

**LA SITUACIÓN DEL MENOR SOMETIDO AL PROCESO PENAL
EN LA ARGENTINA: COLISIÓN ENTRE LA LEY DEL RÉGIMEN
PENAL DE LA MINORIDAD N° 22278 Y LA LEY DE
PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS,
NIÑOS Y ADOLESCENTES N° 26061**

Isidoro Sassón¹ y Verónica Itatí González²

Introducción

El Sistema Penal Juvenil de la República Argentina enfrenta actualmente un complejo período de redefinición. Frente al avance de la llamada “delincuencia juvenil”, la ausencia de una adecuada política criminal que permita enfrentarla se hace cada vez más evidente.

Según Moras Mom³ la delincuencia juvenil abarca las actividades o conductas de menores típicamente adecuadas a un precepto legal de delito o contravención, es decir, que se debe partir de un concepto de delito, porque así se perfila nítidamente la relación contradictoria entre conducta y orden jurídico, que permite con seguridad señalar el resultado de una personalidad y desde allí esbozar una política criminal reeducativa.

En igual sentido, Barbero Santos⁴ y López Rey⁵ advierten:

La jurisdicción de menores no puede aplicar una medida educativa, si el delito no ha sido comprado de hecho y caracterizado en

¹ Profesor Adjunto de Derecho Penal, Parte General de la Cátedra “B”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

² Abogada, becaria de la UNNE y adscripta del curso de Derecho Administrativo I de la Cátedra “A”.

³ Moras Mom, J. R. (1970). “Criminología y Delincuencia de Menores”. En: *Problemas actuales de la Criminología Argentina*. Buenos Aires, Ed. Pannedille, p. 113 y ss.

⁴ Barbero Santos, M. (1972). *Delincuencia juvenil, tratamiento*. Madrid, ADP y CP.

⁵ López Rey Arrojo, M. (1961). “Enfoques actuales de la delincuencia juvenil”. La Plata, Rev. IIDC N° 5, p. 17.

derecho. Es ésta una regla imperativa en el derecho francés. Debe respetarla todo tribunal llamado a pronunciarse en materia delictual. Es la garantía primaria contra la arbitrariedad.

No obstante la complejidad del tema, la discusión se centra en la edad de imputabilidad, que ante el aumento de la realización de injustos penales por parte de los menores, se ha solicitado su reducción. Ciertamente, la determinación de la edad de imputabilidad, es un parámetro esencial para el diseño de un programa político criminal juvenil, pero sin dudas, no es único.

La institucionalización de los menores es otro de los problemas que preocupa a la comunidad en general, y en particular a la jurídica, y que por su complejidad requiere respuestas urgentes, innovadoras, dinámicas y multisectoriales.

La doctrina de la situación irregular, reflejada en la Ley N° 22278, lleva a instaurar en el plano procesal un sistema inquisitivo, con la puja constitucional que ello implica. Someramente se impone apuntar que implica la acumulación de los roles de acusar y juzgar en una misma autoridad; el imputado es objeto de prueba y la posibilidad de articular una defensa es sumamente reducida.

Tal es así que, en la causa “García”⁶ se declaró la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley N° 22278 y se consideró que la doctrina de la situación irregular reflejada en dicha ley resultaba a todas luces anacrónica, por cuanto caracterizaba al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición con la doctrina de la protección integral sobre la que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada en nuestro país por la Ley N° 26061, siendo una de sus consecuencias más graves el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces, lo cual, en la práctica, muchas veces se traduce en violaciones hacia los derechos de los niños infractores de la ley penal.

En el presente trabajo se ahondará sobre la situación de niños y adolescentes sometidos al proceso penal a la luz de la legislación vigente, y se circunscribirán las pautas generales a tener en cuenta para el inalienable respeto a las garantías de tipo penal, procesal y de ejecución. Se expondrán también los graves problemas de índole inconstitucional que trae aparejada la aplicación

⁶ CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal de Casación Penal ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”, del 02 de diciembre de 2008.

de un modelo de sistema penal tutelar o asistencial como el que actualmente todavía se encuentra vigente en nuestro país.

