas al procedimiento, que pueden ser la suspensión del proceso a prueba (suspender el proceso y dar una nueva oportunidad al adolescente para que no delinca), el desistimiento del juicio (cuando se considere que continuarlo tendrá más efectos negativos que positivos para el adolescente o que la gravedad del delito no lo amerita) y los mecanismos de conciliación y reparación del daño.

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 40.

7. Principio de Justicia Restaurativa

Destacamos los puntos fundamentales de la doctrina: énfasis puesto en la responsabilidad y no en el castigo; consideración de las fortalezas del joven y no de sus necesidades a cubrir por el Estado paternalista; y el fortalecimiento de su capacidad de elección.

Los resultados en la aplicación de este modelo abarcan una amplia gama de aspectos positivos: la satisfacción de las partes, la reparación de los daños, desarrollo de empatía del delincuente por la víctima, la reducción del miedo en las víctimas, cambio de conducta de los adolescentes y menores índices de reincidencia¹⁵⁵.

3. Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Además de ratificar la Convención, es necesario volver a reiterar que existe la Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Este instrumento legal permitió al Estado argentino hacer su propia adaptación de la CIDN, adhiriendo al paradigma de protección integral sobre la infancia y adolescencia y reconocimiento de plenos derechos de esta población. Conviene en principio destacar que esta norma estipula el Interés Superior del niño, niña y adolescente, definida como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidas por la ley”¹⁵⁶, sobre la base del respeto por:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
 - b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
 - c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
 - d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
 - e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
 - f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.
- Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán

¹⁵⁵ Parma. *Op cit*, p. 37

¹⁵⁶ Ley 26.601, art. 1.

el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros¹⁵⁷.

A su vez, esta norma indica lo concerniente a las políticas públicas que deben adelantarse para garantizar la efectiva aplicación de todos los derechos que estipula la CIDN como parte de la responsabilidad del Estado para el pleno ejercicio de esas garantías. Así se impone este deber estatal:

Las políticas públicas de la niñez y adolescencia se elaborarán de acuerdo con las siguientes pautas:

- a) Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;
- b) Descentralización de los organismos de aplicación y de los planes y programas específicos de las distintas políticas de protección de derechos, a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia;
- c) Gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles en coordinación con la sociedad civil, con capacitación y fiscalización permanente;
- d) Promoción de redes intersectoriales locales;
- e) Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes¹⁵⁸.

Además, no solo el Estado y los gobiernos tienen participación en esta materia, sino también la comunidad y las familias¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Ley 26.601, art. 3.

¹⁵⁸ *Ibid*, art. 4

¹⁵⁹ *Ibid*. arts. 6 y 7.

4. Régimen Penal de Menores Ley 22.278/22.803

La Ley 22.278/22.803, aprobada en 1980 y reformada en 1983, estipula un régimen diferente respecto de los adultos y establece la edad mínima de responsabilidad penal, que como ya se ha dicho en diversas oportunidades, es de dieciséis años. En ese sentido, el ámbito de aplicación objetivo de la ley comprende que se concibe como adolescente punible por la ley aquel que tiene una edad comprendida entre los 16 y los 18 años. Como se puede observar, la ley opera bajo un carácter estrictamente cronológico o biológico. En ese sentido, en la aplicación subjetiva de la norma se entiende que un menor de 16 años no puede ser alcanzado por esta ley. En casos de menores de esa edad, el ámbito de competencia serían otros organismos vinculados con la asistencia y protección de menores, bajo la orientación de proteger integralmente al niño, niña y adolescente.

Se concibe que esta ley tiene un carácter no represivo, que busca educar al menor que ha cometido delitos penales. A continuación, se expone el articulado de esta norma:

No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

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

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador¹⁶⁰.

En tal sentido, hasta los 18 años se determina la imputabilidad penal. Antes de los 16 años en los casos de menores incurso en delitos, se procederá a estudios pertinentes en

¹⁶⁰ Ley 22.278/22.803, art. 1.

aras de prevenir la reincidencia futura. Asimismo, la norma establece la necesidad de garantizar la protección del menor bien sea por la familia, tutor o por los medios que el juez establezca convenientes. A partir de los 16 años se establece un régimen de minoridad para aquellos adolescentes incurso en delitos tipificados en el Código Penal.

Si se analiza el artículo anterior, se observa que todavía prevalece el paradigma tutelar, ya que el juez tiene la potestad de confinar al menor en un “lugar adecuado”, que puede interpretarse como en una institución de reclusión especial. Este hecho impide la libre movilidad y libertad del menor, lo cual lesiona garantías fundamentales. Prosiguiendo con esa norma, también se señala:

Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1°.

En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4°.

Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador¹⁶¹.

Asimismo, la ley instituye las penas en los siguientes casos:

1°) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2°) Que haya cumplido dieciocho años de edad.

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

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

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo¹⁶².

¹⁶¹ *Ibid*, art. 2.

¹⁶² *Ibid*, art. 4.

Los últimos artículos evidencian que la ley dispone el sometimiento del menor a un proceso penal e incluso a la imposición de penas. El juez puede adoptar diversas decisiones que crea convenientes de acuerdo con la naturaleza de cada caso y según lo que ordena la ley para cada situación, bien sea si el menor se encuentra abandonado, en condiciones de vulnerabilidad, con alguna situación de personalidad o psicológica específica.

Dentro del ámbito subjetivo se puede referir lo que indica el artículo 4 ha sido objeto de críticas, dado que se ha asimilado más como una suspensión o prórroga de la condena, en vista de que, si se declara la culpabilidad penal y civil, el juez puede emitir un veredicto y guardar la condena. A su vez, respecto de la reincidencia de delitos se indica que:

Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho (18) años de edad.

Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente¹⁶³.

Respecto al lugar donde se establecen las penas privativas de libertad, la ley también impone condiciones: “las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos”¹⁶⁴. Sin embargo, es oportuno mencionar que lo que se trata es de mantener al joven en institutos especializados y evitar por todos los medios el traslado de los mismos a establecimientos para adultos. A su vez, es taxativa la permanencia en establecimientos especiales entre los 16 y los 18 años: “la privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho (18) años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el artículo 6^o”¹⁶⁵.

¹⁶³ *Ibid*, art. 5.

¹⁶⁴ *Ibid*, art. 6.

¹⁶⁵ *Ibid*, art. 10.

5. Jurisprudencia

La ley 26.601 derogó en su artículo 76 la antigua institución de Patronato del Estado. Sin embargo, esta ley no hace mención a la ley vigente de Régimen Penal de Minoridad, N° 22.278/22.803, que, conviene subrayar, es una ley de la dictadura militar o del denominado Proceso de Reorganización Nacional de 1976-1983. No solo por este hecho, de por sí moralmente cuestionable, la ley que rige el régimen penal de menores es criticada por diversos autores y se ha argumentado su carácter inconstitucional respecto de la CIDN y de la propia Ley 26.601.

En ese sentido, conviene hacer digresiones respecto de la inconstitucionalidad de la ley de minoridad penal. En primer lugar, la ley 22.278/22.803 entra en contradicción con la Ley 26.601 y con las distintas leyes de protección integral de niños, niñas y adolescentes provinciales. Ello se debe a que la ley de régimen penal permite aplicar a los menores de 16 años medidas tutelares, cautelares previas o el sobreseimiento de la causa. Pero otra cuestión mucho más preocupante es que la ley penal de menores vigente sigue manteniendo el orden anterior vinculado con el paradigma Tutelar o de Situación Irregular, al posibilitar al juez de disponer de los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años de manera indeterminada en establecimientos especiales. Así se explica esta contradicción:

La Ley N° 26.061, en el Título III: “Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”(Arts. 32/41) modifica las facultades del juez penal, restringiéndolas, en lo que hace a su intervención y actuación, chocando abiertamente con el régimen penal de la minoridad, así como con cada uno de los códigos de procedimiento provinciales, atento que mediante aquella normativa al juez le ha sido sustraída dicha facultad de disposición de un menor de edad, lo que implicaría que ningún magistrado podría adoptar una medida de carácter tutelar sobre menores de edad, salvo previa declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 26.061, o bien buscando su fundamento en otra normativa.

Si bien lo mentado afecta a todos los menores de edad que se encuentran sujetos al régimen de la 22.278/22.803, resulta especialmente particular en relación a los menores de edad no punibles, o sea aquellos que no han alcanzado los dieciséis años, o bien quienes no hayan cumplido los 18 años respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda los dos años, multa o inhabilitación (Art. 1 ley

22.278); toda vez que la aplicación de estos principios hace que los procesos, culminen necesariamente en una resolución de archivo o sobreseimiento, sin que corresponda la imposición de medidas cautelares previas, atento implicaría actuar en desconocimiento de principios constitucionales imperantes a los que se ha hecho referencia supra.

Lo paradójico de dicha normativa, es que después de establecer la “no punibilidad”, otorga al juez la facultad de disponer de estos jóvenes por tiempo indeterminado, en forma provisional o definitiva, y hasta que cumplan la mayoría de edad, si se encuentran en “peligro material o moral” o en “situación de abandono, sin existir relación directa entre la cesación del proceso penal y el cese de la intervención coactiva toda vez que el niño continúa siendo objeto de injerencia estatal a través de la aplicación de medidas tutelares según sus condiciones personales.

Así las cosas, resulta claro que lo mentado constituye una injerencia ilegítima del estado en la vida de las personas, en contradicción de lo consagrado específicamente en el art. 16 CIDN, art. 10 ley 26.061, y demás disposiciones constitucionales vigentes y aplicables a todo sujeto de derecho sin diferenciación alguna en razón de su edad¹⁶⁶.

La principal crítica estriba en que la ley 26.601 entró en contradicción con la ley 22.278/22.803, pero no se la menciona en ningún momento en la primera, con lo cual se obvió que esta última tiene la posibilidad de que el juez disponga de los menores y en consecuencia les prive su libertad. Esto se evidencia con jurisprudencia existente que corrobora en la práctica la ejecución de medidas concebidas bajo el paradigma tutelar. Esta situación se debatió en un recurso interpuesto ante la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) de la Ciudad de Buenos Aires para pedir la externación de un joven en conflicto con la ley penal. En líneas siguientes se presenta lo expuesto en el recurso y el fallo de la cámara:

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 1 días del mes de marzo del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y los doctores Ana María Figueroa y Pedro R. David como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 50 y vta. de la causa n(14.943 del registro de esta Sala, caratulada: "Baltasar, Cristian Iván s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y la Defensa Pública Oficial por la doctora Mariana Grasso.//-Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Pedro R. David y en segundo y tercer lugar los doctores Ana María Figueroa y Alejandro W. Slokar, respectivamente.- El señor juez doctor Pedro R. David dijo: Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y

¹⁶⁶ Torres C, M. *Acerca de la inconstitucionalidad de la medida de disposición tutelar sobre menores de edad no punibles*. [Tesis de grado]. Universidad Católica de Cuyo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Postgrado de Actualización en Derecho Procesal Penal, San Luis, 2007, pp. 16-17.

Correccional resolvió confirmar el auto de fs. 24/25 vta., por el cual se había dispuesto "estar al mantenimiento de la internación del joven Cristian Iván Baltasar en el Instituto "San Martín", dispuesta a fs. 4 y 16, hasta tanto se profundice la evaluación del caso desde ese establecimiento".-Contra dicha decisión, el Defensor Ad-hoc de la Defensoría General de la Nación, a cargo de la Unidad Funcional para la asistencia de personas menores de 16 años, interpuso recurso de casación a fs. 77/80 vta., que fue concedido a fs. 91 y vta.-2o) Que el recurrente manifestó que la resolución de la Cámara de Apelaciones es asimilable a sentencia definitiva por el gravamen irreparable que provoca. Señaló que en el caso se habría inobservado los arts. 3º, 37 b) y 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, art. 7º, inc. 2. 3. y 6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9 del pacto de Derechos Civiles y Políticos incorporados a la Constitución Nacional por la Reforma de 1994, en virtud del art. 75, inc. 22".-A su entender, la privación de libertad de Baltazar resulta ilegítima. Ello así, por contar aquel con menos de 16 años de edad al momento de la comisión del hecho que se le imputó, "por lo cual *iure et de iure*, iba a ser declarado inimputable y sobreseído tal y como sucedió conforme art. 1º del Decreto ley 22.278 y art. 336, inc.5 del C.P.P.N.".-Afirmó que "en base a ello, no existe motivo alguno que habilite a mantener su privación de libertad, toda vez que la no punibilidad establecida por la ley penal minoril implica la absoluta imposibilidad del Estado de privar de libertad a las personas menores de 16 años a quienes se acuse de infringir las leyes penales".-Sostuvo, que "este Ministerio Público en oportunidad de contestar la vista en Expte. C.S.J.N. Letra "G" N° 147, Libro XLIV, año 2008, caratulado "Recurso de Hecho deducido por el Fiscal General ante la C.N.C.P. en los autos García Méndez, Emilio y Musa, Laura s/causa n° 7537", sostuvo: "El problema se presenta especialmente en lo que es materia de este recurso, esto es con respecto a los menores de 16 años ("no punibles"), pues, al no existir posibilidad de imposición de pena como resultado de procesos seguidos contra ellos, la aplicación de estos principios excluiría el dictado de una medida cautelar de esos efectos. Ello toda vez que el trámite de estos procesos estaría destinado a finalizar necesariamente en una resolución de archivo y sobreseimiento por lo que la imposición de medidas cautelares previas quedaría absolutamente carente de legitimidad en el marco jurídico argentino".-Citó además el voto de la doctora Ledesma en los autos "García Méndez, Emilio y Musa Laura s/causa 7537", quien se expidió en el sentido que "la disposición sobre el menor genera afectación de principios constitucionales básicos en un estado de derecho donde, pese a no tener consecuencias penales la conducta desplegada (por no ser punible), y sin que exista debido proceso para habilitar la medida, se priva de la libertad de modo desproporcionado e inconstitucional. A su vez, en la práctica existe un margen bastante amplio de discrecionalidad sobre las medidas a adoptar y se aplican criterios de derecho penal de autos, al fundarse la decisión en aspectos que hacen a la personalidad del menor".-Puso énfasis en señalar que "la decisión cuestionada se inscribe en la lógica del paradigma de la situación irregular o modelo tutelar que, como es sabido, resulta violatorio de principios constitucionales básicos como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, entre otros. Por lo demás, dicha decisión sustentada

en la matriz de tal modelo resulta contraria a lo establecido en la ley 26.061 desde que determina que la imposición y seguimiento de las medidas de protección de derechos aplicables a esta franja de menores sea delegada al órgano administrativo, prohibiéndose en forma categórica aquellas que impliquen privación de libertad” (cfr. Ezequiel Crivelli, Bases para un nuevo Derecho Penal Juvenil, Suplemento La Ley, 28/8/2008”).-Por último, señaló que “la decisión cuestionada por esta parte, dice que “y la posterior incorporación de los informes de fs. 43/47, que no han sido aún ponderados por el a quo, determina, por un lado, el acierto de la decisión impugnada y, por otro, la necesidad de que sea el juez de menores quien lo analice en los términos del tercer párrafo del art. 2 de la ley 22.278. Razón por la cual entiendo que es el Organismo Administrativo competente, en este caso el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el que debe evaluar la situación del joven y proceder a la aplicación de las Medidas de Protección de Derechos de la Ley 26.061, arts. 32 y siguientes. Es de resaltar lo prescripto en el art. 36 de la citada norma, que dice: “en ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad conforme lo establecido en el artículo 19”.-En definitiva, peticionó a esta Cámara que haga lugar al recurso de casación, anulando la decisión impugnada; se disponga la libertad de Cristian Iván Baltazar y su egreso junto a su progenitora o derivación a un dispositivo de características abiertas que no implique privación de libertad, acorde a sus necesidades personales; y se ordene, de manera urgente al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que tome intervención a fin de garantizar las medidas de protección de derechos para su defendido.-3) Que se dejó debida constancia de haberse cumplido con las previsiones del art. 465 bis del C.P.P.N., oportunidad en la que la Defensa Pública oficial, mantuvo la impugnación y presentó breves notas.- Explicó, que “existe acuerdo entre la pretensión de la defensa y el criterio de los tribunales respecto a que mi representado continúe con un seguimiento integral que asegure el efectivo cumplimiento de sus derechos y garantías por ser un niño de quince años de edad”; y que “el conflicto radica en el modo en que habrá de llevarse dicho proceso”.-Sostuvo que “la actual privación de libertad es de dudosa constitucionalidad, pues la normativa convencional vigente impone que el proceso regulado de protección integral del niño se realice respetando los derechos y garantías de la persona, dentro de las cuales se haya su derecho a la libertad, en el más amplio sentido”.-Afirmó que “las obligaciones que le caben al Estado en torno al compromiso asumido a nivel internacional de ejercer una protección integral del niño, no puede redundar en su perjuicio, es decir en la aplicación de una medida de máxima restricción a su libertad, sino por el contrario, deberán ser las propulsoras para gestionar un control y seguimiento respetuoso de sus derechos y garantías”; y que “es el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la ciudad Autónoma de Buenos Aires el organismo idóneo para lograr tal objetivo”. Sosteniendo que “de acuerdo a los últimos informes remitidos por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Centro de Régimen Cerrado Gral. San Martín, Cristian Baltazar evidenció un progreso favorable en el último tiempo, que

