

## LA LEY DE MENORES Nº 22.278- SU INTERPRETACION DOGMATICA

Por el Dr. Carlos V. Gallino Yanzi  
Profesor Titular de Derecho Penal I

Conferencia dictada en la sesión inaugural de las "Primeras Jornadas Correntinas de Derecho y Menores y la Problemática Psicosocial" Organizado por el Ministerio de Gobierno y Justicia de la Provincia de Corrientes, realizada el 13 de noviembre de 1980.

Creo prudente hablar muy someramente de los antecedentes históricos de la legislación de menores; el mayor problema de los Códigos Argentinos radicaron en la imputabilidad, así podemos decir que desde el proyecto de Tejedor de 1865 al Código de 1886, pasando por el Proyecto de 1881, se establecían tres límites: una edad mínima por debajo de la cual el sujeto era inimputable "ju et de jur"; otra edad máxima por sobre la cual siempre se era imputable, y entre ambas una categoría intermedia en que la imputabilidad debería probarse.

En el proyecto de Tejedor que fue Código en Corrientes, la inimputabilidad corría hasta los 10 años, el período de prueba de 10 a 18 y la plena imputabilidad después de los 18 años. La consecuencia era la irresponsabilidad en la primera infancia, la presunción de inocencia en el período intermedio, salvo el caso que el acusado hubiera obrado con discernimiento e n cuyo caso se atenuaba la pena; desde los 18 a los 22, no había atenuación de pena salvo para la muerte".

El tratamiento de inimputables se hacía mediante la corrección doméstica.

Los imputables se distinguían como, imputables por prueba, de 10 a 18 años e imputables "jur et de jure" de 18 a 21. Los imputables por prueba, sólo podían ser castigados con penas de prisión de dos meses a un año, que se podían agravar con trabajos forzados cuando tenían de 10 años a 14; cuando esa misma categoría tenía de 14 a 18 años, las penas eran más graves sin llegar a las de más elevada gravedad, como era la muerte. Para los menores de 18 años a 21 no había moderación, salvo en la pena de muerte.

Los delitos culposos hasta los 18 años, se destinaban a la corrección

doméstica y en su caso a la vigilancia de la autoridad. Se disponía además, el tratamiento de los menores en establecimientos especiales con un régimen de trabajo y educación.

El proyecto de Matienzo, Rivarola y Piñero de 1891, antecedente del Código de 1921, elimina la categoría de inimputables sujetos a prueba y fija una edad tope, hasta los 14 años, para la inimputabilidad e imputables más de esa edad. La imputabilidad es "jure et de jure", la ley ordena que el sujeto no es capaz.

Esta disposición pasa a los proyectos de 1906, 1916, 1917 y se consagra en el Código Penal de 1921. Este tope es modificado por la Ley 14.394 del 22 de diciembre de 1954 que eleva el límite a los 16 años, la ley 21.338 del 25 de junio de 1976 la vuelve a los 14 años y hoy la mantiene la ley 22.278 del 29 de agosto de 1980.

Volviendo al proyecto de 1891 diremos que se prevé la corrección doméstica y se admite alternativamente la internación en establecimientos especiales del menor. Tanto en el proyecto de Tejedor, como en el proyecto de 1891, es total la ausencia de medidas tutelares y educativas, todo el sistema se traduce en medios punitivos, con o sin atenuación o modalidades atenuadas.

Los proyectos de 1891 y 1906 tienen una notable severidad para el menor imputable. Es la misma escala que para el adulto sin prever atenuación alguna, en el de 1891 solo se le exime de la pena de muerte y en el de 1906 de la de presidio, que se cumple como prisión. El proyecto de 1916, está calcado sobre el de 1906.

El proyecto de 1917 y el Código de 1921, prevé un sistema más moderno, mediante la entrega del menor de 14 a 18 años a la tutela privada en caso de delitos leves, o su internación si es peligroso (37 inc. a) y en los delitos graves atenúa la pena en la forma determinada para la tentativa (37 inc. b) y se la cumple en establecimientos especiales. (Art. 8).