La llamada doctrina de la situación irregular

En Argentina, el tratamiento diferenciado comenzó con la Ley N° 10903, reguladora del Patronato del Estado, hoy derogada por la Ley N° 26061, que incorporó el régimen de la situación irregular, cuyos precursores fueron Los Salvadores del Niño en Estados Unidos, lo que implicaba un trato diferenciado para los niños que dejaron de ser equiparados a los adultos. Los pilares del régimen fueron la legislación específica, los tribunales especializados, y el reformatorio, que luego, con algunas modificaciones, sería mantenido y desarrollado sucesivamente por el Código Penal de 1921 y la Ley N° 22278 aún vigente, con sus respectivas modificaciones.

Legislación penal juvenil

La Ley N° 22278, inspirada en fines de protección, establece “el régimen penal aplicable a los menores incursores en delitos”. Ésta exceptúa del régimen del derecho penal a los menores que no hayan cumplido dieciséis años de edad, y aquellos que no han cumplido dieciocho años respecto de los delitos de acción privada, o que fueran reprimidos con pena privativa de libertad que no excediese de dos años, con multa o con inhabilitación (art. 1), siendo punibles en los demás casos, aunque previo a la imposición de la pena deben cumplirse los requisitos contemplados en el art. 4. En estos casos, la imposición de la pena está supeditada a ciertas condiciones:

- a) que previamente se haya declarado la responsabilidad penal conforme a las normas procesales;
- b) que el menor haya cumplido 18 años de edad; y
- c) 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, el juez, evaluando las “modalidades del hecho”, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa por él recogida, debe decidir si es necesario aplicarle o no una sanción, en cuyo caso podrá reducir la pena en la forma prevista para la tentativa, o decidir de un tercio a la mitad según el Código Penal Argentino. Si la

sanción no resulta necesaria deberá absolverlo, pudiendo prescindir del requisito de la edad previsto en el inc. 2 de la citada norma.

Bajo el término “modalidades del hecho”, contenida en el art. 4 de la Ley N° 22278, están comprendidos los componentes objetivos del injusto y la culpabilidad del niño de entre dieciséis y dieciocho años de edad, que deben tomarse en cuenta, junto con las demás circunstancias personales, en cuanto son relevantes para estimar cuál ha sido su grado de comprensión de la criminalidad del hecho ejecutado, y cuál su rango de autodeterminación al momento de ejecutarlo. Ahora bien, estos componentes deben ser valorados al momento que fueron cometidos.

En todos los casos, y cuando el menor está comprendido en el régimen del derecho penal (“cualquiera fuere el resultado de la causa”, art. 2, último párrafo), si de los estudios realizados resultare que el mismo “se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador” (arts. 1 *in fine*, y 2 *in fine* de la citada norma).

Este régimen, brevemente sintetizado, actualmente se encuentra sometido a diversas críticas. La primera está dirigida al sistema en sí mismo, pues, en efecto, el análisis del contenido de la ley en examen permite advertir que el llamado régimen penal de la minoridad excede ampliamente lo penal, ya que prevé la aplicación de medidas a los menores que se encuentran expuestos a riesgos sociales, aún ante la inexistencia de un injusto. Esto evidentemente vulnera los derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución Nacional para todos los habitantes del país, sin distinción de edades, lo que no fue o no quiso ser advertido.

En la faz procesal, estos postulados se correlacionan con las garantías judiciales que derivan de la presunción de inocencia y del debido proceso, como así también con los principios de proporcionalidad, excepcionalidad, subsidiaridad y limitación temporal.

Indudablemente este esquema responde a la tradición legislativa argentina, que en materia de menores se ha inspirado en la concepción “tutelar”, a partir de la cual se ha justificado la “disposición” judicial del menor, aun cuando éste no hubiera cometido delito, si se encuentra en una “situación irregular” que lo torne “peligroso”. Este tipo de medidas de seguridad, de carácter “pre-delictual” propias del derecho penal de autor, según el art. 42 del Código Penal de la República Argentina, no se ajustan a nuestras bases constitucionales.