deberá tenerse en cuenta a la hora de decidir acerca de la procedencia de este recurso", solicitó la inmediata libertad del menor y el cese de la intervención de la Justicia Penal, y la derivación, de ser necesaria para tomar alguna medida asistencial, al órgano local con jurisdicción en el domicilio del niño.- Admitió que "no escapa al conocimiento de la suscripta que los órganos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia no cuentan aún con las políticas públicas que posibiliten excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles", y que ello ya fue reconocido incluso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "García Méndez".-Sin embargo, luego de una entrevista "mantenida con la totalidad de los operadores que intervienen en el presente caso y la progenitora del joven", concluyó que "la libertad es la solución adecuada, con un estricto seguimiento multidisciplinario.-Solicitó, que se autorice el traslado del joven a la Residencia 'Simón Rodríguez' dependiente de la S.E.N.N.A.F. y desde allí trabajar para lograr una vinculación progresiva con la familia otorgando licencias paulatinas con control de un familiar responsable que asuma el compromiso de que el joven sea retirada y reintegrado al centro, con la obligación de inclusión en la escolaridad. Y una vez finalizada dicha licencia se realice por parte de esta institución un informe de evaluación de la medida otorgada "Hizo expresa reserva del caso federal. Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, inc. 2° del C.P.P.N. es formalmente admisible, toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que la defensa invocó la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal; además el pronunciamiento es recurrible pues si bien no es sentencia definitiva, es equiparable a tal por cuanto es susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior. III-Adelanto desde ya que habré de rechazar el recurso de casación interpuesto, en la medida que el recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad en el pronunciamiento del tribunal ni aún su apartamiento de la normativa prevista para la solución al caso.-De las actuaciones se advierte que: A fs. 4, el juez de menores dispuso "que el menor Cristian Iván Baltazar permanezca alojado en el Instituto San Martín a disposición de este Tribunal". Ello, "teniendo en cuenta *prima facie* la gravedad de los hechos que dieron origen estas actuaciones, las características del mismo y la violencia ejercida sobre las víctimas" y hasta tanto se recepcionen los informes correspondientes y se profundicen las entrevistas individuales y familiares a los efectos de ordenar las medidas tuitivas que en este caso amerita con el objeto de delinear una estrategia acorde a la problemática tanto individual como familiar, y de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1°, párrafo 3° de la ley 22.278.

(...)

RESUELVE: I.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en favor de Cristian Iván Baltazar, sin costas (arts. 470 y 471, a contrario sensu, 530 y 531 del C.P.P.N.). II. Remitir al juez de menores, el pedido realizado por la Defensa Pública Oficial a fs. 122 vta., relativo al traslado del menor a la Residencia "Simón Rodríguez", con un régimen de licencias paulatinas con control de familiar responsable, con obligación de inclusión en escolaridad;

para su pronunciamiento. Regístrese (...) ¹⁶⁷.

El fallo anterior demuestra cómo se sigue aplicando el régimen tutelar, violándose derechos fundamentales para niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, sin tomar en consideración las alternativas al régimen de reclusión, como insta la CIDN y la Ley 26.601. De igual forma, puede observarse esto como un vacío con lo cual es necesario remitirse a los fallos de tribunales que buscan solución a este problema jurídico que ha causado la contradicción entre la ley 26.601 con la Ley 22.278/22.803. De igual forma, hay vacíos en cuanto a los jóvenes que estando reclusos en recintos especiales obtiene la mayoría de edad y cuál es el trato que debe darle el juez a estos casos. Conviene retrotraer un fallo del año 2010 de la sala I en lo Criminal y Correccional de Menores:

En la ciudad de Buenos Aires, a quince días del mes de abril de 2010 se celebra la audiencia oral y pública en el presente recurso n° 38.054, en la que expuso la parte de acuerdo a lo establecido por el art. 454 del CPPN (conf. ley 26.374)). La compareciente aguarda en la sala de audiencias del tribunal, mientras los jueces pasan a deliberar en presencia de la actuario (art. 396 ibídem). Cumplida la deliberación, reingresan los jueces.- Consideramos que los agravios expuestos en la audiencia por la defensa oficial de A. no logran desvirtuar la decisión del juez de grado, la que compartimos razón por la cual se habrá de homologar. En tal sentido, es de destacar que el agravio que sostiene la defensa no se dirige a atacar la vigencia de las normas aplicadas por el juez de grado, en particular, el art. 315 y 312 del CPPN, por encontrarse reñidas con la Constitución Nacional tal como el recurso impetrado exige, sino la interpretación que de ellas ha efectuado el a quo al aplicarlas al presente asunto, la cual entiende arbitraria. Es decir, no se impugna la ley misma sino la interpretación que de ella se hace, en un caso concreto. No obstante, habremos de ingresar al caso, teniendo presente para ello lo argumentado por la defensa en la audiencia, en torno a la forma que le ha otorgado a la pretensión, invocando arbitrariedad en la decisión recurrida. En tal sentido, en primer lugar debemos señalar que el juez de grado si bien rechazó el recurso de inconstitucionalidad por no reunir los requisitos de admisibilidad, en la misma fecha (19/3/2010) trató los agravios de la parte al tiempo de resolver sobre la libertad de A. en el incidente de excarcelación del nombrado, también sujeto a la revisión de esta Alzada - causa N° 38.003, cfr. fs. 12/6 que tenemos a la vista-, extremo que le fue anunciado en el mismo auto del rechazo. Sentado ello, e ingresando a la cuestionada legitimidad de la imposición de la prisión preventiva, compartimos los argumentos del juez de grado expuestos en el incidente de mención, toda vez que extinguida que fuera la disposición tutelar operada de

¹⁶⁷ Proceso Penal Juvenil. Recurso de casación. Pedido de externación de imputado no punible. Rechazo parcial. Valoración de informes y gravedad del hecho. Intervención de equipos interdisciplinarios. CNCP, Sala II, Expte: 7.537, 01/03/2012 - Baltazar Cristian Iván s/ recurso de casación.

pleno derecho, solicitada por la defensora pública interviniente en el legajo tutelar, por haber cumplido A. la mayoría de edad, art. 3, último párrafo, de la ley 22.278, extremo que fuera resuelto por el Juzgado de Menores N° 5, el a quo a los efectos de regularizar la situación de privación de libertad que venía revestía A. al momento del dictado de dicha medida (nacido el 9/2/1992, cfr fs. 29 del principal). Por otro lado, como señaló el juez de grado, la decisión cuestionada no impide que el caso continúe según el régimen previsto por la ley 22.278 por ser A. menor de edad al momento del hecho, y más beneficioso en función de las alternativas previstas por el art. 4 de esa norma. En definitiva, una interpretación armónica de ambas leyes nos indica que lo determinante con relación a la aplicación de la ley 22.278 resulta la edad de la persona imputada a momento de comisión del hecho, mientras que en el supuesto del artículo 315 del CPPN, debe considerar la edad del imputado al momento del dictado de su prisión preventiva. Por lo que el supuesto vacío legal al que alude la defensa, o la arbitraria interpretación alegada, no se evidencian en el caso, por la forma en que se resolvió, en definitiva, manteniendo como lugar de alojamiento un instituto de menores, y donde puede seguir siendo sometido al tratamiento especial que brindan esos lugares, a diferencia de lo que pudiera haber ocurrido de disponer el juez su realojamiento en una unidad del Servicio Penitenciario Federal. La solución dada, entonces, ha compatibilizado la regularización de su situación de libertad, por un lado, de acuerdo a la ley procesal que se le debe aplicar a los adultos, manteniendo el lugar de alojamiento para menores a efectos de dar cumplimiento; en cuanto fuere posible (art. 8 de la ley 22.278) con el tratamiento establecido por el inciso 3 del art. 4 de la misma ley, por otro. Más aún, tampoco la situación que venía padeciendo A. antes del dictado de la prisión preventiva, fue cuestionada por la defensa, cuando tanto en uno como en otro caso, su libertad se encontraba restringida. Esta circunstancia, si bien no es achacable a la quejosa, hace a la coordinación interna de trabajo por parte del Ministerio Público de la Defensa, donde, por un lado, no se cuestionó en su momento la disposición tutelar, para luego ser la misma funcionaria de la defensa pública, la que solicita, al llegar a los 18 años y de acuerdo a lo que dispone la ley 26.579, el cese de la disposición tutelar, para por otro, resuelto el asunto de conformidad, porque no sería de aplicación la regla prevista en el art. 315 del CPPN, cuestionar ahora el dictado de la prisión preventiva, reclamando un tratamiento que el propio Ministerio Público de la defensa ha solicitado que cese. A nuestro criterio, repetimos que no existe vacío legal alguno, y es obligación de los jueces, interpretar las normas armónicamente y en su conjunto, por lo que el reproche dirigido al legislador, si bien puede ser plausible, no nos exime de nuestra responsabilidad de interpretar el derecho de aplicación al caso en una forma que resulte acorde a los intereses que están en juego, respetando tanto que en definitiva se cumpla con las disposiciones de la ley 22.278 y, por otro lado, estar a la reciente modificación legislativa en lo que hace a la mayoría de edad. Como ya adelantáramos, la decisión del juez regularizando su situación a través del dictado de la prisión preventiva -y más allá de lo que se pueda resolver sobre esa cuestión por vía del instituto de la excarcelación- fue adecuada a las actuales disposiciones legales al momento en que A. cumplió 18 años de edad. Por otro lado, al haber mantenido como lugar de

alojamiento el instituto, el juez intenta dar cumplimiento; en cuanto fuere posible a que se continúe con el tratamiento ya iniciado respecto del imputado menor de edad que comete un delito. De este modo, y recalando que el Ministerio Público de la defensa no cuestionó la disposición tutelar en su momento, mantener a A. dentro del instituto para que se siga cumpliendo con el tratamiento al que viene siendo sometido es correcto y el dictado de la prisión preventiva no podría, eventualmente, alterar los beneficios y alcances que deba seguir recibiendo atento a las condiciones en que seguirá desarrollando su internación/privación de la libertad. Y decimos eventualmente porque de no poder acceder a algunos de los beneficios que representa estar alojado en el instituto por el hecho de habersele impuesto la prisión preventiva, ello deberá ser materia de análisis puntual en su momento, y no ahora como una cuestión hipotética.-

En síntesis, la única forma legalmente correcta de mantener en detención a un menor que adquiere la mayoría de edad es a través de su prisión preventiva, pero manteniendo como lugar de alojamiento el instituto de menores en el cual se encuentra alojado, salvo auto fundado en contrario que así lo justifique para que pase a estar alojado en una unidad del Servicio Penitenciario. Por las consideraciones expuestas, el tribunal RESUELVE:

I.- CONFIRMAR la decisión obrante a fs. 241 de los autos principales en cuanto fuera materia de recurso (art. 455 contrario sensu del CPPN).-

II.- TENER PRESENTE las consideraciones formuladas en esta resolución, para la eventualidad de que se modifique el lugar de alojamiento del imputado A¹⁶⁸.

El fallo anterior evidencia los vacíos legales que existen y las múltiples interpretaciones que frente a casos similares hacen los tribunales de menores. De acuerdo con esta sentencia de la Sala I, Cámara en lo Criminal y Correccional de Menores, si el menor que ha cometido un delito previo a los 18 años y en cumplimiento de las medidas de internación en establecimientos especiales cumple la mayoría de edad, puede permanecer en el sitio de reclusión de menores, a menos que se disponga lo contrario, toda vez que el fallo o delito lo hizo teniendo 16 años de edad. No obstante, este tipo de situaciones quedan expuestas a interpretaciones y a la naturaleza de cada caso. Se deja abierta la posibilidad de que al cumplirse la mayoría de edad el joven puede pasar a una penitenciaría de adultos, lo cual viola principios de la CIDN y la ley 26.601. En ese sentido, resulta oportuno retrotraer otro fallo sobre el sobreseimiento de la causa a un menor de edad que cometió el delito de robo agravado por uso de arma de fuego seguido de muerte. Esta sentencia indica lo siguiente:

¹⁶⁸ Dieciocho años fallo. Cncrim Y Correc, Sala I. 15/04/2010.

(...) ya han transcurrido más de cuatro años, habiéndose producido todo un proceso de recuperación, arduo, sin que el imputado haya incurrido en infracciones o errores, por lo que retrotraer todo sería un notorio error, debiendo privilegiarse la cuestión tutelar. La Sra. Asesora de Menores, Dra. Grao, coincide con el letrado de la defensa y apoya la Resolución dictada por el Dr. Artigas a la que considera justa y adecuada a la luz de las respuestas brindadas por el imputado al tratamiento, destacando que ha culminado una carrera y está en condiciones de reinsertarse en el mercado laboral, y que una condena echaría por tierra el trabajo que se ha realizado a lo largo del proceso, en orden a su rehabilitación como persona y su reinserción social, lo que destaca nuevamente. Tras ello, P. C., haciendo uso de la palabra que se le concede, expone que sería muy traumático, una pena, y que no sabe si lo podría soportar. La madre de Correa afirma que una sanción sería una marca, que no solo atentaría contra Pablo sino contra toda la familia. Tras ello, tanto el Dr. Camporini como el Dr. Piercecchi reiteran sus postulaciones en breves acotaciones, y lo mismo hace la Dra. Grao que expone que cuando se trabaja con un menor, se le hace saber de la oportunidad que se le brinda, lo que en este caso se ha logrado (Vide fjs. 342/343).- Complejo panorama se nos presenta en el presente caso, y ante el planteo que las partes han expuesto, no solo por lo original y especial que implica la minoridad enfrentada a sus responsabilidades en el campo del delito, con cuestionamientos sobre sus capacidades, sino en particular, por la culminación del hecho en que participara P. C., junto a otro joven, tres meses mayor, cercenándose la vida de un joven de 19 años, en un actuar sin razón alguna.-

Y es complejo, pues ante la decisión que ha emitido en su momento el Sr. Juez de Menores, tiene una repercusión y una consecuencia que no surge solo de la decisión de dejar sin pena a C., sino que parte desde mucho tiempo antes, a partir de que, la tarea de recuperación y posterior tratamiento tutelar tiene un camino que está centrado en la recuperación de C.a, dejada en manos de Asistentes Sociales y psicólogos, con apoyatura familiar e institucional, a poco tiempo de cometido los hechos, ya que desde fines de octubre de 2003, y hasta julio de 2004, en que según consta en el legajo, se lo deja en libertad con algunas restricciones, viviendo en casa de su abuela, habiendo tenido salidas casi todos los fines de semana, no se encuentra fundadamente mención alguna a conceptualización de arrepentimiento sobre la muerte de Germán Owsciansky, habida cuenta que todos los informes hablan elípticamente de mejora conductual, de respuesta al tratamiento, del cumplimiento de órdenes y reglas, de aplicación en sus tareas, de mejora y cumplimiento de sus tareas escolares, que le permiten recuperar un estado estudiantil -hasta ese momento afectado-, que le hacen poder rendir y aprobar las asignaturas que debía, y emprender, tras ello, la capacitación para una profesión -Chef-, que culmina y que en la actualidad, bajo autorización del Tribunal de Menores, afrontar laboralmente en la ciudad de Bariloche, una forma de vida y de actividad en procura de sustento y vocación.- Pero esa pléyade de pautas, insistimos, no menciona, -aunque eventualmente pueda suponerse en alguna forma-, un arrepentimiento expreso, una manera de enfrentar una realidad como es la muerte de un tercero, de otro ser humano, que bien podría haber intentado.- Y ello no solamente es una cuestión que

tiene relevancia en la falta de afirmación de esa aceptación de lo hecho, cualquiera sea la intervención que haya tenido, y aunque pueda aceptarse que no llevaba el arma y no disparó, sino que subyace una pertinaz negativa a admitir inclusive haber estado en la escena del hecho, a lo largo de todo el proceso, donde toda la prueba es obtenida a través de versiones de terceros, conocidos amigos, que lo han oído contar el día de los hechos, algunas circunstancias que confluyen para culminar como lo ha hecho el Tribunal de Menores en la declaración de responsabilidad, y en una grave calificación de culpabilidad, que no ha sido objetada recursivamente, en tácita e implícita aceptación, a la luz de la firmeza adquirida.-