La Ley Agote de 1919 sobre Patronato de Menores. No puede dejar de hacer referencia a ella, porque está vigente en todo el país y sólo ha sido derogada parcialmente por el Código Penal art. 36 a 39. Ella se ocupa integralmente del menor, si bien reserva hoy para la ley de menores el tratamiento de los menores delincuentes, su ministerio alcanza a los menores absueltos y a las víctimas menores de edad; ella es la piedra fundamental para construir una obra integral de protección a la minoridad.

La ley 22.278, recientemente dictada vuelve a la edad de 14 años para fijar desde cuando comienza la imputabilidad, dispone de un tratamien-

to especial de contenido proteccional y por excepción punitivo. La ley mantiene el espíritu tuitivo de la ley que deroga la 14.394 en cuanto guarda, defiende y ampara a los menores.

La reforma fue realizada por un grupo de expertos, constituida en gran parte por jueces de menores, que recalcaron que la bondad del sistema depende de la modificación de las estructuras judiciales y administrativas. En este sentido el Estado Nacional se apresuró a dictar la ley N<sup>o</sup> 22.277 del 28 de agosto de 1980, por el cual se incorpora al código de Procedimientos Penales de la Nación el Art. 689 bis.

En esta reforma se hace mérito de la desaparición del Consejo Nacional del Menor, introducido por el Decreto Ley N<sup>o</sup> 5286 del 20 de mayo de 1957.

La ley 22.278, como la 14.394 tiene un régimen para menores inimputables, otro para menores imputables; se preocupa de la disposición provisoria o definitiva de los menores, mantiene el régimen de la ausencia de reincidencia, dispone la internación de los menores en Institutos especializados e incluye entre los menores dignos de protección, al menor emancipado.

## EL REGIMEN DE LA INIMPUTABILIDAD

a) No es punible el menor que no haya cumplido 14 años. Es sin duda el problema más conflictivo de la ley, ya fue materia de objeciones cuando la ley 14.394 aumentó la edad a los 16 años, hubo incluso proyectos como del eminente Sebastián Soler en 1960 que pretendieron llevar a los 18 años.

La realidad y la experiencia social es sin duda el mejor morigerador de las ideas calientes, inspiradas en pueblos fríos como la legislación sueca o noruega; el aumento visible de la delincuencia de menores desde 1954 hasta el presente y su coronamiento en la guerrilla, fue una respuesta contundente al afán modificador.

Para fijar estos límites, no se puede prescindir de la raza, del tiempo en que se actúa, del standard de la vida, de los datos que proporciona, la criminología sobre la delincuencia de grupos o sectores y sobre todo de la tradición jurídica; ausente de datos estadísticos el país no podía dar un salto en el vacío, debía aferrarse a su glorioso Código Penal de 1921, que se había nutrido de toda una tradición legislativa.

Julio Martínez Vivot (h), en su trabajo sobre "El nuevo Régimen Penal de Menores" cree también acertada la elección de los 14 años, "pués

no hay duda de que se ha operado un cambio tanto en el grupo tecnológico, como en el económico y social y la consecuencia es que el hombre moderno madura con mayor celeridad influenciado por los medios de comunicación social, de transporte e incluso de sus propias necesidades de grupo familiar, que impone la contribución de todos sus integrantes”.

Podemos sostener sin temor, que nuestro país el menor que alcanza a los 14 años, es capaz como señala J.S. Caballero, de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones, presupuesto de la imputabilidad (Art. 34 C.P.).

Además la edad es la adecuada, porque la ley no tiene un carácter vindicativo, sino protector, es eventualmente punitiva, es el juez el que va a evaluar la conducta del menor, ocasionalmente lo absolverá, lo eximirá de pena o lo condenará.

b) La ley declara además “que no es punible el menor de 14 a 18 años, respecto a los delitos de acción privada, o reprimidos con penas privativas de libertad que no exceden de dos años, con multa o inhabilitación” (I).