Una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación. La justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio.⁷

Según Zaffaroni, este sistema tutelar tiene “carácter inquisitorio” (porque los chicos no tienen derecho a juicio, ni a abogado defensor, ni obligación de ser escuchados), y le opone dos razones principales:

Primero que el niño o el adolescente nunca puede tener el mismo grado de reproche o culpabilidad del adulto, por una razón de psicología evolutiva simplemente. En segundo término, que la pena privativa de la libertad, se llame pena, se llame internación, o se llame con todos los eufemismos que se quiera llamar, la inclusión de cualquier niño o adolescente en una “institución total” (aquellas que abarcan todos los aspectos de la vida de una persona: techo, libertad, alimento, vestimenta, etc. como las cárceles, manicomios o institutos) tiene un efecto deteriorante mucho mayor que la inclusión del adulto. Esas son dos circunstancias que hay que tener en cuenta, y que no devienen de la norma sino de la vida, de la realidad.

El Congreso Nacional sancionó una nueva Ley de Protección integral de los Derechos del Niño, derogando la histórica de patronato, pero en la parte penal no se avanzó todavía. A mi juicio, hay disposición de carácter inconstitucional, que es la que permite la alternativa de aplicarle al adolescente, superado los 18 años, la misma pena que al adulto. Creo que eso es inconstitucional. Es muy difícil llevar a la práctica este tipo de reformas con los jueces actuales. Se tienen que sacar de la cabeza la idea tutelar. El juez no es el padre.

⁷ CSJN, caso “Maldonado, Daniel Enrique y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso con homicidio calificado”, causa N° 1174, 07 de diciembre de 2005.

El juez es el juez. No está reemplazando al padre, no está reemplazando a la familia. Si un niño comete una infracción en la familia, no sé... Lo mando a dormir sin el postre. Aún si dentro de la familia el nene manifiesta un alto nivel de agresividad y le pega un puntazo con un cuchillo a la abuelita, no llaman a la policía: van al médico, al psicólogo, al psicopedagogo. Eso se hace dentro de la familia. Es un poco absurda la situación de quienes pretenden bajar la edad de imputabilidad. ¿Qué haría cualquiera de ellos si pasan esas cosas dentro de su familia? Llamarían al psicólogo. Pero si pasa afuera no, quiere que intervenga el juez penal. La familia es una estructura primaria donde no están institucionalizadas las sanciones; la intervención de un juez es una estructura de tipo secundaria donde sí necesitamos institucionalización, porque si no se caería en un arbitrariedad total. Dentro de la familia no hay un código escrito... No, claro, no puede haberlo, se particulariza. Cuando interviene el Estado, la relación se burocratiza inevitablemente y tiene que burocratizarse, porque se necesitan estándares, si no se cae en la arbitrariedad. En una estructura primaria no puedo actuar de la misma manera que en una estructura secundaria, como es el Estado. Lo ideal es que intervengan las instituciones primarias y lo resuelvan las instituciones primarias.⁸

Según el juez de Cámara en el Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 porteño, Guillermo Enrique Friele, las garantías que se vulneran por la aplicación de este sistema tutelar son:

El principio de igualdad ante la ley contemplado en el art. 16 de la Constitución Nacional, al darle a los menores un trato diferencial; el principio de legalidad, establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, porque las leyes que rigen en el sistema penal de menores de nuestro país incriminan, en algunos casos, conductas no tipificadas en la ley penal; el principio de reserva contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional, porque se otorga al juez una absoluta discrecionalidad para la “disposición” provisoria o definitiva del

⁸ Zaffaroni, E. R. “El discurso tutelar siempre lleva a la inquisición”. Disponible en: [<http://www.casacidn.org.ar/article/el-discurso-tutelar-siempre-lleva-a-la-inquisicion/>].