Y es que una persona recuperada, implica una necesidad de admitir su equivocación, su error, su actuación, pues en tanto ello no se cumpla, habrá en la psiquis del culpable una falencia, un aspecto sin resolver, sin expiar, algo que habrá impedido liberar aquello que lo ha afectado, aquello que no ha superado, impidiendo eventualmente el logro de una tranquilidad espiritual. No basta solamente con decir que se trata de dejar de lado la ingesta de droga, si ello hubiera sido un factor relevante en los hechos, sino debería haber un expreso arrepentimiento de haberse puesto de acuerdo en asaltar a otra persona, mediante el empleo de su acompañante de un arma de fuego, e inclusive, después de lesionado y herido a Germán, de haber aprovechado para sustraerle las zapatillas, puesto que Pablo C. no es un cualquiera, es una persona que a esa fecha tenía un correcto grado de educación, un relativo buen pasar de una familia de clase media, y en modo alguno un estado de necesidad, pobreza o abandono, por lo que, ante la muerte de otro joven, semejante, una correcta recuperación hubiera implicado la aceptación del daño causado, y su arrepentimiento expreso ante el Tribunal, sin seguir negando, puesto que esa negativa implica, obviamente, su exclusión consciente y deliberada del daño causado y de su parte de culpabilidad, lo que a su vez, también permite inferir su falta de aceptación e internalización de su accionar, cuestión que, insistimos, debiera haber adquirido como parte de su respuesta y su readaptación socializada, sincerada y humanizada.-Y personalmente, creo que allí existe una falencia de sus padres, que quizás, inconscientemente, tratando de que su hijo olvide ese triste recuerdo, esa desgracia y lamentable acción, en pro de ayudar a la recuperación, dejando de lado esa etapa de la vida, no han insistido en internalizar, en abordaje conjunto, lo que ha significado esa acción, que aunque no haya sido el que disparó, ha costado una vida, joven, como la de él, que ya no correrá, ya no reirá, faltándole a sus padres, de los que era todo su orgullo, razón de vida, hijo único.-Como hemos dicho, el panorama resulta complejo, puesto que si bien en general hemos indicado en caso de menores que delinquen, hemos considerado que la Justicia de Menores, aún y por supuesto, desde el ángulo de la más amplia y mayor comprensión y sentido humanitario hacia ellos, debe cumplir el insoslayable rol de prevención general y especial, haciendo notar adecuadamente la responsabilidad y lo ilícito de su obrar, y si criticada fue la severidad del antiguo derecho en la punición excesiva de menores, tampoco una ingenua o utópica lenidad puede tener derecho a crear la poco favorable sensación de impunidad total de los mismos, o aún la burla de quienes aluden a una “justicia de molinete” (el menor entra o sale de los Tribunales de menores o

establecimientos, sin pena ni gloria), ya que resultaría imperante y dejaría un mal legado para los adultos jóvenes, cuando al llegar éstos a la mayoría de edad penal (18 años), las falencias y faltas de aceptación de su culpabilidad repercutirán en la otra, al amparo de una desafiante anestesia del sentido moral y la responsabilidad.

En tal sentido, se ha resuelto que “Corresponde eximir de pena en los términos del art. 4º, último párrafo, de la ley 22.278 al menor declarado autor penalmente responsable del delito cometido, si aquél ha demostrado comportarse en forma correcta y logrado su reinserción en la sociedad, pues en tales circunstancias la aplicación de la sanción penal devendría perjudicial¹⁶⁹”.

En la sentencia anterior, el sobreseimiento de la causa basado el artículo 4 de la Ley 22.278/22.803 se ejecuta cuatro años después del tratamiento tutelar en un correccional de menores, en el cual el imputado demostró su recuperación y resocialización, así como el arrepentimiento por los hechos cometidos. Si se observan las sentencias traídas a colación, las sanciones previstas siguen consustanciadas con lo que era el Patronato del Estado fijado en la Ley 10.903, derogada por la Ley 22.278/22.803, pero que esta última en realidad se interpreta como una continuación de la primera en vista de que los jueces tienen potestad de recluir a menores en instituciones especiales en aras de su protección. Esta última legislación entra en contradicción con la Constitución vigente y con las leyes de protección integral 26.601, además de las leyes provinciales como la Ley 6.354 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la provincia de Mendoza.

Lo que se puede rescatar es que en la sentencia anterior el sobreseimiento de la causa es en aras del interés superior del menor, en tanto que una pena ocasionaría perjuicios al menor. No obstante, los casos relacionados con delitos contra la vida, particularmente homicidios, generan interpretaciones diferentes y suelen ocasionar las condenas más duras, incluso en los procesos contra menores, a quienes se les recluye hasta que al cumplir a la mayoría de edad pasan a una penitenciaría de adultos. Esto se evidencia en la siguiente sentencia de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín, vinculada con el homicidio calificado perpetrado por un adolescente, que al terminar su tratamiento de recuperación no evidenció la internalización del mismo, por lo que se solicitó trasladarlo a una penitenciaría con una condena de diez años de prisión. Seguidamente se expone una

¹⁶⁹ Acuerdo los Señores Vocales de la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Penal. causa N°2646/03 (registro del Juzgado de Menores N°2 y N° 1986/07 (registro de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario).

parte de la sentencia:

No se puede ignorar la gravedad propia del ilícito del homicidio cometido para lograr la impunidad, máxime en el caso en que hubo un total desprecio por la vida de la víctima ya que su óbito ocurrió cuando se alejaba del lugar del hecho, haciendo imposible su consumación.-

Tal circunstancia no impide considerar en relación a la culpabilidad de los menores que los hechos que pudieran afectar la culpabilidad, adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena. Así surge del fallo de la CSN. M 1022XXXIX, M, D.E. 7/1205, mencionando como tales, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros.-

No hay duda que R. proviene de una familia desintegrada, sin normas de contención adecuadas, con dificultades para integrar su proceso educativo, y problemas adictivos capaces de deteriorar su salud mental y física.-

Tales circunstancias han tenido influencia sin duda en su proceso de resocialización; las sanciones disciplinarias que registra R., señalan la falta de adecuación a las normas institucionales, respecto de la autoridad y convivencia con sus pares, y éstas, no son otras que las normas que tendrá que adoptar en la sociedad al momento de obtener la libertad. Ello, unido a la impresión personal y directa del Tribunal al celebrar la audiencia del art.50 de la ley 10067, con deterioro visible a nivel mental y psíquico, llevan a ponderar la necesidad de aplicarle sanción penal, conforme ley 22.278, reducida ella en la forma determinada para la tentativa, facultad que en el caso implementó el “a quo” en la resolución impugnada.-

Que de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad, que el derecho penal de Menores está fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad, de allí que, al momento de determinar la pena, el Tribunal no puede omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto (C.S.J.B.A. c.1174, M., D. E. y otro).-

Las circunstancias merituadas que hacen a la valoración de la pena en función de los artículos 40 y 41 del C.P. me llevan a considerar procedente disminuir la pena impuesta considerando el grave deterioro que deviene de sus carencias desde los primeros años de su desarrollo.-

Surge de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de su libertad, que ello deberá decidirse como último recurso y por el periodo mínimo necesario, limitándose a casos excepcionales y sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes del cumplimiento de la pena.-

Entiendo que en el caso la condena aplicada resulta un tanto elevada dentro del contexto del derecho minoril, habida cuenta del aspecto negativo que conlleva la privación de libertad, efectivizada en lugares inadecuados y promiscuos y la prioridad de integración social que requieren los jóvenes,

postulo se disminuya la pena impuesta al mínimo de la escala penal correspondiente a la tentativa del delito de homicidio calificado (arts.42, 45, 80 inc. 7º del C.P.) diez años de prisión, accesorias legales y costas, con la salvedad, de que la pena que se opta es la de prisión y no la de reclusión, que también incluye al tipo penal correspondiente.-

Si bien se comparte con la Sra. Asesora de Menores que la detención en una Unidad Carcelaria implica una rigurosa medida de coerción penal, sin una clara función reeducadora, el traslado ordenado por el “a quo” deberá efectivizarse una vez que el procesado se halle firme en su calidad de condenado y cumplida su mayoría de edad civil (art. 6º de la ley 22.278), sin perjuicio de que deberá instar el Señor Juez de Menores la inserción del condenado en lugar especial distinto al de los mayores condenados, y realizar los estudios solicitados por la Asesoría de Incapaces, con la intervención promiscua de Servicio técnico del Tribunal y los Organismos especializados que correspondan, a los efectos de adecuar el tratamiento y ejecución de la condena de R., F. E.-

(...)

S E N T E N C I A

1) CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia y CONDENAR a R. F. E., alias “flaco”, argentino, hijo de J. R. R. y de M. G. V., nacido el en localidad de Los Polvorines, Partido de Malvinas Argentinas, Provincia de Buenos Aires, soltero, con D.N.I. Nro., domiciliado en calle de la localidad de Villa de Mayo, Partido de Malvinas Argentinas, Provincia de Buenos Aires, por ser autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO, cometido el 14 de setiembre de 2002 en la localidad de Villa de Mayo, Partido de Malvinas Argentinas y del que resultó víctima J. N. G., a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISION, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (arts.5, 12, 19, 29 inc. 3ro., 40, 41, 42, 44 y 80 inc. 7mo. del C.P., 10 inc. a), 22, 23, 24, 31, 37 y 38 de la ley 10.067, 1, 2 y 4 de la Ley 22.278 y 69, 263 y 34 del C.P.P. ley 3589 t.o. por DL 1174/86 en función del art. 3ro. de la ley 12059)¹⁷⁰.

Merece en este punto comentar que las competencias de los jueces también han generado jurisprudencia al respecto, toda vez que se han presentado objeciones respecto de qué tipo de jueces deben manejar los casos penales de menores. Esto se vio explicitado en el siguiente fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP) en el año 2008:

El caso: La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal resolvió confirmar la resolución mediante la cual el juez federal dispuso declarar su incompetencia en razón de la materia y remitir la causa a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional a fin de que desinsacule el Juzgado de Menores que debía intervenir en las presentes actuaciones. Contra esa decisión interpuso

¹⁷⁰ Causa n° 40622 - “Rodríguez, Francisco E/homicidio calif.”. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín - Sala II - 13/06/2006.

recurso de casación la señora Fiscal General Adjunta. La Cámara Nacional de Casación Penal dispuso hacer lugar al recurso impetrado, declarando la competencia de la justicia federal para seguir conociendo en esta causa.

1. En el caso de marras, la discusión gira en torno a la especificidad de las autoridades e instituciones, en particular, si son los jueces federales o los jueces de menores quienes revisten tal carácter en los casos en que los menores de edad son acusados de haber infringido la ley de estupefacientes 23.737.

2. Es la especialización y no el nombre o la distribución de competencias lo dirimente. En primer lugar, lo específico viene dado por cuatro bases: leyes específicas, procedimientos específicos, y autoridades e instituciones específicas.

3. Corresponde señalar en primer término que “autoridad específica” no significa “autoridad diferente”, puesto que lo diferente no necesariamente implica especificidad. Una autoridad es “específica” respecto de una determinada materia cuando ha sido seleccionada y entrenada especialmente para atender a las particularidades que la materia de que se trate pudiera presentar. En relación a ello, observo que el a quo ha identificado erróneamente “específico” con “exclusivo” y “excluyente”. De ciertas reglas internacionales pertinentes a la materia surge que la especificidad radica, de modo central, en un “entrenamiento” específico.

4. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing) disponen que “Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción” (confr. regla 22.1). En el mismo sentido, la directriz N° 24 de las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (Directrices de Viena, 1997) se enuncia que “Todas las personas que tengan contacto con niños en el sistema de justicia penal, o que estén a su cargo, deberán recibir educación y capacitación en materia de derechos humanos, de los principios y disposiciones de la Convención, así como de otras reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores, como parte integrante de sus programas de formación”.

5. En las Orientaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño se indica a los Estados partes que en los informes que han de presentar de las medidas adoptadas de conformidad con el art. 40 de la CDN, deben exponer “las actividades de formación organizadas para todos los profesionales que tengan que ver con el sistema de justicia de menores, incluidos los jueces, fiscales, abogados, agentes del orden público, funcionarios de inmigración y trabajadores sociales, sobre las disposiciones de la Convención y otros instrumentos internacionales pertinentes en la esfera de justicia de menores” (confr. Doc. UN CRC/58, 20/11/1996, N° 136).

En tal sentido están también las Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño respecto del Informe Inicial presentado por la República Argentina (1993/1994), allí el Comité ha recomendado que “en la educación y entrenamiento del personal encargado de hacer cumplir la ley, jueces y otros funcionarios de la administración de justicia, se dedique una parte más

amplia a la comprensión de los estándares internacionales sobre la justicia juvenil” (Doc. UN A/51/41, §§ 291-312, N° 18, según la adenda CRC/C/15/Add.35).

6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que uno de los elementos que caracteriza la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley consiste en que los que ejerzan las facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños “deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales” (“Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, sent. 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112, § 211).

7. La misma Corte IDH, en el marco de la Opinión Consultiva N° 17 ha señalado: “109. Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. A sí, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla 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” (artículo 40.3)” (Corte IDH, O.C. N° 17/2002 “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17, § 109).

8. Los jueces de menores en nuestro país no son autoridad más “específica” que el resto de los jueces cuando se trata de conocer de los casos en los que se alega que un niño ha cometido una infracción penal, pues el procedimiento para su selección es el mismo que el que se sigue para los jueces federales, y el Estado no les provee a los primeros un entrenamiento más específico y permanente que a los segundos relacionado con la problemática de los niños, de lo cual pudiese concluirse que aquéllos resultan más especializados para intervenir en esos casos. La especialización no se deriva de la diferente denominación del juez o tribunal, sino de estos elementos.

9. La especificidad de una autoridad se mide no sólo por el entrenamiento, sino también por la circunstancia de que ésta deba aplicar una ley o procedimiento especial con exclusión de otra autoridad. Pero también desde esta perspectiva se llega a idéntica conclusión, pues tanto los jueces federales como los jueces de menores aplican el procedimiento regulado en el Libro III, Título II, Capítulo II del Código Procesal Penal de la Nación y las disposiciones de ley 22.278 cuando deben juzgar a un menor de edad

acusado de haber infringido la ley penal.

10. Los jueces de menores no disponen de la colaboración de otras oficinas del Estado específicamente concebidas y/o entrenadas en el sentido del art. 40.3 de la CDN, a punto tal de justificar que en el caso en el que se acusa a un niño de la comisión de un delito de competencia federal, sería el juez de menores el que dispone de instituciones más específicas para conocer de éste. Tanto los jueces de menores y los federales tienen igual autoridad para requerir la colaboración de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (arts. 43 y 44 de la ley 26.061), así como del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia (arts. 45 y 46 de la misma ley). Por lo demás, los jueces federales de esta ciudad tienen a su disposición la colaboración de una Prosecretaria del Patronato de Menores bajo la órbita de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

11. La existencia de jueces de menores y jueces federales se debe a una distribución de competencias y no a una cuestión de especificidad en los términos del art. 40.3 de la CDH y 5.5 de la CADH, y puesto que el legislador ha decidido mantener en el fuero federal los delitos relacionados con los estupefacientes (conf. art. 34 de la ley 23.737), corresponde en el caso declarar la competencia de la justicia federal¹⁷¹.

El fallo anterior resulta de interés para el análisis en tanto analiza las competencias de los jueces en los casos de menores. Es taxativo en afirmar que las autoridades judiciales que traten casos de menores deben tener la debida formación en esta materia para tomar las medidas de carácter especial y en consideración a los autores implicados, menores de edad. Este tratamiento está previsto en las denominadas Reglas de Beijing. Además, los procesos contra menores deben analizarse bajo la perspectiva de la CIDN en cuanto al enfoque de protección integral, interés superior del menor y en general la óptica de Derechos Humanos que requieren los jóvenes que han incurrido en conflictos con la ley penal.