A estos menores se les dará un tratamiento similar a los inimputables, la ley dice: “Si existiera imputación de un delito contra alguno de ellos lo dispondrá provisionalmente, comprobará la infracción, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador, ordenando los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentra (Art. I- 2da. parte).

En una palabra, un procedimiento similar al de la ley 14.394, establecidos en sus artículos 1º y 2º, con excepción de lo relacionado con el Consejo Nacional del Menor.

Debemos dejar constancia, que esta institución fue suprimida más que por su inoperancia, porque no se le proveyeron de los recursos económicos necesarios o se mantuvieron largo tiempo vacante sus cargos directivos, los cuales como recuerda Fontán Balestra, desempeñaban tareas esenciales en su funcionamiento, lo que obligó a los jueces de menores a crear en ausencia de su auxilio, una jurisprudencia pretoriana, que es la que se hace valer como experiencia jurídica y como antecedente de esta ley.

c) Otro aspecto que quiero destacar en la nueva ley, es el aumento de la pena privativa de libertad, llevándola de un año que consagraba la ley 14.394 a los dos años que señala la ley actual, en los delitos de acción pública.

No me parece acertado el argumento de que ella es procedente por la

inflación de la pena en la ley 21.338 como consecuencia de la guerrilla; en primer lugar porque el aumento no fue parejo, no todos los delitos aumentaron, y, en segundo lugar porque esa ley no se calificó por modificar preferentemente los delitos correccionales, sino los más graves.

En el deseo de investigar, he tratado de individualizar a los delitos de acción pública que no exceden de dos años y ellos son: según la planilla adjunta 90 figuras en las cuales la gravedad es muy dispar.

El aumento del monto a dos años no me parece acertado, debió limitarse como en la ley anterior al año o individualizar los delitos, repugna a un derecho penal de la culpa que se lo procese a un menor por homicidio culposo y se lo libere por no tener edad, por “exhibiciones obscenas”, art. 129 o por “supresión o suposición del estado civil” art. 137 o por “publicaciones o espectáculos obscenos” (128).

d) Cuando el menor se encuentre abandonado en los casos de menores inimputables o imputables con imputabilidad relativa, los artículos 1º y 2º disponen “si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presente problemas de conducta, el juez **dispondrá definitivamente** del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.

Martínez Vivot anota que es feliz la introducción del guardador que la ley anterior omitía, por la costumbre vigente en el país de entregar a las familias más acomodadas el menor para servicio doméstico.

La disposición definitiva del menor es apelable libremente en el fuero nacional, dentro del término de cinco días, art. 689, inc. 3º in fine Ley 22.277 C.P.P.

e) **LA DISPOSICION DEL MENOR.** La ley distingue una disposición provisoria del menor, de una disposición definitiva.

Por disposición debemos entender la facultad que tiene el juez de disponer del menor, es decir colocarlo en su sitio en el proceso y darle la situación adecuada para su readaptación social si fuere necesario, no debe olvidarse el carácter tuitivo del Instituto. Por estas razones, la ley impone a los jueces la custodia del menor, para procurar su adecuada formación moral y material mediante una protección integral. Para alcanzar tal finalidad, el magistrado debe ordenar las medidas que crea conveniente con respecto al menor, que siempre serán modificables en su beneficio.

La omisión de la protección jurisdiccional y tutelar por parte del juez —dice Martínez Vivot— podría desembocar en un juicio político en su contra, desconozco si la jurisprudencia de los jueces de menores de la Capital Federal arroja algún caso, pero me parece que el deber de asistencia debe ser reglado y ajustarse a normas de procedimiento, sin perjuicio que en la

solución del problema del menor lo encauce el Estado o los particulares; asociaciones de beneficencia, filantrópicas, de interés público, etc., como existen en Holanda.