menor, no sobre la base de lo que hizo sino de lo que es; la garantía del juicio previo, ya que al menor se le aplica una sanción punitiva por vía de la "disposición", sin que exista un juicio previo de reprochabilidad, pasado en autoridad de cosa juzgada; la garantía del proceso legal previo, que alude al procedimiento previo a la sentencia, que le produce los elementos para la decisión del tribunal respecto a la imputación deducida; la garantía de defensa en juicio, ya que frente a la excesiva discrecionalidad que tiene el juez de menores, es evidente que la defensa del menor en el proceso penal vigente sufre un menoscabo, ya que no tiene la posibilidad de hacer valer sus derechos; y el principio de inocencia, ya que sea cual fuere el resultado final del proceso, aun el juez, si lo considera necesario, puede disponer del menor en forma definitiva.⁹

La aprobación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en especial el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y posteriormente el otorgamiento de jerarquía constitucional en la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22 Constitución Nacional) exige una revisión de la normativa implicada.

Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Esta legislación ha venido a distinguir claramente, deslindando competencias, entre los supuestos de niños en conflicto con la ley penal, y aquellos otros que necesitan de especial atención y protección estatal, enmendado aquel aspecto criticable del sistema judicial vigente, derivado de la doctrina de la situación irregular ínsita en la Ley N° 22278.

Revisten entonces vital importancia las garantías constitucionales, las que en opinión de Ferrajoli son "vínculos normativos idóneos para asegurar efectivi-

⁹ Friele, G. E. "Disposición tutelar vs. Protección integral de los derechos del niño". Disponible en: [<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/menores2.htm>].

dad a los derechos subjetivos”.¹⁰ Es sabido que las mismas tienen la finalidad de proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho.

El sistema penal tradicional es fuertemente cuestionado, en cuanto a sus efectos negativos y el escaso logro de los fines de la pena, los cuales hicieron surgir nuevas formas de solución de conflictos que no siguen estas estructuras tradicionales. Ello determinó el mayor desarrollo de prácticas de justicia restauradora y reparadora.

La Provincia de Corrientes responde a este modelo tradicional. Al no existir una ley de protección integral del niño y del adolescente, más allá de la simple adhesión a la Ley Nacional N° 26061, la situación de los menores imputables a quienes se les atribuye una infracción penal, y se dirime en un juicio especial escasamente reglado en su Código Procesal Penal. Por otro lado, los menores inimputables se encuentran prácticamente en una situación de desamparo normativo.

Debemos recordar que la Convención de los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.

Es sabido que resulta responsabilidad del Estado lograr el efectivo goce de los derechos por parte del menor; ello es, acordar a la niñez una auténtica “tutela judicial” que se define a través de cuatro ejes esenciales:

- el acceso a la justicia (como imputado o bien como víctima),
- representación propia,
- tribunales especializados, y
- respeto a las normas del debido proceso.¹¹

¹⁰ Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*. Madrid, Trotta.

¹¹ En la opinión consultiva 17/2002 de fecha 28/08/2002, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos ha sostenido acerca del debido proceso que: “las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos de debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos... el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales”. p. 78.

Del mismo modo en que resulta necesario fortalecer los principios democráticos en el funcionamiento de la familia, también lo es ahora en el ámbito público, y de manera indispensable, que la justicia se construya como un lugar de apoyo al menor o adolescente, en lugar de representar un mundo extraño que lo traumatiza.

Esta ley tiene como objetivo la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el territorio de la República Argentina, y garantiza el ejercicio pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en que la Nación sea parte.¹²

A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescentes la máxima satisfacción y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar su condición de sujeto de derecho; el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y 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.¹³

Asimismo, la expresión “interés superior del niño”, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de las mismas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño

El sistema constitucional, y particularmente la Convención de los Derechos del Niño, establecen las garantías que asisten al menor en conflicto con la ley penal. Los principios que allí se consagran forman parte de las bases políticas de nuestro Estado, a las que necesariamente debe adecuarse la legislación secunda-

¹² Ley N° 26061, art. 1.