La sentencia anterior retrotrae los criterios que rigen los procesos vinculados a menores, siendo la discrecionalidad una norma *sine qua non*. De igual forma, retoma la estricta necesidad de que existan tribunales especiales que traten los procesos vinculados con menores en conflicto con la ley penal. No obstante, como alega el mismo fallo, dado que la designación de jueces de menores y jueces federales tienen un mismo proceso, deja abierta la posibilidad de que los jueces federales puedan conocer causas vinculadas a menores tomando en consideración el delito, en este caso delitos vinculados con tráfico de

¹⁷¹ Conflicto de Competencia: Justicia Federal - Justicia De Menores. Estupefacientes. Imputado menor de 18 años a la fecha del hecho. Distribución de competencias. Especificidad. Concepto. Alcance. Bases. CNCP, Sala II, 13/08/2008, "P., P. L. y otros/ Recurso de casación", Reg. 13.069.

estupefacientes.

En ese sentido, los jueces de los casos de menores se estipulan por una cuestión de competencias en cuanto al manejo especial de los procesos y las medidas a tomar, pero en cuanto a especificidad deja abierta la posibilidad de que pueden intervenir otros tribunales.

Se debe hacer la salvedad de que existen diversos fallos que han declarado inconstitucional el actual régimen penal de minoridad, tanto de tribunales nacionales como provinciales, que a su vez instan a los jueces a buscar alternativas idóneas frente a las faltas cometidas por menores de edad. La inconstitucionalidad está planteada en el primer articulado de la Ley 22.278/22.803. A continuación, se expone un fallo que declara la inconstitucionalidad de la ley, particularmente de sus dos primeros artículos. En esta sentencia es destacable la citación de otros fallos y argumentos fundados en el paradigma de protección integral:

I. Que en su oportunidad (fs. 13) el Juzgado aceptó la competencia para intervenir en la presente causa, atento a que el adolescente D J P, de catorce años de edad (fs. 20), estaba involucrado a prima facie en un hecho ilícito que fue objeto de investigación por parte de la Fiscalía Penal de Menores (art. 134 de la Ley N° 6.354) en el Expte. N° 2.460 (actualmente N° 4.049 del Juzgado en lo Penal de Menores) y calificable penalmente como Hurto en Grado de Tentativa (art. 162 en función con el art. 42, ambos del C.P.), a resultas del cual solicitó a este Tribunal se tuviera acreditada la participación de D J P y se resolviera ponderando su condición jurídica de “no punible” (art. 1 ley 22.278/22.803), además de reclamar la aplicación de medidas de protección (arts. 114 inc. “e” y 180 de la Ley N° 6.354).

II. Que este Juzgado resolvió positivamente el pedido de la Fiscalía respecto del hecho (Expte. N° 4.049) y en cuanto al requerimiento de medidas se solicitó en esta causa previamente al Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario del Poder Judicial la realización de controles sociales (fs. 28 y 42) y un psicodiagnóstico (fs. 32), por lo que resta considerar aquí la viabilidad de la aplicación de “medidas de protección”, siendo sobre este particular que el suscripto entiende debe revisar los criterios mantenidos hasta la actualidad en mérito a efectuar una diferente interpretación de las normas provinciales, nacionales y constitucionales que atraviesan la materia penal juvenil.

III. Que las facultades judiciales de “aplicación de medidas de protección” (art. 181 de la Ley N° 6.354) por parte del Juez en lo Penal de Menores se originan en la competencia material asignada por el art. 114 inc. “e” de la Ley N° 6.354, la cual encuentra sustento legal en la potestad de disposición provisoria y definitiva emergente del Régimen Penal de Minoridad (Ley N° 22.278/22.803) respecto de las niñas, niños y adolescentes, y que hallaba su fuente de legitimidad en el instituto del Patronato de la Infancia (Ley N° 10.903). Sobre el particular González del Solar señala que “La ley 10.903 regula el patronato de menores como potestad del Estado que los jueces nacionales y provinciales han de ejercer atendiendo a la salud, seguridad y

educación moral e intelectual de la minoridad.” Para este autor, la “tutela pública...inherente al patronato de menores... persigue el desarrollo integral de la población infanto-juvenil en estado de abandono, peligro moral o protagonista de hechos delictivos”. Finalmente, concluye que “Con la denominación “Régimen Penal de la Minoridad”, esta ley (22.278/22.803) distingue entre los incursores en hechos delictivos dos grandes clases, a saber: la de los menores no punibles, sometidos a la tutela pública cuando se hallan en estado de abandono, peligro moral o material, faltos de asistencia, o con graves problemas de conducta; y la de los menores punibles, que incluye dos subclases: la de los comprendidos entre los 16 y los 18 años al momento del obrar criminoso, sujetos a un régimen eminentemente tutelar -habiendo abandono, peligro o graves problemas de conducta- y eventualmente punitivo, y la de los mayores de 18 años, a quienes se aplica el régimen penal común en ejecución en establecimientos especiales.” (José González del Solar, “Delincuencia y Derecho de Menores”, Depalma, págs. 155/156).

IV. Que esta legislación nacional venía sufriendo serios cuestionamientos doctrinarios en orden a su constitucionalidad, puesto que resultaba contradictoria en forma y esencia con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (arts. 37 y 40) y más recientemente con la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8, 19 y 25), ello a la luz de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 17 titulada “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, cuando -por ejemplo- razona en el Párrafo 113 que “En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad”.

Asimismo, denunciando la arbitrariedad del sistema penal juvenil argentino se había manifestado -entre otros- el actual Ministro de la SCJN, Eugenio Raúl Zaffaroni, al decir: “Los aspectos que lindan el derecho penal se hallan regulados por la ley de facto 22.278, que modificó la 14.394 y que, a su vez, fue modificada por las leyes 22.803, 23.264 y 23.742, caracterizadas todas por una fuerte ideología tutelar, en abierta contradicción con las disposiciones del derecho internacional, y además de la Constitución (inc. 22 del art. 75). Por consiguiente, muchas de sus normas son inconstitucionales”. Y sobre el art. 1° de la Ley N° 22.278/22.803 señalaba: “Entendida textualmente esta disposición, implica que cuando el juez se halla frente a un menor de dieciséis años imputado de un delito, hace lo que quiere.” (E. R. Zaffaroni/A. Alagia/A. Slokar, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Bs.As., Arg., pág. 180).

De igual manera se ha pronunciado hace bastante tiempo la autora Zullita Fellini, cuando expresa que “La aplicación de medidas de seguridad para menores ha dado lugar a un sistema normativo especial, cuya evolución ha originado la existencia de un llamado derecho tutelar que tiende a modificar la personalidad del joven delincuente, poniendo mayor énfasis en sus características personales que en la naturaleza y gravedad del hecho cometido. Ejemplo de esto es la ley n° 22.278, en cuya virtud los menores

quedan sometidos a regímenes diferentes según sus edades (...) Sin duda, la ley n° 22.278 consagra un verdadero derecho penal de autor, que coloca jurídicamente a los menores de edad en situaciones de real vulnerabilidad (Zullita Fellini, "Derecho Penal de Menores", Ed. Ad- Hoc, Bs.As., 1.996, págs. 58/59). Luego la autora citada afirma: "La inconstitucionalidad del sistema de menores se basa en someter a los menores de edad en situación penal a un régimen llamado durante casi un siglo "tutelar", y en función de ello separarlos del privilegio que constitucionalmente les es debido en su condición de sujeto de derechos. Ello se deriva de suponer que cuando un niño o adolescente ingresa en el sistema penal, en realidad lo hace en un sistema tutelar, que debería cuidar de su condición biológica y psicológica. Por lo tanto, no se lleva a cabo un juicio contradictorio entre los intereses del mismo y el Estado, sino un juicio tutelar donde el Estado como tal, velará por el menor y la protección de sus derechos. Esto no ha sucedido así. Con la vocación proteccionista tutelar, reiteradamente se han violado sus derechos y garantías constitucionales, convirtiéndolo legislativamente en la figura más parecida a la del incapaz por deficiencia mental..." (ob. Cit. Págs. 62/63).

Sin agotar la lista de la doctrina alineada en una postura crítica a la legalidad de la legislación nacional, puede mencionarse otro autor como Mauricio Luis Mizrahi, quien sostuvo hace ya unos años que "Difícilmente podrá postularse hoy (1999) la vigencia de las leyes 10.903, 22.278 y 22.803 (...) conforme a las cuales el juez tiene la facultad de "disponer" del niño sin plazo ni medidas de control. Se trata de dispositivos que consagran la omnipotencia judicial y que, consecuentemente, no contemplan garantías procesales de ninguna especie. Con el pretexto de su "protección", se autoriza al órgano jurisdiccional a ordenar la privación de libertad del niño que en los hechos importa la aplicación de una pena; y ello sin posibilidades de que se ejerza adecuadamente el derecho de defensa." (Mauricio Mizrahi, "El proyecto de ley de régimen integral de protección a los derechos del niño y del adolescente", Revista La Ley, 01/09/99).

V. Que también a nivel jurisprudencial se observan algunos pronunciamientos en esta perspectiva, resolviendo recientemente por ejemplo el Tribunal de Menores N° 3 de Mar del Plata , provincia de Buenos Aires, "Declarar inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley 22.278, en cuanto otorgan la facultad al juez de menores de disponer provisoriamente de la persona menor de 18 años imputada de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad superior a dos años" (Expte. XP del Tribunal de Menores N° 3 de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, publicado www.surargentina.org.ar).

En tanto que la Sala I de la Cámara Nac. de Apel. en lo Crim. y Correccional había considerado anteriormente a este precedente la inconstitucionalidad de los arts. 2° y 3° de la Ley N° 22.278/22.803, al señalar que "...tanto los arts. 2° y 3° de la ley N° 22.278/22.803, como el art. 412, segundo párrafo, CPPN, autorizan al juez penal -en la primera norma más bien es un mandato- a disponer provisoriamente de la persona menor de 18 años de edad imputada de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad superior a los dos años. Esta medida se justifica en la necesidad de cumplir tempranamente el tratamiento tutelar exigido por el art. 4° de dicha norma

para aplicar la pena correspondiente o definitiva del joven cuando “de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro moral o material, o presenta problemas de conducta” (conf. Art. 2º, ley 22.278/22.803). Tanto una como otra implica la restricción de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el discernimiento de la guarda del joven dispuesto, y supone amplias facultades discrecionales en cabeza del órgano jurisdiccional para adoptar cualquier tipo de medida - incluso la internación- (conf. Art. 3º, ley citada). (...) Estas disposiciones evidentemente entran en colisión con el derecho al debido proceso y el principio de inocencia, que exigen que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena.” (“Famoso, Elizabeth y ot.”, 17/03/04, La Ley 2004-D-809). En el nivel superior de la judicatura, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se manifestó en el caso “Maldonado” (M.1022.XXXIX, “Rec. De hecho-Maldonado, Daniel Enrique y ot. S/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - causa 1174, CSJN, 07/12/05) expresamente en contra de la Doctrina de la Situación Irregular, al sentenciar: Párrafo 24: “La ley 22.278, que es la pieza jurídica fundamental nacional en la materia prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores...” (...) Párrafo 25: “...una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas, disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación.” (...) Párrafo 25: “...otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición... privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “internados”o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. (...) Párrafo 27: “...siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio”.

I. Que un órgano internacional con la trascendencia e importancia del Comité de los Derechos del Niño (art. 44 de la CDN) se manifestó sobre la situación de la “Administración de la Justicia de Menores” en la República Argentina en el informe del 09/10/02, expresando que “El Comité nota con satisfacción de que se ha aprobado el proyecto de ley sobre la responsabilidad penal de los menores, en el que se establecen límites para dicha responsabilidad y los procedimientos que deben aplicarse, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención. En cambio, el Comité reitera su profunda preocupación por el hecho de que la Ley N° 10.903, de 1919, y la Ley N° 22.278, que están vigentes y se basan en la doctrina de la “situación irregular”, no distinguen claramente entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia.”. Por eso recomienda a la República Argentina que “a) Revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los artículos 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la

materia, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia d menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); y c) “Se asegure de que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección”.

VII. Que aguijoneado por estas recomendaciones -entre otros tantos motivos- y después de muchos rodeos el legislador nacional sancionó el pasado 28/09/05 la Ley N° 26.061 titulada como “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. La norma de mención deroga en su art. 76 la cuestionada Ley N° 10.903 y con ello elimina claramente el instituto del “Patronato del Estado”, cuyas ramificaciones se extendían a la Ley N° 22.278/22.803. Consecuentemente suprime toda potestad de los Jueces de disponer de la persona de niños, niñas y adolescentes por motivos tutelares, sea que se encuentren en peligro materia o moral, sea que presenten problemas de conducta, o sea que se les atribuya haber protagonizado hechos delictivos. (...)

RESUELVO:

I. DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 1° de la Ley N° 22.278/22.803 en cuanto faculta a la autoridad judicial a disponer provisional o definitivamente de las personas menores de edad “no punibles” respecto de las cuales existiere imputación de un delito; y del art. 114 inc. “e” de la Ley N° 6.354 de la Provincia de Mendoza en cuanto habilita al Juez en lo Penal de Menores a tomar medidas de protección respecto de los menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas (arts. 31, 75 inc. 22 y 116 de la Const. Nac.).

II. DECLINAR la competencia para entender en esta causa N° 3.904 caratulada “P, D. J. p/Medidas de Protección” y remitir la misma en forma definitiva al Juzgado de Familia de Tupungato perteneciente a la Cuarta Circunscripción Judicial de la provincia de Mendoza a los fines dispuestos por el art. 53 de la Ley N° 6.354, dejando planteado el conflicto negativo de competencia ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza para el caso de que no sea compartido el criterio sostenido por el suscripto (art. 120 de la Ley N° 6.354 y art. 40 del C.P.P., Ley N° 1.908)¹⁷².

De igual forma, debe citarse el fallo de la causa “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina”, en la cual la Sala III de la Cámara de Casación Penal declaraba la inconstitucionalidad del artículo 11 de la ley 22.278, cuya sentencia luego fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la cual ratificó la constitucionalidad de la ley. A continuación se expone:

Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur,

¹⁷² Autos y Vistos. Expte. N° 3.904. “P, D. J. P/Medidas de Protección”. Tunuyán, 19/10/2006.

resolvió: "II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados. III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto. IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061. VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la libertad progresiva de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss. de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que Cuna vez comprobada la edad del menor en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11:30 hs. a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas

(...)

Como conclusión, el Comité recomendó a la Argentina, *inter alia*, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan

protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c). 6º) Que, con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que —en esta materia— tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866). Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos: 330:4866, 4873/ 4874); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional). No es asunto de desaprobar solamente leyes que, basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general —como la apelada— que, con el sincero espíritu de crear mejorar la situación ya grave, no la favorezca y —eventualmente— en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger. Es dable afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte. 7º) Que, de todos modos, el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, a la de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por consiguiente cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo). 8º) Que el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes "debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los

Municipios (...) en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos, (...) c) recursos económicos; (...) e) medidas de protección de derecho" (arts. 32 y 33). Por lo tanto y en atención a todo lo que se lleva dicho, resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño). En este orden de razonamiento, corresponde requerir a los Poderes Ejecutivos Nacional y local para que, a través de los organismos administrativos correspondientes, en un plazo razonable, adopten las medidas que son de su resorte. 9º) Que la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho. En este cometido, la medida adoptada aparece como la más adecuada para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Aquella se funda en el rol institucional que le compete a esta Corte como Poder del Estado, sin desentenderse de las relaciones que deben existir con los otros poderes, los que —claro está— se encuentran también vinculados con el propósito constitucional de afianzar la justicia. Dichos departamentos de Estado constituyen, en el caso concreto, el canal adecuado para llevar a cabo aquellas acciones sin cuya implementación previa, se tornaría ilusoria cualquier declaración sobre el punto. 10) Que el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional (Caso "Ultima tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)" Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). No se deja de apreciar entonces, que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1 Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre "las medidas de otra índole" que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos: 318:514). En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño). 11) Que, la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, únicamente deroga a la ya citada ley 10.903. Por lo tanto, la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma

progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos. Es menester tener en cuenta una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 310:195; 320:2701; 321:2453; 324: 1481, entre otros). Y comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 292:211; 297:142; 307:2053, 2070). 12) Que también les concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en la que se encuentran los niños sujetos a internación (densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal), con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños. En especial, deberán revisar, permanentemente y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación. Todo ello implica no otra cosa que el cumplimiento del artículo 3º, tercer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo cuanto sea incumbencia de los jueces. Por otra parte, específicamente, en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño, ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal, "si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños" (Observación General N° 10/2007, "Derechos del niños en la Justicia de menores", del 25 de abril de 2007, párr. 31). En efecto, es función también de los magistrados competentes en la materia, adoptar dichas medidas, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia servicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, teniendo como horizonte su interés superior. Ello, con el fin de evitar la estigmatización y no solamente porque resultan más beneficiosas para el menor, sino también para la seguridad pública, por la criminalización que, a la postre, puede provocar la institucionalización y el consiguiente condicionamiento negativo. Obviamente, que en el ejercicio de dicho rol, les corresponde controlar, no sólo su procedencia en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como, la vigencia de su necesidad y razonabilidad. 13) Que, en tales condiciones, corresponde requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional y a que, los poderes Ejecutivos Nacional y local, a través de sus organismos administrativos competentes implementen efectivamente las medidas que son de su resorte. En consecuencia, se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con

competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos. Por ello, se hace lugar a la queja, y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Acumúlese la queja al principal, hágase saber, practíquense las comunicaciones ordenadas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo Nacional y local, y a la Cámara Nacional de Casación Penal a efectos de que transmita la presente a todos los jueces competentes en la materia, a la Defensoría General y a la Procuración General de la Nación. Oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY¹⁷³.

