

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: La jaula de los niños : un aporte hacia su abolición

Alumno: Álvarez López, María M

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo:

Encargado de curso Prof: Aguirre, Eduardo

Año que se realiza el trabajo: 2009

INTRODUCCIÓN

El sistema penal nacido a imagen y semejanza de las relaciones capitalistas de producción generó una multiplicidad de medidas tendientes a obtener el disciplinamiento social que se mantiene en la actualidad. Una de ellas es, la necesidad de implementación de instrumentos institucionales de control para con las personas que, por diversas circunstancias, no acertaban a encajar en el nuevo esquema de mercado y, no podían o no querían pasar a integrar el nuevo ejército operario con aptitud para el trabajo fabril subordinado. Para el joven y el hombre maduro desocupados se reservaban establecimientos generales de internación coactiva –cárceles, manicomios-. Para las mujeres, ancianos y niños –pobres- se previeron en cambio, sistemas y mecanismos de clara pretensión asistencial. Esto configuró el nacimiento de un tratamiento específico para los infantes; así nacía el *derecho de menores...*

CAPITULO I

“LOS SALVADORES DEL NIÑO”

Algunos opinan, que el único fin que perseguía este movimiento era el de estructurar un esquema de justicia penal que mantuviera el orden, la estabilidad y el control social, conservando al mismo tiempo el sistema vigente de clases y distribución de la riqueza, o sea, concebía la protección en términos segregativos, para ello, reformas en el sistema penal.

Como medida primordial, se crearon distintas instituciones especiales para el encasillamiento, tratamiento y vigilancia de los jóvenes en situación de peligro. Tales institutos, debían cumplir una única función: convertir a esos menores en ciudadanos respetuosos de las leyes:

- El Reformatorio: el primer instrumento diseñado para “institucionalizar” a los niños mediante la privación de su libertad. Se creó en Estados Unidos, en la mitad del siglo XIX, como una forma especial de disciplina, en reclusión, para adolescentes y adultos jóvenes. Eran regidos por “administradores”, que a su arbitrio, dictaban políticas criminológicas para aplicar dentro de la institución, con el objetivo de transformar al delincuente juvenil en un ciudadano

útil y productivo, basado en un sistema de calificación de conductas y en la utilización de la “persuasión organizada”.

También ingresan niños “que no eran debidamente atendidos ni custodiados” que no habían cometido ninguna conducta ilícita.

El plan comprendía los siguientes principios: 1) los delincuentes jóvenes debían ser separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos; 2) los delincuentes tenían que ser apartados de su medio y encerrados por su propio bien y protección; 3) los delincuentes debían ser enviados al reformatorio, sin proceso y con requisitos legales mínimos; 4) las sentencias serían indeterminadas, para que los reclusos, fueran alentados a cooperar en su propia reforma y para que los “delincuentes “ recalcitrantes no pudieran “reanudar su infame carrera”; 5) no debía confundirse reforma con sentimentalismo, sólo se requería el castigo mientras fuera conveniente para la persona castigada y después de haber agotado todos los demás métodos de persuasión; 6) los reclusos tenían que estar protegidos contra la pereza, la indulgencia, el lujo por medio del ejercicio militar y físico y una vigilancia constante; 7) los reformatorios se debían construir en el campo y ser designados según el “plan de cabañas”; 8) el trabajo, la enseñanza y la religión

son la esencia del programa, debían predominar la enseñanza técnica; 9) a los individuos sujetos a reforma, debía enseñárseles el valor de la sociedad, la templanza, la inventiva, la prudencia, la ambición “realista” y la adaptación.

Esta declaración de principios, sirvió para legalizar la actuación tutelar y paternalista del Estado sobre los niños, con el único fin de privarlos ilegítimamente de su libertad y así, sacarlos de la vista de los conciudadanos que se manejaban dentro de los parámetros sociales vigentes.

- Los Tribunales de Menores: el primero fue creado estatutariamente en 1899, en el estado de Illinois. Era una corte especial que determinaba la categoría jurídica de los niños con problemas. Utilizaba un procedimiento que difería del usado para enjuiciar a los adultos, ya que no se acusaba a los niños de la comisión de un ilícito, sino que se le ofrecía ayuda y una guía para que pudiera desenvolverse en el futuro, dentro de la ley. Los expedientes eran secretos, y la audiencias en un ambiente privado, el proceso penal era de corte informal y no se respetaban las garantías del debido proceso.