¹³ Ley N° 26061, art. 3.

ria. No obstante ello, dada la estructura federal de nuestro país, coexisten en el territorio nacional diferentes sistemas de regulación del proceso penal de menores, algunos de los cuales se ajustan más que otros al diseño constitucional.

El tramado ideológico establecido en la Ley N° 22278 debe ser dejado de lado definitivamente con la aprobación de la Convención en ciernes, aunque debe reconocerse que queda mucho por realizar. En primera medida, toca sancionar un cuerpo de leyes a nivel nacional y local acordes con los principios e ideas directrices de la Convención (por lo menos, ya rige la Ley Nacional N° 26061), seguidamente arbitrar los medios en todos los ámbitos de injerencia estatal para que aquellos principios rectores cobren verdadera vigencia y no sean letra muerta. En este sentido Mary Beloff¹⁴ enseña que:

La construcción de una condición jurídica de la infancia en el país requiere una revisión completa de los sistemas legales federales, provinciales y municipales y, en las esferas de la competencia de cada uno de esos sistemas, en las materias civil, penal, comercial, administrativa, laboral y procesal, para concretar los compromisos internacionales asumidos por el país y subirse al tren de la historia de este tema.

Es oportuno traer a colación que la Convención, en su art. 3.1, reza:
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.

En forma explícita también se encuentra en los arts. 9.1, 18.1 y 21. De esta manera, establece una regla operativa, a partir de la cual se antepone la Convención a otras consideraciones atinentes a menores. Nuestro Congreso Nacional ha interpretado este interés como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” (Ley N° 26061, art. 3).

La Corte ha expresado que:

con relación a los niños en la situación de la Ley N° 22278, los tribunales están obligados a atender, como consideración primor-

¹⁴ Beloff, M. A. (2005). “Constitución y derechos del niño”. En: *Estudios sobre Justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires, Del Puerto, p. 795.

dial, al interés superior del niño, llevando a cabo una supervisión adecuada, sobre todo cuando es doctrina de la Corte Suprema que “garantizar” los derechos humanos implica para el Estado el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir, para que los individuos puedan disfrutar de aquéllos, lo cual comprende el ejercicio del “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, haciendo cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo de sus derechos constitucionales que sufra un menor en esa situación, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio.¹⁵

Sanciones penales juveniles y privación de la libertad

Desde el punto de vista legal, los regímenes especiales para los menores en conflicto con la ley deben estar inspirados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta normativa supuso la sustitución del derecho tutelar, que considera al menor como objeto y no como sujeto de derecho, incapaz de asumir responsabilidades penales por sus actos. Bajo ese esquema normativo, el adolescente queda a la merced de ser sometido en forma arbitraria y por tiempo indefinido en orfanatos y centros de protección, sin las debidas garantías procesales. Según los estándares internacionales, la legislación debe propender a buscar alternativas a las medidas no privativas de la libertad. Entre ellas, se cuenta la orientación y el apoyo sociofamiliar, la amonestación, la libertad asistida y la prestación de servicios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la opinión consultiva N° 17, entendió:

Que los menores de dieciocho años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de

¹⁵ CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal de Casación Penal ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”, del 02 de diciembre de 2008.

edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.¹⁶

Más allá de las críticas a las que se ha sometido esta opinión consultiva, indica un punto de partida en los principios que deben regir la justicia penal juvenil y la diferente regulación que deben guardar las privaciones de la libertad por infracción a una ley penal, por abandono, riesgo, etcétera.¹⁷

En este sentido, se han orientado las reformas introducidas por la Ley Nacional 26061, la que ha promovido un cambio de paradigma en lo que respecta a la justicia de menores.

De este modo, se ha pasado de un modelo tutelar, a un modelo de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, procurando que sólo ingresen al ámbito de la justicia penal, los jóvenes que verdaderamente se encuentren en conflicto con dicha ley, quedando a cargo del fuero de familia, y de organismos administrativos, aquéllos denominados abandonados o desprotegidos.