El fallo anterior llama a ordenar el sistema penal juvenil con arreglo a la CIDN y los demás convenios internacionales en la materia que hacen énfasis en la protección integral y el interés superior del menor. También se insta a buscar mecanismos alternativos a la resolución de conflictos en casos de menores infractores.

La jurisprudencia citada y analizada en este apartado evidencia los vacíos legales que genera la existencia de un Régimen Penal de Minoridad que aún mantiene vigente la tutela y protección del menor por parte del Estado. Esto ha supuesto contradicciones que deben resolverse por la vía de la interpretación en tribunales nacionales y provinciales, más aún cuando está vigente otro esquema que apena a la protección integral y que vela por el interés superior del menor. A su vez, está en auge una novedosa forma de hacer justicia basado en la justicia restaurativa y el principio de oportunidad, que suele ser empleado en diversos países del mundo en los casos de delitos cometidos por menores.

Cabe mencionar que una modificación de la edad de imputabilidad para menores acentuaría el enfoque punitivista en el sistema de justicia penal minoril y pondría al país en una situación mucho más regresiva en cuando a derechos conquistados por la niñez y adolescencia, lo cual también es inconstitucional. Además, la inconstitucionalidad de esta ley se basa en el hecho de que contraría el espíritu y los principios establecidos en la CIDN, la Ley 26.601 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley 6.345 de la provincia de Mendoza.

¹⁷³ García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537 (2/12/2008).

Sin embargo, es oportuno mencionar las consideraciones realizada por el Dr. Crivelli en su libro de la cual se desprende que el sistema argentino de justicia penal juvenil, conforma, en la actualidad, un modelo de transición entre el modelo tutelar o “de la situación irregular” y el de responsabilidad o “de la protección integral”, pues, a nivel provincial, se encuentran vigentes normas que consagran aspectos propios del sistema de justicia, mientras que, a nivel nacional, aún se mantiene una estructura de naturaleza tutelar. Esta insólita mezcla o confluencia de modelos antagónicos en dos niveles paralelos – simultáneamente vigentes- encuentra explicación en las características del diseño constitucional argentino como ha sido señalado anteriormente. De este modo, se ha configurado un modelo de naturaleza mixta o más bien híbrida pues, en algunos aspectos – los sustanciales: ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, consecuencias jurídicas – continúan vigentes los parámetros del modelo tutelar, mientras que, en otros – principalmente procesales-, se han consagrado, en gran parte, las pautas del sistema de justicia o responsabilidad¹⁷⁴.

Por otra parte, se han aferrado a un modelo caduco consolidándose, como enseña García Mendez, una especie de corriente neominorista o neotutelarista que pretende a toda costa la subsistencia de la legislación vigente bajo la excusa de su posible aplicación a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹⁷⁵.

Los austeros cambios legislativos no han sido debidamente acompañados por reformas institucionales, lo que, sumado a la ausencia de apoyo presupuestario, ha impedido el logro de los objetivos primordiales del sistema. A ello se añade la distancia y tensión permanente entre los precarios lineamientos normativos, las políticas públicas de corto alcance y la realidad social, que agravan las condiciones en que se materializa la administración de justicia en su conjunto.

Se ha llegado a un punto en que, dadas las mencionadas falencias, el sistema se encuentra en un estado de absoluta desintegración. No provee ni tratamiento ni respuestas

¹⁷⁴ Crivelli, Aníbal E. Derecho Penal Juvenil, Ed. B de f, 2014, pag.261/262

¹⁷⁵ *Ibid*, pág. 362

legítimas a nivel jurídico, es decir, no logra alcanzar ninguno de los objetivos proclamados a nivel teórico. Ello coloca al Régimen Penal de la Minoridad en una grave crisis de legitimidad, pues las bases sobre las que se asienta se encuentran seriamente debilitadas y carentes de sustento.

Es evidente que si se pretende instituir un sistema de justicia penal juvenil diferenciado, debe en primer lugar, adecuarse la legislación a los estándares internacionales. Asimismo, deben instrumentarse las modificaciones necesarias para hacer efectivos los objetivos proclamados legislativamente, con el debido soporte institucional y presupuestario¹⁷⁶.

¹⁷⁶ *Ibid*, 363.

CAPÍTULO IV.
RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA
PROVINCIA DE MENDOZA

1. Ley 6.354 “Régimen Jurídico de Protección de Minoridad”. Tratamiento de la Ley 9120.

Con la ratificación de la Convención Internacional de Derechos del Niño y el Adolescente (CIDN), así como la aprobación de la Ley 26.601 de Protección Integral para Niños, Niñas y Adolescente, las provincias también adoptaron normativas similares de protección y derechos para este sector de la población. Es ocurrió en nuestra provincia de Mendoza con la Ley 6.354 de “Régimen Jurídico de Protección de Minoridad”. Sin perjuicio de ello, la Ley 6.354 fue derogada parcialmente por la ley 9120 enfocándose estrictamente en el ámbito de familia y de violencia familiar.

La ley 6.354 fue una de las más avanzadas en materia de niñez y adolescencia en la provincia, puesto que fijaba la posición jurídica en cuanto al respeto de los derechos y las garantías para los infantes y adolescentes, así como su trato especial en cuanto personas en desarrollo. Además, la provincia confirmó su compromiso de promover políticas públicas para mejorar la calidad de vida de los niños y jóvenes. En este apartado se presentará lo dispuesto en la actual ley 9102, comenzando por sus primeros artículos:

La presente ley tiene por objeto establecer la normativa procesal para hacer efectivos los derechos y deberes establecidos en las Leyes de fondo, regulando los procesos de familia y de violencia familiar

Las disposiciones de ésta Ley deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales ratificados por la Nación Argentina, las Leyes de la Nación y la Constitución de la Provincia de Mendoza.

En el siguiente artículo la ley establece la necesidad de coordinar la protección de

los derechos de los niños.

Actuación coordinada con los organismos administrativos de protección de derechos. Si la persona víctima de violencia familiar fuere un niño, niña o adolescente, adulto mayor, incapaz o con capacidad restringida, mujer o persona con discapacidad se derivará la situación inmediatamente a los órganos administrativos encargados por Ley de la ejecución y/o aplicación de las políticas públicas destinadas a cada uno de esos grupos; con el objeto de que tomen conocimiento de la situación, adopten las medidas que estimen pertinentes y soliciten las medidas conexas en caso de corresponder, sin perjuicio de las disposiciones emanadas del/la Juez/a intervinien¹⁷⁷.

De igual forma, el instrumento legal instituyó la creación de un Consejo Provincial de la Niñez y Adolescencia, en el marco del mandato que tienen los Estados de crear instituciones para favorecer los derechos y garantías de niños y adolescentes:

A los efectos de la promoción y protección de los derechos del niño y el adolescente y de la aplicación de la presente ley, compete al consejo provincial de la niñez y adolescencia, el asesoramiento para la formulación y coordinación de la política general infanto-juvenil; a la dirección provincial de la niñez y adolescencia, su programación, ejecución y evaluación; y a la justicia, la decisión de los casos en que existan cuestiones de derecho que sean objeto de controversia o conflicto legal y los casos expresamente contemplados en esta ley¹⁷⁸.

Lo relativo a la conformación y estructura del consejo provincial de la niñez y adolescencia se encuentra dispuesto en el Título II de la norma. De igual forma, en correspondencia con la Ley 26.601 la ley 6.354 también dispone en el capítulo II todos los derechos y garantías de niños y adolescentes, destacándose en la materia que nos concierne el artículo 9, que contempla el derecho del niño y adolescente a ser escuchado y a garantizar sus derechos frente a procesos judiciales. Además, contempla la imposibilidad de que el niño o adolescente sea apartado de su círculo familiar o guarda jurídica, a menos que existan motivos graves¹⁷⁹. De la siguiente manera la ley fija lo relativo a las garantías de los jóvenes en conflicto con la ley penal:

El estado garantizara al niño y adolescente en el proceso penal, los siguientes derechos y garantías:

a) a ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad;

¹⁷⁷ Ley 9120, art.87.

¹⁷⁸ *Ibid*, art. 3.

¹⁷⁹ Ley 6.354, art. 10.

- b) al pleno y formal conocimiento del acto infractor que se le atribuye y de las garantías procesales con que cuenta;
- c) a la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrá producir todas las pruebas que estimare convenientes para su defensa;
- d) a la asistencia de un asesor letrado a su elección o proporcionado gratuitamente por el estado;
- e) a ser oído personalmente por la autoridad competente;
- f) a solicitar en forma inmediata la presencia de sus padres o del responsable, a partir de su aprehensión y en cualquier fase del procedimiento;
- g) a que sus padres, tutor o guardador sean informados, en el momento de su imputación y en caso de aprehensión, del lugar donde se encuentra, hecho que se le imputa, juzgado y organismo policial interviniente;
- h) a no declarar contra sí mismo; y, i) a que toda actuación referida a su aprehensión y/o detención y los hechos que se le imputaren sean estrictamente confidenciales¹⁸⁰.

En lo estrictamente limitado a la justicia penal juvenil, la Ley 6.354 dispone la creación del Tribunal Penal de Menores, un Juzgado Penal de Menores y el Ministerio Público Fiscal. Las competencias del juez penal de menores de acuerdo a la ley son:

- a) practicar las medidas que le correspondan durante la investigación del agente fiscal;
- b) proveer en la audiencia preliminar;
- c) el juzgamiento, en única instancia, de los delitos imputados a menores que a la fecha en que se promueve la acción no tengan más de dieciocho (18) años, cuando la ley establezca para la infracción una pena que no exceda los diez (10) años de prisión y se optare por el juicio abreviado;
- d) el juzgamiento de las faltas cometidas por menores hasta los dieciocho (18) años; y, e) tomar las medidas de protección respecto de los menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas¹⁸¹.

Resulta oportuno destacar que la ley 6.354 estipula que “cuando un menor deba ser juzgado después de haber cumplido los dieciocho (18) años de edad, por un hecho cometido antes de esa edad, será competente la justicia en lo penal de menores”¹⁸². Asimismo, sobre la actuación de la policía en la detención de menores la ley es clara en los casos en que se

¹⁸⁰ *Ibid*, art. 11.

¹⁸¹ *Ibid*, art. 114.

¹⁸² *Ibid*, art. 116.

permite y en qué condiciones y circunstancias:

Los oficiales y auxiliares de la policía judicial u organismo que ejerza sus funciones, podrán aprehender, aun sin orden judicial, a un menor:

- a) cuando intentare un delito, en el momento de disponerse a cometerlo.
- b) cuando se fugare estando legalmente detenido.

En todos los casos deberán comunicarlo al agente fiscal en el plazo de dos (2) horas de producida la aprehensión y asentarlos en el registro de detenidos, detallando los motivos que determinaron su accionar, aportando las pruebas que obraren en su poder o indicando el lugar donde se encontraren las mismas.

Art. 126 La detención de un menor no procederá sin orden escrita de autoridad competente, salvo el caso de delito flagrante reprimido con pena privativa de la libertad.

Art. 127 En caso de aprehensión o detención, deberá permitirse al menor que se comunique con sus padres, tutor, guardador; o familiar o persona de su amistad, en ausencia de los demás¹⁸³.

Art. 128 - Cuando se proceda a la detención se lo conducirá a la sede del organismo judicial en turno o del que emana la orden de detención, si fuere día y hora hábil; caso contrario se lo alojara en los establecimientos de la dirección provincial de la niñez y adolescencia, dando inmediato aviso a la autoridad judicial que deba intervenir. **Nunca deberán ser alojados los menores en un local que se destine a personas mayores.** El destacado negrita me pertenece.

El articulado anterior procura garantizar que la detención de niños y adolescentes sea bajo estrictas normas que resguardan derechos y garantías. Resulta común el maltrato de funcionarios policiales, así como las detenciones ilegales o sin justificación sobre la base de preconceptos o predisposición respecto de grupos de población, por lo general hacia los jóvenes más vulnerables. A propósito, *supra* se mencionaron investigaciones que evidencian las detenciones ilegales, torturas y cateo de parte de la policía.

La ley en general resulta muy avanzada, toda vez que estipula paso a paso el procedimiento en el caso de menores en conflicto con la ley penal, desde la detención, denuncia, el sumario, la audiencia preliminar. En el apartado relativo a la audiencia conviene comentar el establecimiento del principio de oportunidad para evadir el proceso persecutorio y punitivista por la vía de una mediación o un arreglo entre las partes involucradas. A continuación, el articulado que fija esta posibilidad:

En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad, para evitar la promoción de persecución penal o para hacerla

¹⁸³ *Ibid*, art. 125

cesar, el agente fiscal, el imputado o su defensor, podrán solicitar al juez en lo penal de menores el archivo de la causa.

Cuando la ley penal establezca la suspensión del juicio a prueba, el juez en lo penal de menores deberá hacer conocer esta circunstancia al menor y a su representante, bajo pena de nulidad de la audiencia¹⁸⁴.

La suspensión del proceso a prueba, basado en el principio de oportunidad, posibilita la elaboración de un compromiso donde el joven se compromete a ciertas reglas de conducta. Entre otros mecanismos que evitan a los jóvenes atravesar por un largo proceso judicial, la norma prevé los mecanismos para un juicio abreviado que no someta al menor a un debate oral, lo cual significaría un perjuicio para el niño o adolescente, para su desarrollo integral, su estabilidad psíquica y emocional. Se instituye esta modalidad en los casos de delitos que conllevan diez años o menos de prisión de acuerdo con el Código Penal¹⁸⁵.

Otro aspecto que se puede destacar de esta norma es que, si bien contempla medidas de tutela o protección, las mismas se instituyen invocando el interés superior del menor. La norma fija taxativamente estas medidas, que en ningún caso establecen la reclusión o internación del menor en una institución. Se enumeran las modalidades de protección contempladas:

- a) orientación de los padres, tutor o guardador a efectos que ejerciten las obligaciones derivadas de su calidad de tales;
- b) seguimiento y apoyo temporario del niño y del adolescente y de su familia;
- c) entrega del niño o adolescente a sus padres, tutor o guardador, bajo periódica supervisión;
- d) inclusión en programas oficiales o comunitarios de protección a la familia y al niño y adolescente;
- e) matriculación y asistencia obligatoria en establecimientos de enseñanza formal o no formal;
- f) adquirir oficio, estudiar o dar prueba de un mejor rendimiento en estas actividades;
- g) solicitud de tratamiento médico, psicológico, o psiquiátrico;
- h) inclusión en programas oficiales o comunitarios de orientación y tratamiento de alcohólicos y drogadependientes
- i) inclusión en sistemas de tratamiento médico o psicológico, en régimen ambulatorio o de internación;
- j) colocación del niño o adolescente en régimen de guarda por programa especiales, con periódica supervisión, solo si la medida prevista en el inciso c) del presente artículo, fuere manifiestamente perjudicial a los intereses de aquellos;
- k) abstención del consumo de bebidas alcohólicas y de sustancias prohibidas

¹⁸⁴ *Ibid.*, arts. 150-151.

¹⁸⁵ El juicio abreviado está previsto en el Capítulo III de la Ley provincial N° 6.354.

o, que, sin estarlo, sean consideradas inconvenientes; y, l) alojamiento en establecimientos de atención, oficiales o comunitarios. La medida prevista en este inciso es de carácter excepcional y provisorio, como última instancia de contención y sin que implique restricción a la libertad, hasta tanto el niño sea derivado a programas especiales¹⁸⁶.