Investigaban todo tipo de hechos delictivos cometidos por menores, como también todo tipo de necesidades que ellos presentaren; no existían distinciones legales entre el menor delincuente y el desatendido o abandonado.

Pautas para catalogar la delincuencia: 1) actos que serían delincuencia si fueran cometidos por adultos; 2) actos transgresores de las ordenanzas condales, ciudadanas o municipales; 3) transgresiones de conceptos generales vagamente definidos - comportamiento vicioso o inmoral, incorregibilidad, holgazanería, ser un vago, etc.-;

El juez, adquiriría el rol de doctor y consejero, no el de abogado, ni el de quien debe juzgar conductas; debía conocer al niño para guiarlo adecuadamente. Estaba autorizado a investigar el carácter y antecedentes sociales de los niños delincuentes y pre delincuentes. Su función era netamente de corte asistencial, como ocurre en nuestra legislación.

La creación de los Tribunales de Menores, “llamó la atención hacia nuevas categorías de desviación juvenil, en particular el modo de comportamiento en que el actor era visto como su propia víctima”.

Estas instituciones, debían complementarse con la educación y la creación de leyes especiales para la protección y custodia de los niños delincuentes. En el ámbito educativo, se enseñó a los educandos, las herramientas para su correcto desenvolvimiento dentro de la sociedad: cocinar, formación agrícola, etc.; los maestros tenían estrictas normas de disciplina, debiendo enseñar a sus estudiantes las consecuencias de su mal comportamiento.

El sustento legal de esta reforma, regularon:

- 1) la actividad de los tribunales de menores;
- 2) el procedimiento penal;
- 3) la edad a partir de la que se podía declarar penalmente responsable a un niño;
- 4) la posibilidad de disponer indefinidamente de aquéllos que se encontraban en una situación de peligro material o moral;
- 5) los castigos o sanciones;
- 6) cómo debía tratárselos dentro de éstos o en las cárceles de cada condado.

Así se aseguraba un amplio control oficial sobre los jóvenes delincuentes y sobre los que estaban en serio riesgo, para poder

separarlos de la sociedad, por medio de sentencias indeterminadas y procesos judiciales con formalidades mínimas. ¹

La Reforma en Estados Unidos en la Década del 60

Los “constitucionalistas” comenzaron con sus críticas sobre la reforma, principalmente, con relación a los Tribunales de Menores, sostenían que eran arbitrarios, inconstitucionales, que se violaban los principios del proceso imparcial, no se resguardaban los derechos de los jóvenes, ni las garantías del debido proceso. En contraposición, los “moralistas jurídicos” defendían los principios de los “Salvadores del Niño”, fundándose en la protección de la sociedad y en el carácter retributivo de la pena. La primera posición fue triunfando en muchos estados, y comenzaron a aprobarse leyes que amparen los derechos de los menores; también se sumó la Corte Suprema que en el año 1967, se pronunció por primera vez, en el precedente “**GAULT**”: *“... los menores tienen derecho a 1) notificación a su debido tiempo de las acusaciones concretas contra ellos; 2) notificación del derecho a ser representados por un abogado consultor en procedimientos que “pueden tener por*

¹ PLATT, Anthony M., “Los salvadores del niño y la invención de la delincuencia”; México 1992.-

resultado el envío a una institución donde se reduce la libertad del menor; 3) el derecho al careo y al interrogatorio cruzado de quejosos y otros testigos; y 4) advertencia adecuada acerca del privilegio contra la autoincriminación y el derecho a permanecer callados...”.

También definió a los centros de recepción de menores como *“instituciones de confinamiento en donde se encarcela al niño”.*

A partir de “GAULT”, aparecieron nuevas reformas del procedimiento y estructura del sistema penal juvenil en Estados Unidos, adaptando las legislaciones a la doctrina emanada de este fallo fundamental.

CAPITULO II

Reformas en América Latina.

_Las reformas, comienzan a partir de la difusión del debate en la **“Convención Internacional de los Derechos del Niño”**, en la década del 80. Así, se han producido en todos los países un cambio importante respecto del sistema de responsabilidad penal juvenil; pasando de una doctrina de carácter tutelar y asistencialista, a los de protección integral de los derechos del niño como propugna la Convención, tipificando al niño, como sujeto de derechos plenos.