La actual normativa regula la cuestión de la privación de la libertad de los menores según los términos del art. 19 de la Ley N° 26061, el cual dispone que la privación de libertad personal adoptada de conformidad con la legislación

¹⁶ Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puntos 11 y 12.

¹⁷ Beloff, M. A. (2004). "Luces y sombras de la Opinión consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño". En: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Editores del Puerto.

vigente, no podrá implicar la vulneración de los demás derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes.

Las sanciones penales bajo la modalidad de privación de la libertad, eran y siguen siendo moneda corriente en la justicia de menores. Pero esto no implica que en determinadas circunstancias no aparezca otra opción viable para aplicar al menor. Ahora bien, lo cuestionado es el intento de teñir dichas penas con un fin tutelar, que en los hechos no tutelan a nadie.

La Corte ha expresado que:

Los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son dispuestos, internados o reeducados o sujetos de medidas tutelares. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la libertad ambulatoria, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias (...) los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.¹⁸

En un fallo que data del 5 de julio de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sancionó al Estado Argentino por la aplicación de la pena punitiva máxima, al considerar que no cumplen con “la finalidad de la reintegración social de los niños” y las expectativas de *resocialización*. “Además, por su desproporcionalidad, la imposición de dichas penas constituyó un trato cruel e inhumano, y violó el derecho a la integridad personal de sus familiares”, sostuvo dicha sentencia. Con la sanción del tribunal internacional, la Argentina “incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, ya que el ordenamiento legal argentino permite la posibilidad de imponer a niños, sancio-

¹⁸ CSJN, caso “Maldonado, Daniel Enrique y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso con homicidio calificado”, causa N° 1174, 07 de diciembre de 2005.

nes penales previstas para adultos”. Por lo tanto, el país deberá readecuar un sistema jurídico juvenil, junto a políticas públicas orientadas a la inclusión del niño y a la prevención, en el marco de la CIDN.

Para regular correctamente las consecuencias que sobre el niño puede acarrear la intervención judicial legitimada por la atribución de un delito, será indispensable que cualquier restricción, provisora o definitiva, de los derechos de aquél, se fundamente en su participación en el hecho delictivo que originó la actuación de la justicia.

Montalto¹⁹ sostiene que:

La privación coactiva de la libertad personal reviste siempre el carácter de sufrimiento humano, y por ende, tiene en todos los casos naturaleza punitiva. Es que la prisión es una medida estatal coactiva y destructiva de la personalidad humana, que hace perder a quien la sufre contacto con la sociedad, con sus familiares y allegados, estigmatizando al prisionero de un modo difícil de revertir y generando, en la mayoría de los casos, más perjuicios que beneficios. Ningún recluso, y más tratándose de menores internados, es tratado como inocente, por la sencilla razón de que se le hace perder su libertad y, con ello, se lo somete a un indiscutido castigo. No se puede pensar, si hablamos de protección de los menores, que su alojamiento en los institutos de menores, o en comisarias del menor, les brinda protección y trato inocente, ya que el trato humillante e inhumano que se les brinda, hace que aquél se sienta burlado, por la pérdida de su intimidad, por los maltratos psicológicos y físicos de toda índole.

Actualmente, en la Provincia de Corrientes, los jóvenes institucionalizados por orden judicial, son alojados en lugares que no observan los estándares mínimos que prevé la normativa nacional e internacional vigente, por lo que resulta imperioso crear una institución juvenil con estructuras adecuadas para proveer condiciones de vida dignas. Para dar cumplimiento a dicha normativa y a lo establecido en el art. 41, 3^{er} párrafo *in fine* de la Constitución Provincial, el Estado debe asegurar que en caso de detención, los jóvenes sean “alojados en centros especiales que resguarden su integridad física y psíquica”, en los que

¹⁹ Montalto, A. M. (2006). *Niñez y adolescencia*. Buenos Aires, Mediterránea, p 194.