Es oportuno mencionar que la internación de un joven significa la incorporación del mismo en lugares que no pueda abandonar por propia voluntad. Uno de los ejemplos de ello en la provincia de Mendoza es la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil (ex COSE) o bien la Comisaría del Menor para detenciones provisionales de jóvenes que a prima facie hayan cometido algún delito con pena privativa de la libertad.

Sin embargo, los criterios de internación deben estar sujetos a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar del joven que esté internado.

Un aspecto muy importante a destacar es que la internación solo podrá aplicarse en los siguientes casos:

a) se tratare de un acto infractor cometido mediante grave amenaza a la integridad física o violencia en las personas;

b) por incumplimiento reiterado e injustificado de las medidas impuestas en virtud del artículo 180 de la ley 6354. En este caso la internación no podrá ser superior a tres (3) meses. En ningún caso se aplicara la medida de internación existiendo otra más adecuada.

Además, hay que recalcar que en ningún caso la medida podrá ser dispuesta por un plazo superior a un (1) año, vencido al cual el menor deberá ser puesto en libertad o colocado en régimen de semi-libertad o libertad asistida.

No obstante, el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza ha establecido como precedente que habiendo declaración de responsabilidad penal del imputado y dependiendo de la gravedad del delito, estos plazos no son ordenatorios para el Tribunal.

Continuando con los alcances de las medidas de internación, ésta debería ser revisada de oficio por el juez cada tres meses como máximo o en cualquier momento, a petición de parte, de quien tenga la guarda.

¹⁸⁶ Ley 6.354, art. 180.

Como se puede evidenciar, se trata de una ley con un importante grado de avance en cuanto a derechos y garantías para niños, niñas y adolescentes, que va en consonancia con lo estipulado por la CIDN, así como por la ley 26.601. Por el contrario, este régimen penal minoril de avanzada resulta contradictorio respecto de la ley nacional 22.278/22.803 de Régimen Penal de Minoridad.

Entre las principales incongruencias está el hecho de que la ley 22.278/22.803 de Régimen Penal de Minoridad deja muchos vacíos, que en el caso de la provincia están resueltos por la vía del principio de oportunidad y en la justicia restaurativa o reparadora. Resulta de especial significado el hecho de que los menores en proceso de resocialización puedan acogerse a programas sociales que le permitan la recuperación y la readaptación social, en lugar de ser sometidos a procesos de tutelaje que privan de la libertad al menor y le imponen una suerte de marca al enfrentar un proceso penal común, que no contribuiría en nada en la reparación del daño ocasionado ni mucho menos en su proceso de resocialización y desarrollo.

CAPÍTULO V.

LA BAJA DE LA EDAD DE IMPUTABILIDAD Y ALTERNATIVAS A LAS PENAS PARA MENORES

1. El debate público de la baja de la edad de imputabilidad

En el año 2002, un adolescente estuvo involucrado como autor material del homicidio del custodio del para el momento Canciller de la República, Carlos Ruckauf. Este suceso volvió a poner en escena el debate, ya clásico, sobre la baja de la edad de imputabilidad. Desde entonces, veintisiete proyectos de minoridad penal han ocupado la atención de Diputados y Senadores del Honorable Congreso Nacional.

En el año 2004, veintitrés proyectos mantenían estado legislativo, de los cuales quince proponían regímenes de responsabilidad penal juvenil. Estas propuestas partían de la concepción de la persona joven como consciente de sus actos y por tanto con capacidad para responder por ellos. Así, mayoritariamente los proyectos propusieron regímenes para menores de 18 años y mayores de 14 años. Por su parte, sólo cuatro de los proyectos establecían tratamientos diferenciados para los adolescentes en conflicto con la ley cuyas edades estuviesen entre los 14 y los 15 años.

La mayoría de los proyectos presentados en el Congreso en el año 2007 presentaban un Régimen Penal Juvenil, concebido como “un proceso con garantías y respeto de los derechos de los jóvenes”. De estos proyectos, once contenían entre su propuestas la formación integral y las sanciones sociocomunitarias con fines educativos. Aun así, pese a lo novedoso que pudieron resultar en cuanto a la concepción de las penas y sus mecanismos de aplicación, un significativo número de estos proyectos proponía por la baja de la edad de imputabilidad.

En el año 2009 la discusión se revitalizó con hechos criminales perpetrados por menores de 14 y 15 años que alcanzaron amplia relevancia¹⁸⁷. Estos sucesos reactivaron todo el arco político en aras de una reforma hacia la baja de la edad de imputabilidad a los 14 años. No obstante, dicha iniciativa tan sólo logró media sanción en la Cámara de

¹⁸⁷ Se trató del crimen de Daniel Capristo y del robo agravado por uso de arma de fuego contra el ex futbolista Fernando Cáceres.

Senadores de la Nación, pero posteriormente perdió estado parlamentario en Diputados.

Posteriormente, en el año 2012 cuatro proyectos pretendían tratamiento parlamentario, de los cuales uno mantenía el rango etario de imputabilidad entre los 16 y los 18, mientras que tres recuperaron los 14 años como límite inferior para la punibilidad.

En 2016 un nuevo suceso inició el debate sobre la responsabilidad de los adolescentes que participan en hechos delictivos, En esa ocasión se trató de jóvenes que compartían la misma edad, 14 años y que perpetraron delitos con arma de fuego seguida de muerte. Estos sucesos tuvieron también amplia proyección mediática, así como la protesta masiva de actores políticos y de la ciudadanía, lo cual revitalizó el reclamo por instrumentar nuevos mecanismos de control hacia los jóvenes en conflicto con la ley penal. Fue así como nuevamente se planteó la necesidad de la reforma la legislación en materia de justicia penal juvenil.

De igual forma, el año 2017 fue muy álgido en las propuestas vinculadas a la imputabilidad de menores. En los medios de información se registraron ocho reuniones intensas de la comisión para debatir el anteproyecto del nuevo régimen penal juvenil, que sería elevado al Congreso. Sin embargo, este año tampoco prosperó la modificación de la edad de imputabilidad.

Valga mencionar que, en la provincia de Mendoza, durante el año 2018, el poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley de responsabilidad penal juvenil, con la finalidad de establecer que los adultos responsables de los jóvenes infractores respondan por “aquellos delitos que no impliquen la internación, es decir privación de la libertad (...)”. Esta propuesta incluyó de sanciones económicas equivalentes al daño causado, o el trabajo comunitario, para aquellas situaciones que no pudieran ser reparadas¹⁸⁸.

Al comenzar el 2019 el debate sobre la edad de imputabilidad de menores vuelve a la escena pública, a través de un proyecto anunciado por la propia ex ministra de Seguridad, Patricia Bullrich y el ex ministro de Justicia, German Garavano. Se trata de un proyecto que establece penas para menores de quince años de edad, e incluso sanciones penales para menores de catorce años en casos de delitos graves, como homicidios. De esta forma, las penas para menores se vuelven a plantear como una solución al problema de la inseguridad.

¹⁸⁸ S/A. (2018, mayo 14). Quieren que los padres paguen por los delitos de los hijos. *Diario UNO*. Recuperado de: https://www.diariouno.com.ar/mendoza/quieren-que-los-padres-paguen-por-los-delitos-que-cometan-sus-hijos-05142018_S1eFTVgWCz

El tema vuelve a la escena pública, como es acostumbrado, en momentos de escenario preelectoral, con lo cual se busca mover las pulsiones ideológicas de un sector de la sociedad que cree que el problema de la inseguridad se funda en el supuesto ascenso de la criminalidad juvenil.

Así como se plantea un nuevo proyecto de régimen penal minoril impulsado desde el Ejecutivo nacional, se informó sobre otro proyecto que prevé el endurecimiento de penas para los inmigrantes que incurran en faltas penales, incluida formas de expulsión expeditas. Esto retrotrae antiguas legislaciones penales que tenían como propósito el control social y no la prevención de delitos.

Contrario a estas posiciones, las encuestas relevadas sobre la criminalidad juvenil indican otra realidad en materia de inseguridad. Son ínfimas las cifras de menores delincuentes respecto de los adultos. Los últimos datos oficiales difundidos por la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y la UNICEF en 2015, reflejan que, de un total de 1305 jóvenes privados de su libertad, 82 eran menores de 16 años y 789 tenían entre 16 y 17 años. El resto corresponde a mayores de 18 años, que cometieron delitos siendo menores¹⁸⁹.

A su vez, un informe del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires indica que, de los 221 acusados por homicidio en la capital en 2017, solo siete fueron menores de 18, lo que representa el 3,17%. En la Provincia de Buenos Aires, los últimos datos de la Procuración General de la Suprema Corte Bonaerense, indican que, en 2017, el 3,3% de los delitos que se cometieron fueron autoría de menores de edad. Esto evidencia una sostenida disminución de los homicidios cometidos por adolescentes menores de 18 años¹⁹⁰.

Como se viene señalando, el debate sobre la baja de la edad de imputabilidad tiene momentos álgidos. Los medios de comunicación han contribuido a generar en la opinión pública la idea de que son los jóvenes los principales responsables de hechos criminales. Los medios muchas veces tienen capacidad de influencia sobre asuntos jurídicos/legislativos y sobre algunas personas con capacidad de decisión, como los legisladores. La UNICEF en Argentina ha debatido esta situación:

¹⁸⁹ Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, 2015.

¹⁹⁰ *Ibid.*

La imputabilidad y la frecuencia con la que los adolescentes cometen delitos son temas frecuentemente tratados en los medios de comunicación y en los debates políticos. Muchos de esos tratamientos se basan en información incorrecta y enfatizan de modo sensacionalista casos aislados. La influencia de percepciones de este tipo ha animado a muchos políticos y funcionarios a proponer leyes presuntamente más disuasivas, con sanciones más severas y aplicables a personas más jóvenes que lo que admiten las leyes vigentes. La influencia de estas posiciones ha dificultado la adopción de un nuevo régimen penal juvenil en la escala nacional. Sin embargo, hubo cambios normativos consistentes con la CDN y la Ley de Protección Integral en los códigos procesales de las provincias¹⁹¹.

En ese sentido, frente a las propuestas represivas y punitivas contra menores en conflicto con la ley penal, el Estado debe generar, como emana la CIDN y la Ley 26.601, políticas públicas favorables a la niñez y adolescencia.

2. Alternativas a la prisión para menores

2.1. La justicia restaurativa

La mayoría de los países del continente y de Occidente vienen incorporando alternativas dentro de sus sistemas jurídicos a los fines de dirimir conflictos de carácter penal por la vía de la justicia restaurativa y sobre la base del principio de oportunidad.

La justicia restaurativa surge a partir de la década de los 70, con las propuestas de grupos críticos con respecto al sistema penal, interesados en la búsqueda de alternativas a la prisión¹⁹². A partir de ahí, la justicia restaurativa viene siendo paulatinamente debatida y aplicada en diversos países, pero es principalmente en la década de los noventa cuando se

¹⁹¹ UNICEF (2016). *Estado de la situación de la niñez y la adolescencia en Argentina*.

¹⁹² “El término anglosajón “Restorative Justice”, fue originariamente acuñado en los años 50 por el psicólogo americano Albert Eglash. En su obra “Más allá de la restitución: restitución creativa” de 1977, Eglash ponía de manifiesto que dos de los mayores errores del sistema de justicia eran, por un lado, negar a la víctima una participación activa dentro del proceso penal y, por otro lado, simplificar al máximo la participación del autor del hecho delictivo requiriéndole una mera participación pasiva”. Cuadrado S., C. La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal? En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 17, 2015, p. 4. Ver: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf>

convierte en uno de los movimientos de reforma del sistema criminal, llegando incluso a ser recomendada por la Organización de Naciones Unidas¹⁹³.

La justicia restaurativa, también llamada justicia reparadora, es una corriente legislativa penal que pone el foco de atención en dos pilares fundamentales: el restablecimiento de la situación en los términos anteriores al hecho delictivo y hacer énfasis en las necesidades de la/s víctimas y los autores responsables del delito¹⁹⁴. En los casos que involucran a menores de edad resulta una alternativa a la prisión, internación o privativa de libertad.

Es una forma de justicia idónea para adolescentes en conflicto con la ley penal porque relega la visión de hacer énfasis en el castigo al responsable de una conducta ilícita. En consecuencia, las partes involucradas del conflicto tienen una participación activa en el proceso y se intenta, de manera colectiva, resolver cómo lidiar con las consecuencias de la ofensa o de la falla y sus implicaciones futuras¹⁹⁵. En ese sentido, la justicia retributiva acentúa la reparación del daño causado mediante procesos que incluyen a todas las partes involucradas en el conflicto¹⁹⁶.

La mayor diferencia entre el sistema de justicia tradicional o retributiva y la denominada justicia reparadora o restauradora parece clara, aunque no por ello exenta de complejidad: a través de la justicia restaurativa la solución del conflicto originado por el delito se deja en manos de sus protagonistas y no en los órganos pertenecientes a la

¹⁹³ Belloso M., N. *Mediación penal: ¿Beneficios reales o potenciales?* Burgos: II Congreso Internacional sobre Justicia. Restaurativa y Mediación, 2012, p. 23.

¹⁹⁴ Uno de los autores más influyentes en el movimiento de la justicia restaurativa la define como “un proceso en el cual todas las personas afectadas por una injusticia tienen la oportunidad de discutir cómo han sido afectadas por ella y decidir qué debe hacerse para reparar el daño. Porque el crimen hace un daño, en un proceso de justicia restaurativa se intenta que la justicia sane. Por ello, algo central en el proceso son las conversaciones entre aquellos que han sido dañados y aquellos que han infligido el daño”. Braithwaite, J. *Restorative Justice and a better future*. En Johnstone, G. (ed), *A Restorative Justice Reader Texts, sources, context*. Inglaterra: Willan Publishing, 2003, p.88.

¹⁹⁵ “A la hora de establecer cómo perseguir conductas presuntamente punibles, se abren dos caminos posibles. Según el primero de ellos, la reacción estatal debe excitarse siempre, en todos los casos en los que se ha cometido delito. De acuerdo con la segunda vía, corresponde que los órganos preestablecidos realicen una elección, acerca de qué casos se va a provocar la antedicha reacción y en qué supuestos y por qué causas se la va a dejar de lado. Nos encontramos así con el principio de legalidad, si se escoge la primera alternativa, o bien con el de oportunidad, si se escoge la referida en último término”. Del Val, M (Coord.). *Mediación penal y su aplicación en la República Argentina. Proyecto de Ley: mediación previa en la pretensión civil acumulada en el proceso penal*. Trabajo realizado en el Taller de Legislación Penal. Escuela de Formación y Capacitación del Ministerio Público Fiscal, Buenos Aires, 2003, p. 4.

¹⁹⁶ “La noción de justicia restaurativa se basa en la consideración del delito como un mal o conflicto que debe ser solucionado por sus participantes, esto es, entre los sujetos involucrados en el mismo (víctima y autor del hecho), y no entre sus autores (el infractor) y el Estado”. Cuadrado, *op cit*, p. 3.
Sobre este punto ver también: Neuman, E. *Mediación penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006, p. 57.

Administración de Justicia del Estado¹⁹⁷. En la justicia restaurativa o reparadora, participan necesariamente las víctimas, los victimarios y la comunidad¹⁹⁸. El fin que se persigue es la resolución de cuestiones derivadas del conflicto en busca de una reparación o resultado restaurativo¹⁹⁹.

Otra diferencia entre ambas nociones es que la justicia retributiva es una teoría de la pena que pone en papel protagónico a la pena infligida al autor responsable del hecho delictivo. Se trata de una corriente que sostiene que la pena dictada debe ser proporcional al daño cometido. En otras palabras, se le retribuye un mal, con otro mal²⁰⁰. Es decir, la justicia retributiva es de tipo inquisitiva, mientras la justicia restaurativa o reparadora ve los actos criminales en forma más amplia, así como también involucra a más partes a más partes en la respuesta al crimen, en lugar de dar protagonismo solo al Estado, en tanto incluye propiamente a la víctima y a las comunidades²⁰¹. En ese sentido, constituye una forma de hacer justicia alternativa que se viene aplicando en los casos de menores que han incurrido en delitos o faltas.

Como parte de los cambios que está experimentando el sistema de administración de justicia, en las últimas décadas ha venido tomando auge, en el marco de la justicia restaurativa, la mediación penal, por cuanto contribuye a propiciar acuerdos o arreglos conciliatorios entre las partes involucradas en un conflicto penal en aras de tratar de resarcir a la víctima o posibles víctimas mediante la mediación imparcial²⁰².