No vamos a suponer que la ley obliga a los jueces a mantenerlos de su peculio, ni tampoco lo que antes fue usual, la entrega de los menores a familias acomodadas para que lo exploten como sirvientes.

f) Consecuente con este poder de disposición, la ley da al juez la facultad de restringir la patria potestad y la tutela, dentro de los límites que impondrá y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de las obligaciones inherentes a los padres o tutor, art. 3º inc. b), es decir, que se mantiene un poder en el ejercicio promiscuo de l Juez y de los padres. La disposición en principio no rompe con la patria potestad.

Pero en casos extremos, equiparables al del abandono, el juez puede declarar la pérdida de la Patria Potestad o la pérdida o suspensión de su ejercicio o la privación de la tutela o guarda, si correspondiere, art. 7º.

En estos casos en el fuero nacional, sólo habrá recurso de apelación cuando se dicte lo que se conoce con el nombre de “disposición definitiva”, cuando se ponga fin al proceso. C.P.P. Art. 689 bis, inc. 3º.

g) El juez puede otorgar además el discernimiento de la guarda del menor cuando correspondiere, art. 3º inc. c).

La ley no dice cuando corresponde, por lo que debe entenderse “cuando correspondiere a juicio del juez”, creo que esta disposición es un cheque en blanco que se da a los jueces, que debe ser morigerada con la intervención de los padres y del Ministerio Pupilar y ser materia del recurso de reposición y apelación en subsidio.

h) La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada o concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad, art. 3º última parte, ley 22.278.

**EL PROCESO:** Los menores de más de catorce años y que no hayan cumplido 18, cuando cometieren delito de acción pública o de instancia privada de más de dos años de prisión, deberán ser sometidos a proceso .

Para huir de toda noción inquisitorial, la ley procesal nacional establece como regla que “no regirán las disposiciones sobre detención y prisión preventiva”; como excepción la misma ley establece que “si las modalidades del hecho y de las características personales del menor resultare fundamentalmente necesario adoptar estas medidas a su respecto, el juez la podrá dictar, pero la privación de la libertad se cumplirá en establecimientos es-

pecializados”.

El propósito de la Ley 22.278 en el inc. 1º del art. 4º es declarar la responsabilidad penal y civil del menor si correspondiere. Para ello, la ley procesal ha debido disponer: 1º) Que las sentencias absolutorias se ajustarán a los arts. 495 y 496 del Código de Procedimientos Penales. 2º) Pero cuando la sentencia fuere condenatoria se limitará a declarar la responsabilidad penal del procesado, y, en su caso, también la que pudiera corresponder cuando hubiera ejercido la acción civil tanto contra el menor, como contra terceros responsables”.

Cumplido estos requisitos legales, recién el Juez se pronunciará sobre si absuelve el procesado en razón de la ausencia de peligrosidad en su personalidad o le impondrá la pena que correspondiere.

Para llegar a la absolución, no es necesario que el menor haya cumplido 18 años; pero sí lo es para la condena, además la ley requiere “que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año , prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad”.

Este sistema ha permitido agilizar el procedimiento eliminando del proceso a los menores de peligrosidad escasa o que se hubieran readaptado.

La pena aparece impuesta por un procedimiento de doble valoración, la declaración previa de la responsabilidad civil y penal del menor conforme a las normas procesales y el estudio tuitivo de las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento provisorio tutelar y la impresión de viso del Juez, que podrá dispensar o imponer una sanción, en caso de hacer esto último, podrá la pena ser reducida a la forma prevista para la tentativa, es decir “de un tercio a la mitad”, art. 44 C.P.