se desarrollen programas educativos y de salud integral, que provean a los jóvenes, pautas de respeto a los derechos y libertades fundamentales de terceros y los ayuden a asumir una función constructiva en la comunidad. Estas acciones, sumadas a programas de inserción familiar y comunitaria, ayudarán a mejorar la cohesión social.²⁰

La privación de libertad en centros especializados para adolescentes, de estar prevista, sólo puede aplicarse por tiempo determinado y el más breve posible, luego de un juicio previo justo, requerido por la Constitución Nacional en el art. 18 para cualquier habitante de la Nación, a aquellos declarados responsables de delitos gravísimos, que deben estar taxativamente determinados en la ley, siempre que se demuestre que otra sanción es completamente inadecuada en el caso.²¹

Desde su perspectiva sociológica, David²² sostiene que la rehabilitación del joven sólo puede lograrse proveyéndole la oportunidad de hacerlo dentro del marco comunitario, y no dentro del aislamiento de instituciones carcelarias, donde el joven que ha delinquido es tratado como un caso individual, generalmente como un caso patológico, y con los métodos de una psicología que se satisface en aplicar variadas técnicas a un caso, sin reparar en que la delincuencia juvenil es expresión de la inserción del joven con las normas, valores y tradición de un grupo delincencial o subgrupo que el menor aún considera como su grupo de referencia, y cuyas normas y valores ha internalizado.

La edad de imputabilidad

La mayoría de los países de la región cuentan con regímenes penales juveniles, que inician desde los 12 años. En las últimas dos décadas, a lo largo y ancho del continente, se legislaron sistemas especiales de responsabilidad penal juvenil, cuyo margen de edad suele fijarse entre los 12 y 18 años, aunque en algunos casos inicia desde los 13 (Paraguay, Uruguay, Nicaragua, Guatemala),

²⁰ Decreto N° 2426, del 22 de octubre de 2008.

²¹ Beloff, M. A. (2007). "Los adolescentes y el derecho penal: una relación conflictiva". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 27.

²² David, P. R. (2003). *Sociología criminal juvenil*. Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 129.

y en otros a los 14 (Chile). Los mismos se tratan de regímenes especiales cuyas medidas punitivas aspiran a un contenido socio-educativo y de resocialización de los jóvenes. La Argentina es el único caso donde se juzgaron menores con cadena perpetua. En casi todos los casos se considera inimputables a los menores de 18 años, con la excepción de la Argentina y Bolivia, donde se fijó desde los 16. Aquellos que quedan por fuera de toda sanción del orden penal son los chicos menores de 12 años.

En el régimen penal aplicable a los menores incurso en delitos, se presume de manera absoluta que a partir de esa edad cuenta con la madurez mental necesaria para ser punible.

En nuestro país, en el 2010 fue la última vez que se trató un proyecto de régimen penal juvenil, cuya característica más controvertida fue la fijación de la edad de imputabilidad a los 14 años, que obtuvo la media sanción en el Senado.

En nuestro país, las normas nacionales que rigen al respecto son: Ley N° 22278/80 y Modificatorias; Ley N° 22803/83; Decreto-Reg. 415/06 de la Ley N° 26061/05.

Manuel Ossorio y Florit, y Guillermo Cabanellas de las Cuevas nos ilustran acerca de que “las legislaciones civil y penal consideran a los menores dentro de un limitado margen de edad como incapaces o inimputables, respectivamente. Esta consideración tiene el carácter de presunción *iuris et de iure*”. Ambas legislaciones parten de presupuestos de inmadurez, de la falta de un desarrollo total de la capacidad volitiva e intelectual, que impide al actor la comprensión subjetiva del alcance de sus actos. En la penalística moderna se ha llegado a la conclusión de que no debe aplicarse a los menores delincuentes la sanción de medidas represivas expiatorias, sino que, por el contrario, se debe tratar de readaptarlos para que puedan incorporarse en forma útil a la sociedad.