Como se indicó previamente, la Ley 6.354 “Régimen jurídico de protección de la minoridad” establece el principio de oportunidad y con base a ello la suspensión del proceso a prueba, con lo cual el adolescente en falta suscribe un compromiso y reglas de conducta. Además, se orienta al joven hacia programas educativos y sociales que permitan su

¹⁹⁷ Cuadrado, *op cit.*

¹⁹⁸ Márquez C., Á. La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. En Prolegómenos-Derechos y Valores. Vol. 10, Bogotá, 2007, p. 201.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 204.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Se trata de un “método voluntario, confidencial, donde el mediador neutral asiste a las partes en un proceso interactivo, apuntando a la satisfacción de sus necesidades, en relación con un episodio que han vivido en común, que en la percepción de alguna de ellas podría ser desplegado en el escenario del proceso penal, no sólo con las consecuencias propias de este procedimiento, sino con la posibilidad de que el mismo concluya con una sentencia condenatoria que implique la pérdida de la libertad para quien resulte culpable”.

Caram, M. (2005). El espacio de la mediación penal. En Aréchaga, P; Brandoni, F y Risolía, M (comps). *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*. Buenos Aires: Galerna, 2005, p. 171.

resocialización, así como programas de desintoxicación en caso de jóvenes con problemas por abuso de estupefacientes. De esta forma, se evita un engorroso y largo proceso penal que empeore el estado emocional y psíquico del adolescente o que perturbe su desarrollo integral.

2.2. La mediación penal

La mediación penal intenta promover la armonía, la paz y mínimos niveles de convivencia ante determinados conflictos²⁰³. Resulta una alternativa plausible en casos de faltas de menores. Además, representan una alternativa ante la cantidad de casos que se acumulan en los sistemas de aplicación de justicia penal tradicional²⁰⁴. Asimismo, los defensores de la mediación penal afirman que para aquellas personas o comunidades empobrecidas (o marginadas por razones étnicas o culturales) que tienen dificultades para lograr justicia por la vía de un proceso formal, resulta significativa la posibilidad de obtener justicia a través de este mecanismo alternativo²⁰⁵.

No obstante, aun cuando las partes aceptan la mediación como una vía conciliatoria y posible para resolver un conflicto penal, siempre gravita la posibilidad de que no se alcance ningún acuerdo al término de la misma, arrojando con ello a las partes a un proceso judicial por la vía formal y tradicional²⁰⁶.

Este mecanismo conciliatorio tiene su fundamento en el nuevo paradigma de la

²⁰³ “La mediación penal tiene beneficios en tanto en tanto constituirá la humanización del proceso penal. Con tal término queremos significar la plena vigencia de las garantías individuales, tanto del imputado como de la víctima del delito, con intervención del juez natural, o sea, la real intervención de las partes en proceso, contrario a todo resabio del sistema inquisitivo”. Del Val, *op cit*, p. 4.

Asimismo, la víctima “tiene muy poco protagonismo procesal. Con el rol que le cabría en el sistema que propiciamos, ocuparía un lugar de igualdad con el autor del hecho que la damnificase. Con este sistema se facilitaría la pacificación y/o armonización entre los ciudadanos, dado que resolvería un conflicto de conformidad con las partes interesadas”. *Ibid*.

“La mediación penal se visualiza hoy como una forma alternativa del proceso penal, como el resarcimiento lo es de la pena de prisión tradicional. Se trata de que las partes retomen el conflicto sin agresión; al aceptar tal posibilidad, deben estar imbuidas de la esperanza de efectuar un arreglo, sea meramente resarcitorio o bien ir más allá, rumbo a una justicia restaurativa en todo su esplendor, y llegar a armonizar”. Neuman, Elías, *op cit*, p. 65.

²⁰⁴ Ver: Neuman, Elías, *op cit*, p. 32.

²⁰⁵ Neuman, Elías, *op cit*, p. 174.

²⁰⁶ Caram, María E., *op cit*, p. 172.

justicia restaurativa, que colinda también con otras áreas como la psicología o el trabajo social, en tanto muchas veces actúa como forma de contención, expresión de sentimientos y frustraciones por parte de las víctimas, situación que no sucede en el sistema tradicional, en el cual la víctima es confiscada en aras de la aplicación de justicia ante una sanción²⁰⁷.

Si bien la mediación en el ámbito penal no es novedosa, pues desde hace décadas se aplica en países como Canadá, Estados Unidos, Alemania y Francia²⁰⁸, sigue siendo un asunto polémico y de discusión, especialmente debido a que aún se discute qué casos excepcionales deberían resolverse por la vía de la mediación. Hay autores que sugieren que ciertas acciones delictivas o presuntamente delictivas que perturban y revelan un peligro, una sensación de inseguridad, de agresión y de impotencia a la sociedad como conjunto²⁰⁹.

En Argentina, a partir de algunas leyes provinciales que permiten la mediación, particularmente la Ley de Mediación Penal N° 13.433 de la provincia de Buenos Aires, se han logrado conciliaciones incluso en casos de homicidio culposo. Valga comentar el caso de un joven que colisionó y aplastó con su camioneta a un auto, arrojando un saldo de tres personas fallecidas, en el partido de Tigre, provincia de Buenos Aires. Este joven, de 19 años, condujo en estado de ebriedad, por lo cual quedó imputado por el delito de homicidio culposo agravado. No obstante, un año después el caso sería archivado en tanto los familiares de las víctimas lograron un acuerdo con el victimario, aplicando dicha Ley 13.433²¹⁰. El arreglo fue sensacionalmente magnificado en los medios de comunicación, lo que violó la confidencialidad que debería existir en la mediación.

La mediación comenzó en Canadá, a partir de un arreglo ocurrido en el pueblo de Elmira, provincia de Ontario, ante el conflicto que se suscitó cuando dos adolescentes en estado de embriaguez hicieron daños a diversos bienes de la comunidad por un valor de más de 2 mil dólares²¹¹. Durante el caso, se propuso la posibilidad de que los jóvenes, quienes se

²⁰⁷ “Desde la victimología se viene operando una suerte de rebelión contra la política criminal clásica que sólo pone sus ojos en el delincuente y aparta a la víctima”. Neuman, Elías, *op cit*, p. 30. A propósito, se puede ver: Ávila, B. La urgencia y la necesidad de la mediación penal. Experiencias, vivencias y reflexiones de una mediadora penal. Buenos Aires: Editorial Dunken, 2006.

²⁰⁸ En el mundo anglosajón, concretamente Canadá y Estados Unidos, se creó el Victim-Offender Reconciliation Program (VORP) y, más tarde, el Victim- Offender Mediation (...) El sistema y sus programas han tenido una aceptación creciente en Estados Unidos” Neuman, Elías, *op cit*, p. 68.

²⁰⁹ Del Val, M., *op cit*, p. 11.

²¹⁰ S/A. (2014, agosto 4). Tras una mediación penal, archivan la causa por triple homicidio contra el hijo de Bárbara Durand. Télam. Recuperado de: <http://www.telam.com.ar/notas/201408/73442-barbara-duran-accidente-en-la-autopista-panamericana-panamericana.html>

²¹¹ Rendón, Josefina. *Mediación entre víctimas y ofensor*, s/f. Disponible en: http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm

declararon culpables de los cargos, respondiesen cara a cara por los hechos a cada una de las víctimas. Todo esto propició un arreglo para resarcir los daños, lo cual significó una buena experiencia que siguió emulándose en otras comunidades de Norteamérica²¹².

Para que se produzca la mediación penal, los estudiosos de la materia establecen como primer requisito la voluntad de las partes. Sería condición inexcusable la aceptación libre y no inducida de las partes en conflicto, así como también debe existir la posibilidad de que tanto víctima como victimario puedan retirarse de la mediación cuando lo deseen, dándola por finalizada²¹³.

Asimismo, una de las características esenciales de la mediación es la buena fe que se manifiesta en actitudes y en la voluntad de negociar²¹⁴. Esto significa que las partes deben negociar sin actitudes ocultas que difieran del objetivo central del proceso de mediación, que no es otro que resolver el conflicto entre las partes involucradas²¹⁵.

Otro principio sobre el que coinciden los autores es el secreto profesional del mediador, quien debe actuar de manera confidencial y con arreglo a la voluntad de las partes. Para lograr esto, en los códigos procesales de muchos países que establecen la mediación, se han tenido que fijar pautas sobre el procedimiento de la mediación, como en el caso de Francia²¹⁶.

Otro requisito insoslayable que no deja de generar argumentos a favor y en contra de la mediación, es el de la presunción de inocencia. Este es un principio enclavado en el ámbito procesal y penal de carácter garantista que debe respetarse. La principal desventaja o crítica hacia la mediación apunta a que, cuando se encamina un caso penal hacia la mediación, deben existir indicios vehementes de autoría o que el autor haya reconocido previamente su participación, de modo que se vulnera el principio de inocencia²¹⁷.

Por último, se mencionará el requisito de la necesaria igualdad entre las partes, es decir, el trato y la comunicación equitativa que debe existir de parte del mediador. Los involucrados deben percibir equilibrio y trato neutral de parte del mediador²¹⁸.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Neuman, Elías, *op cit*, p. 128.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 132.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*, p. 134.

²¹⁷ Neuman, Elías, *op cit*, p. 138.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 139.

En el año 2013, la provincia de Neuquén fue pionera en el establecimiento de la mediación para casos penales cometidas por adolescentes, con la aprobación de la Ley N° 2.879 “Programa de Mediación Penal La mediación”. El proceso se lleva a cabo por medio de la Agencia de Delitos Juveniles del Ministerio Público Fiscal²¹⁹. El programa depende orgánicamente de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la provincia. La ley expresa que:

Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, cuando exista conciliación entre las partes; o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente, o se repare el daño en la medida de lo posible²²⁰

Otra provincia pionera en la Argentina fue el Chaco, la cual, por intermedio de la Legislatura Provincial, aprobó en el año 2001 la “Ley de Mediación Penal de El Chaco” N° 4989, la cual en su primer artículo establece la mediación penal como forma de resolución de conflictos. Conviene destacar que tipifica los delitos que pueden ser resueltos por la vía de la mediación. “La mediación podrá proceder especialmente en aquellos hechos delictivos que provean una escala penal, máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como así de inhabilitación o multa. También podrá aplicarse en aquellos hechos previstos como contravenciones”²²¹.

3. Necesidad de innovar frente a un viejo problema

La baja de la edad de imputabilidad, como ya se ha visto, es un tema que resurge con fuerza cada cierto tiempo en la sociedad, dentro de lo cual los medios de información masivos tienen una cuota significativa en las disputas públicas sobre el tema. A través de esta investigación se ha demostrado que la ley 22.278/22.803 es una norma atrasada frente a la realidad actual, cuya aplicación objetiva enfocada en la cronología pura o en el sistema biológico, ya no tiene cabida frente a las complejidades que supone del mundo actual.

²¹⁹ Eiras N, C. Mediación penal. De la práctica a la teoría. Buenos Aires: Librería Editorial Histórica. 2005, p. 146.

²²⁰ Ley N° 2.879, 2013, art. 3.

²²¹ Ley N° 4.989, 2002, art. 4.

Resulta una realidad el hecho de que no basta un sistema que solo establezca responsabilidades para personas de 16 y 17 años, mientras existe una franja de jóvenes que cometen delitos y que merecen la intervención de la justicia para la sanción con miras a la resocialización y educación. A propósito se debe tener en cuenta lo que indica Crivelli (2014):

No existiría inconveniente en fijar la edad mínima de imputabilidad en los catorce, o incluso, en los dieciséis años, siempre que se garantice que, respecto de las personas que estén por debajo de ese límite, no existiría intervención alguna de naturaleza sancionatoria. Es decir que existiría una auténtica supresión de toda respuesta de naturaleza penal, lo que implica lisa y llanamente, que no podrán aplicarse medidas educativas o asistenciales en forma compulsiva, es decir, contra la voluntad de estos niños o las de sus representantes legales. Esto significa que las personas menores de dieciséis o de catorce años que cometan un hecho ilícito pasarán a disposición de las autoridades administrativas, quienes intervendrán no en función del delito cometido, sino en función de las carencias educativas, familiares o sociales que pueda manifestar el adolescente²²².

Es común que la sociedad se pregunte y opine sobre qué, cuándo y cómo hay que penar, juzgar y castigar. Es frecuente que la ciudadanía cuestione la inseguridad como un factor que erosiona los principios de la libertad y la democracia, al tiempo que muchas veces las subjetividades se enfocan en endilgar estos problemas a ciertas cuestiones complejas y aún en discusión dentro del derecho penal, como es el caso de la responsabilidad o culpabilidad de menores de edad autores de delitos.

Lo cierto es que el sistema penal juvenil sigue apegado a la dogmática punitivista, cuando debería avanzar en una justicia penal de menores basada en los principios internacionales establecidos de protección integral y de Derechos Humanos, sin que esto se verifique como una opción “blanda” ante los delitos graves cometidos por menores de edad.

La Argentina bien podría buscar la experiencia de algunos países que lograron ajustar en lo posible su sistema penal juvenil a los nuevos tiempos, sin que por ello se dejase de intervenir judicialmente en los casos de delitos graves perpetrados por menores. Un ejemplo puede ser el de Costa Rica, país que logró un sistema de justicia basado en el paradigma de la protección integral, llevando al mínimo las medidas de privación de libertad para delitos leves o moderados, estableciendo para ello un sistema de justicia restaurativa en

²²² Crivelli. *Op. cit.*, p. 340.

conjunto con programas de capacitación, educación, formación ciudadana, programas de desintoxicación, entre otros, con lo cual, permite que los jóvenes en falta realmente puedan reinsertarse a la vida social.

Al mismo tiempo, la república merece fortalecer un sistema de justicia penal minoril que endurezca sus como medidas de prevención especial en cuanto a las sanciones para casos graves, ya que resulta inaceptable para una sociedad democrática que se permitan o se generen políticas judiciales débiles frente a homicidios, secuestros extorsivos o agresiones sexuales a partir del criterio biológico de la minoridad.

En ese marco, el sistema penal juvenil tiene el deber de avanzar hacia un esquema mixto y no exclusivamente biológico. Esto significa que cada caso merece ser estudiado de manera particular, para verificar su naturaleza social, psicológica, clínica, la personalidad del delincuente, las características del delito, entre otros. Se trata de aplicar medidas jurídico-psiquiátricas para intervenir adecuadamente, con programas oportunos frente a cada autor. Esto quiere decir que, el derecho penal como ciencia tiene que abordar problemas vinculados a la aplicación de justicia frente a un delito cometido por un menor en toda su complejidad y no solo desde la perspectiva biológica, o bien solo desde la visión jurídica.

CONCLUSIONES

En esta investigación se presentaron las diversas disputas teóricas/ideológicas, así como las contradicciones y tensiones que atraviesan la baja de la edad de punibilidad. En este debate se debe advertir la existencia de paradojas, en primer lugar, respecto del acceso a derechos humanos fundamentales, como educación, salud, seguridad social, acceso a oportunidades de empleo. Las medidas preventivas y/o sancionatorias están orientadas a poner a disposición de los jóvenes infractores todos aquellos medios para que puedan ejercer efectivamente los derechos que le consagra la Constitución Nacional y los tratados internacionales, es decir, tienen un enfoque garantista.

Sin embargo, la habilitación del debate punitivista hacia los más jóvenes evidencia la evasión de las responsabilidades del Estado, que después de la falta le brindan al sujeto infractor la posibilidad de acceder a sus derechos, pero esta vez bajo un esquema condicionado por el modelo de protección integral que lo vinculará con la arquitectura institucional diseñada para tales fines. Esto implica que los jóvenes muchas veces tengan que atravesar procesos altamente burocratizados, extenuantes y que posiblemente en ánimo de restituirle los derechos que nunca pudo disfrutar, les sean vulnerados otros, como el derecho a permanecer con su familia o con quienes sean sus referentes afectivos, toda vez que el peligro de riesgo moral no está claramente definido. Tal como se señaló *ut supra*, queda a discrecionalidad del juez.

La segunda paradoja se relaciona con la baja de la edad a 15 años y los efectos esperados de esta medida. Como se ha visto en detalle, Argentina es el segundo país, luego de Brasil, en tener la edad de imputabilidad más alta, de dieciséis años, aun cuando mantiene un régimen de minoridad que data de antes de la entramada en vigencia de CIDN. Sin embargo, las estadísticas muestran que en aquellos países donde se admite la punibilidad desde los 12 o 14 años, los índices de inseguridad no son más bajos. Es decir, no existe una relación directamente proporcional entre ambas variables.