La ratificación de la Convención no ha tenido demasiada significación para Argentina, ya que se sigue instruyendo al proceso penal, bajo normas de un sistema tutelar; igual que en Chile y Venezuela. Un ejemplo de esto, es la Ley 10.903 (1919), del “Patronato de Menores”, que constituye un paradigma del sistema tutelar.

Este proceso ha sido ampliamente descrito, razón por la cual, a los fines del presente trabajo, me limitaré a caracterizar la singularidad de este conjunto de reformas legales. Resulta singular, en primer lugar, porque revolucionó la forma de producción de las leyes, que pasaron a ser producidas por todos los actores comprometidos con la efectiva implementación de la Convención Internacional (por miembros de organizaciones de base, de profesionales, funcionarios públicos, juristas, médicos); y por aplicación del Art. 12 de la Convención Internacional, también participaron los niños en algunos países. En segundo lugar, la originalidad también radica en el contenido de estas nuevas leyes, que se crearon con el único objetivo de construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención.

Actualmente, este proceso se ha orientado en un doble sentido: por un lado, a implementar efectivamente las nuevas leyes y a monitorear

seriamente el proceso de implementación; por el otro, a revisar las leyes aprobadas a comienzos de la década que revelan problemas de técnica legislativa, los que junto con la resistencia al modelo tutelar, explican las dificultades que presenta la implementación.

En diez años, todos los países de América Latina, a excepción de Argentina, Chile, México y Uruguay, han abandonado los modelos asistencialistas tutelares que caracterizaron a la época anterior a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

CAPITULO III

Nuevos Sujetos de Derecho, Nuevos Sujetos de Responsabilidad.

Las personas menores de 18 años de edad –niños según el Tratado Internacional de Derechos del Niño-, no son sujetos a proteger, sino que son titulares de todos los derechos de los que son titulares todas las personas –derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales-; de ciertas obligaciones y también de responsabilidad. Antes de esta edad, se supondrá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. Esta es la “doctrina de la protección integral”,

que constituye un cambio sustancial, determinado a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esto no implica que los Estados reconozcan al niño como sujeto de derecho y lo traten como adulto; sería volver sobre el pensamiento de los “Salvadores del Niño”. Significa, que niños, niñas y adolescentes son titulares de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más un extra de derechos específicos que se motiva en su condición de persona que está creciendo.

La Convención, mediante lo dispuesto en el Art. 75 inc. 22 de la C.N., ha recibido jerarquía constitucional; a partir de ella se determina la condición de sujetos de derecho de los niños con algún nivel de responsabilidad; en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar, de los niños. Esta Convención, se basa en el sistema garantístico, en el que se priorizan los derechos del niño en todas las situaciones de su vida.

Es un sistema basado en la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños; así el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello; la familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo; y

también, los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica.

Factores de la Delincuencia Juvenil

_Estos factores sirven para designar a los elementos internos y externos dinamizadores de la vida humana. Gravitan sobre la personalidad del menor en ciernes, y pueden devenir en con figurantes de su antisocialidad.

Los factores internos, se encuentran en el mismo ser humano, operan desde el interior del sujeto y contribuyen a la configuración antisocial de la personalidad, sin impedir todo discernimiento y capacidad volitiva; componen algo incorporado al sujeto en su mismidad y no obstan a la producción de verdaderos actos humanos, plataforma fáctica de la delincuencia:

- La herencia: si bien no es fatalmente portadora de una conducta delictiva, su presencia se manifiesta a través del temperamento. No explica de por sí la delincuencia, pero puede influir en la antisocialidad del niño a través de alguna de sus notas constitutivas.

- La gestación: gravita por lo que la vida intrauterina puede aportar al patrimonio psicofísico del menor, como presión negativa para lo futuro. Puede concurrir a la formación caracterológica antisocial, la blastotoxia (alteraciones germinales por causas tóxicas, alcohólicas, medicamentos, etc.) y otras alteraciones del período de embarazo.
- La deficiencia mental: en cuanto reporta una disminución en la adaptación social, puede devenir también en factor conformante de la personalidad antisocial, presupuesto de la vida delictiva.
- Las enfermedades psíquicas: se debe diferenciar: 1) “delincuencia neurótica”, es la presión ejercida por la neurosis en la configuración antisocial de la personalidad; 2) “delincuencia psicópata”, es un menor carente de poder indentificadorio, cuya efectividad se encuentra deteriorada, y que no hace suyo un código ético encausador de sus actos; 3) “delincuente psicótico”, es una personalidad desajustada a la

convivencia por su misma desorganización, son frecuentes las ilusiones, delirios, alucinaciones, etc.