El Código Penal argentino fijaba el límite de la inimputabilidad de los menores a los 14 años. Pero la Ley N° 14394 de 1954, modificada por el Decreto-Ley 5286 de 1957, amplió el límite de la inimputabilidad fijándolo en los dieciséis años. La misma ley dispone que, cuando se trate de mayores de dieciséis años que aún no han cumplido los dieciocho, serán sometidos a proceso únicamente en los casos en que los delitos revistan cierta gravedad, pero aun entonces no podrá aplicárseles pena propiamente dicha y sólo una medida de seguridad, que puede llegar a estar representada por el internamiento en establecimientos especiales. Si el menor cumple los veintiún años en esa internación, se lo deberá

trasladar para el cumplimiento de la sanción impuesta a un establecimiento penitenciario para mayores.

La minoridad y sus consecuencias de inimputabilidad se consideran en relación con el momento de la comisión del hecho, por imperio de un criterio biológico puro.²³

Conclusión

Aunque la CIDN tiene rango constitucional en nuestro país, aún se mantiene el régimen Penal de Minoridad (Leyes N° 22278 y 22803), sancionado en 1980 durante la última dictadura militar. Este sistema, que como se dijo, se inspira en la Ley N° 14394 de 1954, posibilitó que la Argentina sea el único Estado de América Latina que ha sentenciado a menores de 18 años a la pena de prisión perpetua, lo cual constituye una grave falta contra los derechos de los menores.

La Corte²⁴ recomendó a la Argentina que establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección, además de recomendar que 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.

Podemos decir que a nivel nacional, el espíritu de las reformas introducidas es superar la situación expuesta en el presente trabajo, sin perjuicio de que no intentamos decir con esto que el menor debe ser tratado como un mayor, sino simplemente que debe gozar de los mismos derechos y de un plus por tratarse simplemente de un menor, plus que debe ser tenido especialmente en cuenta al momento de imponerse una pena.

En tal sentido nuestro Máximo Tribunal ha expresado que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos y que frente a la infracción de la ley penal deban ser tratados exactamente igual que los adultos.

²³ Ossorio y Florit, M. y Cabanellas de las Cuevas, G. (2007). *Diccionario de derecho*. T. II. Buenos Aires, Heliasta, p. 119.

²⁴ CSJN, "Recurso de hecho deducido por el Fiscal de Casación Penal ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537", del 02 de diciembre de 2008.

En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado como aquél elaborado por la doctrina de la “situación irregular” de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños).

Por otro lado, y tal como se ha mencionado en el transcurso de este trabajo, la privación de la libertad, principalmente en el caso de los menores, debe ser de aplicación “restrictiva”, motivo por el cual modelos como el español que fomentan la solución alternativa del conflicto mediante institutos como la mediación o conciliación, resultan una opción.

Sabemos que la realidad no se condice con esta postura y que el pensamiento popular, muchas veces inducido por los medios, requiere un tratamiento cada vez más duro con respecto a los jóvenes, pero los operadores del sistema deben no sólo respetar el espíritu de las nuevas leyes, sino por sobre todo las convenciones internacionales que rigen la materia.

Bibliografía

- Beloff, M. (2005). “Constitución y derechos del niño”. En: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Mair*. Editorial del Puerto.
Código Penal de la Nación Argentina.
Constitución Nacional Argentina.
- Elbert, C. A. (1978). *La situación del menor sometido a proceso penal*. Buenos Aires, Ed. Depalma.
- Hepp, O. T. (1984). *La internación de menores y sus problemas sociales*. Buenos Aires, Ed. Depalma.
- Kemelmajer De Carlucci, A. (2004). *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni.

- Luque Vergara, J. A. (1986). *Régimen penal de la minoridad y nuevos paradigmas en la protección de la niñez y adolescencia*. (2ª edic.). Mendoza, Ed. Ediciones jurídicas cuyo.
- Moreno, G. D. (2006). *La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño*. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.
- Viñas, H. R. (1983). *Delincuencia juvenil y Derecho Penal de Menores*. Buenos Aires, Ed. Ediar.
- Zaffaroni, E. (2006) *Manual de Derecho Penal. Parte General* (2ª edic.). Buenos Aires, Ed. Ediar.