La jurisprudencia analizada indica que existe una contradicción entre la ley 22.278/22.803 y la CIDN, la Ley 26.601 y la ley 6.354 de la provincia de Mendoza. La

primera significó la extensión del patronato del Estado y del paradigma tutelar, en conjunción con las otras dos, que habilitan una especie de esquema mixto en el que se incorpora el paradigma de protección integral. Las dos últimas normas se corresponden con la ampliación de derechos y garantías consustanciadas con la doctrina de protección integral y el interés superior del niño/a y adolescente. Las normas son claras en evitar imponer a menores pasar por procesos judiciales y mucho menos atravesar por una condena que lesionaría sus derechos, su bienestar y la posibilidad de que pueda desarrollarse adecuadamente.

En la investigación se demostró con datos estadísticos y tesis concretas que hay una predisposición ideológica fundada en el prejuicio más que en la veracidad, que atribuye el problema de la inseguridad pública a una cuestión de la edad de imputabilidad. Además, como ya se señaló, los países que han aplicado esta medida no evidenciaron una disminución de los índices delictuales y del problema de la seguridad ciudadana.

En lugar de las opciones represivas y punitivistas contra menores en conflicto con la ley penal, se deben propiciar alternativas a las penas sobre la base del principio de oportunidad de la justicia restaurativa o reparadora para evitar los procesos judiciales penales de menores o condenas que lesionen su integridad física, moral, psicológica e intelectual.

Los diversos proyectos de reforma a la ley 22.278/22.803 que se han propuesto a lo largo de las últimas décadas se asentaban en medidas preventivas y/o sancionatorias. De igual forma, algunos evidenciaron supuestos aires reformistas o innovadores, pero en el fondo proponían una forma de hibridación entre el modelo tutelar y el de protección integral.

La inseguridad pública es un problema de índole social producto del abandono de las políticas públicas de parte del Estado y de la generación de condiciones socioeconómicas desfavorables para las mayorías. El Estado argentino, al endurecer la política punitiva contra los jóvenes está violando su obligación constitucional y legal de propiciar políticas públicas para mejorar la vida de manera integral de niños, niñas y adolescentes.

Se debe hacer hincapié en que la baja de la edad de imputabilidad significaría una regresividad de los derechos conquistados por los jóvenes, lo cual es inconstitucional. Además, la reforma de la ley 22.278/22.803 o la aprobación de una nueva ley penal de minoridad que establezca la edad de punibilidad a los 15 años viola la Constitución Nacional, la CIDN, la Ley 26.601 y la Ley provincial 6.354. En ese sentido, se necesario crear un

Sistema Penal Juvenil a nivel nacional, cónsono con la Doctrina de Naciones Unidas para la Protección Integral, a fin de diseñar y organizar desde la prevención, antes que la coacción, las respuestas del Estado frente a hechos delictivos cometidos por adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Academia Americana de Pediatras (2015). *Etapas de la adolescencia*. Recuperado el 10 de febrero de 2020, de: <https://www.healthychildren.org/Spanish/ages-stages/teen/Paginas/Stages-of-Adolescence.aspx>
- Ávila, Beatriz E (2006). *La urgencia y la necesidad de la mediación penal. Experiencias, vivencias y reflexiones de una mediadora penal*. Buenos Aires: Editorial Dunken.
- Bacigalupo, E. (2005). *Derecho penal y Estado de derecho*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Bajtín, M. (1987). *La cultura popular en la Edad Media y el Renacimiento*. Madrid, Alianza Editorial.
- Beccaria. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid, Alban, 1822.
- Beloff, M. (2006). Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericano. García M, E. (ed.). *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires, Adhoc.
- _____. (2016) *¿Qué hacer con la Justicia Juvenil?* Buenos Aires, Ad-hoc. Recuperado el 20 de agosto de 2018, de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/03/doctrina45000.pdf>
- _____. (2016) *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*. Recuperado el 25 de marzo de 2020, de: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4045/Los_sistemas_de_responsabilidad_penal_juvenil.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Belloso M., Nuria (2012). *Mediación penal: ¿Beneficios reales o potenciales?* Burgos: II Congreso Internacional sobre Justicia. Restaurativa y Mediación.
- Bernales, M. y Estrada (2002). Tortura, derechos humanos y justicia criminal en Chile. En *Adolescentes y Niños: Policías y Centros de Privación de Libertad*. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago.
- Bohoslavsky E y Casullo F. (2008). La cárcel de Neuquén y la política penitenciaria argentina en la primera mitad del siglo XX. *Nueva Doctrina Penal*.
- Braithwaite, J (2003) “Restorative Justice and a better future” en Johnstone, G. (ed), *A Restorative Justice Reader Texts, sources, context*. Devon, Inglaterra: Willan Publishing.

- Burgos M., A. 20 Años de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica. *JURIS*, 2016; 26: 129-167.
- Camargo R, L. V. (2015). *Sistema de responsabilidad penal de adolescentes (ley 1098 de 2006): un estudio comparado con Estados Unidos de Norteamérica*. En línea. Recuperado el 02 de febrero de 2020, de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2744/1/SISTEMA-DE-RESPONSABILIDAD-PENAL-DE-ADOLESCENTES-UN-ESTUDIO-COMPARADO-CON-ESTADOS-UNIDOS..pdf>
- Caram, M. (2005). El espacio de la mediación penal. En Aréchaga, P; Brandoni, F y Risolía, M (comps). *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*. Buenos Aires: Galerna.
- Cillero B., M. (2006). Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes. *Anuario de Derechos Humanos*, 2006, p. 189-195.
- Cortés M., J. A (2007). 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la convención internacional de los derechos del niño: el desafío pendiente. *Justicia y derechos del niño*, 2007; 9, pp. 143-158.
- Crivelli, A. E. (2014). Derecho penal juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil. Buenos Aires, BdeFP.
- Cuadrado S., C. (2015). La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal? En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 17. Ver: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf> [Consultado el 10/08/2018].
- García M, E. y Beloff, M. (comps). (1998). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (1990-1998)*. Temis/Depalma, Bogotá.
- Del Val, M (Coord.) (2003). *Mediación penal y su aplicación en la República Argentina. Proyecto de Ley: mediación previa en la pretensión civil acumulada en el proceso penal*. Trabajo realizado en el Taller de Legislación Penal. Escuela de Formación y Capacitación del Ministerio Público Fiscal, Buenos Aires.
- Denise F., K. J. (2007). *¿Qué está sucediendo con los proyectos de responsabilidad penal juvenil? Un cambio que se aletarga en el Congreso de la Nación*. Ponencia presentada en las VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007.
- Donna, E. A. (1998). Capacidad de culpabilidad o imputabilidad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1998, pp. 45-58.
- Eiras N, C. (2005). *Mediación penal. De la práctica a la teoría*. Buenos Aires: Librería Editorial Histórica.
- Eyzaguirre, J. (1978). *Historia del derecho*. Santiago, Editorial Universitaria.

- Foucault, M. (1999). *Los anormales*. Buenos Aires: FCE, 1999.
- _____. (2000). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: FCE, 2000.
- _____. (2003). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Galeano M, J.; Mendoza, J; Machuca, F.; Corvalán, C. y Ávalos, J. (2019). Efectos psicosociales de la institucionalización de adolescentes en privación de libertad en centros educativos del Paraguay. *Revista Paraguaya desde las Ciencias Sociales*, 2019, 10, pp. 1-24
- Gentile, M. y Zapiola, M. (2015). Cuando matan los más chicos. “Monstruos”, “salvajes” y “menores”. En Gayol, S. y Kessler, G. (edits). *Muerte, política y sociedad en la Argentina*. Buenos Aires, Edhasa.
- González L., C. (2016). Modelos de justicia penal juvenil en debate a inicios del siglo XXI. *Quaestio Iuris*, 2016; 9 (2): 652-669.
- González I, J. D. & Reyes B., L. A. La administración de justicia de menores en México. La Reforma del artículo 18 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. *Bol. Mex. Der. Comp*, 2007; 40 (118): 65-96.
- Guemureman, S. (2014) Responsabilizar o punir. El debate legislativo en materia de niñez, adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal en Delito y Sociedad, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 18-19, abril. Recuperado de: <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/DelitoYSociedad/article/view/5396/>
- Hernández, J. (2016). *Justicia penal juvenil en la región sur de América Latina. Deudas, avances y desafíos, desde la perspectiva de las redes de infancia de incidencia en políticas públicas (2014-2015)*. Recuperado de: <https://www.unicef.org.ar/seminario2016/img/pdf/14-juan-facundo-hernandez.pdf> [Consultado el 03/09/2018].
- Langer, M. & Lillo, R. Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate. *Polit. Crim.*, 2014; 9 (18), pp. 713-738.
- Leonardi, M. C. (2014). El derecho de los/as niños/as a contar con un/a abogado/a propósito de la ley provincial 14.568. *Revista Niños, Menores e Infancia*, 2014; 9, pp. 1-24
- López, C. (2012, diciembre 18). EEUU tiene a 79 niños con menos de 14 años condenados a cadena perpetua. *Teinteresa* Recuperado de: http://www.teinteresa.es/mundo/Cristian_Fernandez-cadena_perpetua_menores_0_776324238.html [Consultado el 13/09/2018].
- López-Betancourt, E. & Fonseca-Luján, R. C. Privación de la libertad en el sistema de justicia para adolescentes del Distrito Federal, México. *Rev. Crim*, 2014; 56 (3): 69-86.

- Márquez C., Á. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. En *Prolegómenos-Derechos y Valores*, Vol. 10, Bogotá.
- Mercurio, E. (2011). Hacia un régimen penal juvenil Fundamentos neurocientíficos. En *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*. Defensoría General de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2011.
- _____ (2014). Consumo crónico de sustancias psicoactivas e inimputabilidad. *Skopein. La justicia en manos de la ciencia*, N° 2, 2014.
- Neuman, E. (2006). *Mediación penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Modolo, V. (2006). La política de expulsión de extranjeros en Argentina. Continuidad o quiebre en la actual Ley de Migraciones, en *Actas X Jornadas Argentinas de Estudios de Población*, Asociación de Estudios de Población de la Argentina, Catamarca, 2009.
- Neuman, Elías. *Mediación penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Morás, L. E. (2019). Más allá de las ideologías: sistema penal juvenil y consenso punitivo en Uruguay. *Boletín criminológico*, N° 3, 2019, pp. 2-13.
- Morin, E. (2009). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa.
- Ojeda Y., D. Rol del Ministerio Público en la justicia penal juvenil. *Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2015; 5, pp. 101-121.
- Osio, A (2017). La edad de punibilidad como cuestión de Derechos Humanos: ¿quién puede fijarla? ¿las provincias pueden elevar la nacional? *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/etiquetas/edad-punibilidad> [Consultado el 25/08/2018].
- Parma, C. (2013). *Derecho penal de menores*. [Documento no publicado].
- Platón. (2013). *Apología de Sócrates*. Madrid, Centaurs Editions.
- Popper, K. (2005). *El conocimiento de la ignorancia*. Santiago de Chile: Polis.
- Pérez-Luco R, Lagos C, Báez C. Reincidencia y desistimiento en adolescentes infractores: análisis de trayectorias delictivas a partir de autorreporte de delitos, consumo de sustancias y juicio profesional. *Univ Psychologica*. 2012;11 (4), pp. 1209-1225.
- Rinaldoni, M. C. Imputabilidad penal. *In iure*, 2012; 2 (1), pp. 103-155.
- Rivera, M. Las adolescentes en el sistema penal. Cuando la invisibilización tiene género. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencia Política y Derecho Político, Doctorado en Derecho

Público, Barcelona, 2014, p. 33.

Rendón, J. (s/f). *Mediación entre víctimas y ofensor*. Recuperado el 15 de julio de 2018, de: http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm

Rizzini, I. (2014). Redução da Maioridade Penal: uma velha questão. *Desigualdade & Diversidade. Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio*, n° 15, 2014.

Roxin, C. (1979). Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires, Ediciones de Palma.

Salazar R., A. Abordaje del conflicto penal juvenil a la luz de la justicia penal juvenil costarricense. *Revista Judicial*, 125, pp. 103-125.

Silva, D. y Torre R. (2010). *Perfiles criminales*. Buenos Aires, Ciudadela: Dosyuna Ediciones Argentinas.

Torres C, M. (2007). *Acerca de la inconstitucionalidad de la medida de disposición tutelar sobre menores de edad no punibles*. [Tesis de grado]. Universidad Católica de Cuyo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Postgrado de Actualización en Derecho Procesal Penal, San Luis, 2007.

Vásquez R., L. D. (2012). Acercamiento estadístico a la realidad de los menores infractores en México: legislación y crimen organizado, nuevos desafíos. *Universitas Psychologica*, 2012; 11 (4), pp. 1105-1114.

Vernazza, L. (2017). La cuestión penal juvenil en Uruguay: entre lo cualitativo y lo cuantitativo. Abella y Fessler (comps.) *El retorno del "estado peligroso". Los vaivenes del sistema penal juvenil*. Montevideo: CSIC-UDELAR.

Zaffaroni, E; Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar.

Zamora G, J. (2012). *Justicia penal y derechos fundamentales*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Artículos de prensa y medios digitales:

S/A. (2019, enero 7). Tolerancia cero. *Página12*. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/166852-tolerancia-cero>.

Natanson, J. (2018, noviembre 1). Como una noche sin luna. *El Dipló*. Edición Cono Sur de Le Monde Diplomatique, n° 233.

Ramírez, I. (2019, enero 01). Ideología. *El Dipló*. Edición Cono Sur de Le Monde Diplomatique, n° 235.

S/A. (2014, agosto 4). Tras una mediación penal, archivan la causa por triple homicidio contra el hijo de Bárbara Durand. *Télam*. Recuperado de:

<http://www.telam.com.ar/notas/201408/73442-barbara-duran-accidente-en-la-autopista-panamericana-panamericana.html>

Legislación internacional

ONU (1990). Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.

Reglas de Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad.

Diretrizes de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2015). *Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley pena.*

UNICEF (2016). *Estado de la situación de la niñez y la adolescencia en Argentina.*

Legislación extranjera:

Ley 27.377(2002). Código de los Niños y Adolescentes. República de Perú.

Ley 100 (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Ecuador.

Ley N° 8.069 (1990). Estatuto da Criança e do Adolescencia. Brasil.

(1998). Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente (LOPNA). República Bolivariana de Venezuela.

Leyes nacionales:

Ley 24.430. (1994). Constitución de la Nación Argentina.

Ley 11.179 (1984). Código Penal de la Nación.

Ley 22.278/803 (1980). Régimen Penal de La Minoridad, 1980.

Ley 6354 (1995). “Régimen Jurídico de Protección de la Minoridad”. Provincia de Mendoza,

Ley 26.061 (2005). De Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley (2006). “Establecimiento del Régimen de Mediación Penal”. Provincia de Buenos Aires, Ley N° 13.433.

Ley N° 2.879 (2013) Programa de Mediación Penal, Provincia de Neuquén.

Ley N° 4.989 (2001). Mediación Penal de El Chaco,

Jurisprudencia

Autos y Vistos. Expte. N° 3.904. “P, D. J. P/Medidas de Protección”. Tunuyán, 19/10/2006.

Acuerdo los Señores Vocales de la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Penal. causa N° 2646/03 (registro del Jugado de Menores N° 2 y N° 1986/07.

Causa n° 40622 - “Rodríguez, Francisco E/homicidio calif.” - Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín - Sala II. San Martín, 13 de junio de 2006.

Conflicto de Competencia: Justicia Federal - Justicia De Menores. Estupefacientes. Imputado menor de 18 años a la fecha del hecho. Distribución de competencias. Especificidad. Concepto. Alcance. Bases. CNCP, Sala II, 13/08/2008, “P., P. L. y otros/ Recurso de casación”, Reg. 13.069.

Fallo García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537 CSJN (2/12/2008).

Dieciocho años fallo. Cncrim Y Correc, Sala I. 15/04/2010.

Proceso Penal Juvenil. Recurso de casación. Pedido de externación de imputado no punible. Rechazo parcial. Valoración de informes y gravedad del hecho. Intervención de equipos interdisciplinarios. CNCP, Sala II, Expte: 7.537, 01/03/2012 - Baltazar Cristian Iván s/ recurso de casación.