Los factores externos, actúan dinámicamente desde un emplazamiento exterior del sujeto, integrando el marco social dentro del cual se desenvuelve su vida:

- La Familia: lleva ínsita la obligación de entregar al menor la calidez afectiva para su normal desarrollo. Esta incide negativamente, cuando existe repulsa de los hijos por parte de los padres, por el desamor, los consejos inmorales, los malos tratos y los vicios paternos. Las dificultades que involucran los errores paternos, las carencias afectivas y las estrecheces de espacio y tiempo para la convivencia doméstica, dejan su impronta en la personalidad del menor.
- La Escuela: gobierna el devenir del joven en medida decisiva. Promueve la aparición de la pandilla, donde los menores se asocian para el juego en grados de participación distintos según el tiempo y en ella se entrelazan mediante mecanismos de impregnación e

identificación y a veces dan vida a las patotas que operan desde la institución escolar.

- El Grupo Étnico: influye en la caracterización antisocial cuando opera a partir de alguno de los elementos que hacen a la propia peculiaridad de la raza. Su mayor gravitación, aparece cuando entra en colisión con una sociedad de origen racial distinto a la que pretende integrarse.
- El Barrio: es el entorno inmediato del hogar, en el que el menor entabla relación con sus pares. Sus peligros, se dan por el liderazgo del inadaptado, por la escasa atención de sus mayores, por la alimentación del resentimiento, etc.
- La Sociedad Global: aloja elementos dinámicos de la delincuencia juvenil y que gravita en la minoridad, de forma indirecta –influencia indirectas de la sociedad que se reciben a través de la familia, las desigualdades en el acceso a la escuela, los medios de comunicación social, el desenfreno de la publicidad hacia el consumo- y directa.

Es tema controvertido entre los sociólogos si la pobreza o la desigualdad social, por sí misma incrementan las probabilidades de que se cometan delitos. Se ha dicho que la diferencia entre las expectativas que genera la sociedad y las posibilidades reales de alcanzarlas, predisponen a las personas a transgredir la ley; es decir, es la pobreza relativa a las expectativas socialmente generadas la que produce un virtual crecimiento del delito.-

En nuestro país, se promuevan metas comunes de consumo y bienestar para el conjunto de la población y, existen ciertos sectores que sufren restricciones y ni siquiera alcanzan metas mínimas; también con el fenómeno de la pauperización, cuando se empobrecen, perdiendo posibilidades que antes disfrutaban y; así el delito es la manera de alcanzarla, convirtiéndolo en un problema social.-

Otro factor es el desempleo, ya que tuvo impacto no sólo en la economías hogareñas sino, también que alteró los roles tradicionales dentro de la familia; proliferando las familias monoparentales, con madres solas o disolución de vínculos estables. Así, el rasgo distintivo de los “Pibes Chorros”, es el haber sufrido desde su infancia desestructuración y privaciones.-

De esta manera, el barrio y la calle se vuelven espacios centrales, en los que estos jóvenes construyen su pertenencia social, donde los vínculos de amistad con sus iguales son muy significativos y, generan valores, hábitos y actitudes que se relacionan con la transgresión y el delito; allí o en la esquina, donde se desarrolla la idea de delinquir y, así empiezan a conocer los códigos y ámbitos de la transgresión, experimentando su primer contacto con la delincuencia. Al igual que sus padres ellos son desocupados, aunque la mayoría en algún momento han tenido alguna ocupación, evidencian que no encuentran en la trayectoria de sus padres algo que les indique que el empleo puede ser estable y que funcione como organizador de las etapas de la vida. Tampoco en el ámbito escolar lo hallan, ya que es visto como un lugar en el que no se pueden desarrollar los propios intereses y se desaniman por la sensación de fracaso y estigmatización.

3

Positivismismo Criminológico

“Hacer algo respecto del distinto, supone intervenir respecto de él para que se resocialice...”