**LA REINCIDENCIA:** El art. 5º dice: “Las disposiciones relativas a la reincidencia, no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos antes de cumplir los 18 años”. Martínez Vivot (h), critica esta disposición, porque el párrafo resulta inaceptable en la medida que según la ley no puede condenarse a un menor de 18 años, pues por disposición expresa de la misma en el Art. 4º inc. 2º ) es necesario que haya alcanzado esa edad. El menor hasta esa edad sólo puede ser un reiterante, pero nunca un reincidente.

El párrafo 2º del Art. 5º dice “Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a los efectos de considerar lo reincidente”, en

opinión del autor citado esta disposición también carece de sustento, ya que el objeto de la ley 22.278 y de su tratamiento es la readaptación del menor, y si no se hizo acreedor al beneficio del Art. 4º, se siguió en la senda delictiva, si no se enmendó, no parece lógico sea premiado con el olvido del delito anterior, piensa que la solución correcta está en el art. 51 del Código Penal en cuanto dispone: “la pena de privación de libertad que el procesado sufrió por delito cometido antes de haber cumplido 21 años, no podrá computársele para la agravación a la pena”.

## **LOS INSTITUTOS ESPECIALIZADOS:**

La ley dispone en el art. 6º “Las penas privativas de la libertad que los jueces impusieren a los menores se harán efectivas en establecimientos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos”. El Art. 10, concordante en cuanto manda que los menores entre 18 años y la mayoría de edad incurrieren en delito y fueren privados de su libertad cumplirán en estos establecimientos.

La ley procesal como hemos visto, en los casos excepcionales en que el menor deba soportar la detención provisoria o la prisión preventiva, manda que lo haga en establecimientos especializados.

La ley al contemplar la situación de los menores de 18 años, que se presenten al proceso después de cumplida esa edad y hasta los 21, y que fueren condenados, también exige sean detenidos en establecimientos especializados. Es decir, que es privativo del menor, el régimen del establecimiento especializado cuando se vea privado de su libertad.

Esto hace a la esencia del sistema, por lo que el juez deberá optar en ausencia de establecimientos especializados, por la libertad del menor.

El juez deberá optar entre conculcarlo en la cárcel o una libertad vigilada. El Art. II, no permite la delegación permanente de la función repressiva en otras jurisdicciones.

## **CUESTIONES QUE PLANTEA ESTA LEY:**

1º) La necesidad de armonizar esta legislación con la legislación procesal de cada provincia.

2º) La necesidad de crear las estructuras orgánicas que responden a este sistema; Patronato de Menores; Institutos especializados, asistencia social, etc., que algunas provincias tienen organizadas, pero otras carecen de



ellas. Buen principio es la ley 10.903 del Patronato de Menores, que no restringen su acción a los delincuentes, sino la extiende al acusado absuelto y a la víctima del delito.

3º) La situación de los menores condenados por la ley 14.394 y la reforma de la ley 21.338 de acuerdo al principio de la ley más benigna art. 2º C.P. estaría derogada, por cuanto el Código dice: “Si durante la condena se dictare una ley más benigna la pena se limitará a la establecida por esa ley”.

Creo que el art. 551 del Código de Procedimientos de la Nación soluciona el caso en el inc. 4º, también el Código Procesal de Vélez Mariconde para la Provincia de Corrientes, en el recurso de revisión art. 514, inc. 4º, cuando dice: “cuando el hecho cometido encuadre en una norma penal más favorable” o el inc. 5º: “Si correspondiere aplicar retroactivamente la ley más benigna”.

El recurso puede ser deducido por los representantes legales o por el Ministerio Público, Art. 516.

Por último señores, algo que no está en la ley, pero surge de sus “telos”, la calidad de profunda humanidad del que la aplica, el espíritu de justicia que le anima, la equidad que como regla lesbia presida las decisiones, la templanza y hasta la caridad que es la esencia de un mundo universal y cristiana, donde la paz social no es una declamación sino una convicción. Dijo Jesús: “amaos los unos a los otros” y éste será mi reino.