³

MIGUEZ, Daniel; “Los Pibes Chorros”.-

Actualmente la juventud conlleva una condición de marginalidad social y dependencia económica prolongada

Los “otros”, los diferentes, los que pueden atacarnos, son hombres jóvenes, provenientes de sectores sociales pauperizados, con escaso nivel de instrucción formal, casi siempre desocupados o con inserción laboral precaria; ellos son la clientela habitual del sistema penal juvenil.

Este sistema autoriza la “disposición provisoria de los menores” aún antes de comprobarse su responsabilidad delictual, que conlleva un encierro basado en situaciones de “necesidad y conveniencia”.-

La mayoría de los adolescentes están privados de su libertad por delitos contra la propiedad y provienen de sectores sociales vulnerables. Estas medidas se adoptan “en beneficio” de los menores y son “no recurribles”, por ser dispositivos “resocializadores o educativos”, contra los “distintos”, lo que conlleva a su exclusión. Así surge un nuevo modelo de infractor “cliente” de la justicia, fundamentado en el carácter selectivo de la justicia penal.-

Así se justifica la intervención estatal, como un conjunto de medidas, técnicas y saberes para reeducar a través del castigo.-

En la actualidad, existe una presión en la órbita del Poder Legislativo nacional para obtener una disminución de la edad para considerar

imputables a los menores a los que se atribuye la comisión de un delito; esto tiende a mostrar a los niños como peligrosos delincuentes probablemente irrecuperables e impulsa a un endurecimiento de las condenas. Así se ha generalizado una interpretación del Art. 37 inc. A) de la Convención que autoriza la imposición de la pena de prisión o reclusión perpetua con el argumento de que en nuestro Código Penal se puede obtener al cabo de quince o veinte años, el beneficio de la libertad condicional (Art. 13 del C.P.).⁴

Modelo de Justicia

Basado fundamentalmente, en la protección integral, que surge de la Convención de los Derechos del Niño –1989-. Está orientada hacia una protección social y legal de niños y adolescentes, diferenciado, conflictos sociales de conductas delictivas; surgiendo así, una jurisdicción especializada.

“Las notas distintivas de este modelo son:

- acercamiento al modelo de justicia penal de adultos, pero sólo en materias de derechos y garantías;

⁴ AGUIRRE, Eduardo; “Influencia del Positivismo Criminológico”.-

- se refuerza la posición legal de los jóvenes;
- se considera adolescente, a partir de cierta edad, responsable por actos delictuosos;
- el derecho penal de menores se considera autónomo en comparación con el derecho penal de adultos;
- se propone una justicia especializada y autónoma para el tratamiento de delitos cometidos por adolescentes;
- se garantiza un proceso transparente, con una descripción detallada de los derechos del niño y el adolescente;
- se establece una amplia gama de sanciones con sentido socioeducativo;
- se reduce al mínimo indispensable la posible aplicación de sanciones privativas de la libertad, restringiendo juntamente la duración de las mismas;
- se da atención a la víctima, incorporando como sanción la reparación del daño;
- la sanción tiene una connotación negativa: el joven siente el reproche social y tiene que afrontar las consecuencias de su comportamiento”.⁴

4 SALCEDO ALVAREZ, M. José; “Sistema Penal Infanto Juvenil”

La Doctrina de la Protección Integral

Agrupada un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un cambio fundamental en la consideración social de la infancia. Representada por cuatro instrumentos básicos, cuyo antecedente principal es la Declaración Universal de los Derechos Humanos; sumando también La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad). De estos instrumentos jurídicos, surgen distintos principios básicos y procesales;

- Principio de Humanidad: (Arts. 37 incs. A-c de la Convención sobre los Derechos del Niño; Art. 1, 1.4 de las Reglas de Beijing), se basa en el principio de responsabilidad social del Estado y en la obligación de asistencia para un pleno proceso de resocialización; consagra la prohibición de penas crueles y degradantes.
- Principio de Legalidad: (Arts. 37 inc. B; Art. 40 inc. 2 a de la Convención sobre los Derechos del Niño; Arts. 2, 2.2 b; 17, 17.1 b

de las Reglas de Beijing), principio de nullum crimen, nulla poena sine lege.

- Principio de Jurisdiccionalidad: (Arts. 37 inc. D; Art. 40 incs. 2, III-2-3 b de la Convención sobre los derechos del Niño; Art. 14 inc. 14.1 de las Reglas de Beijing) principios de juez natural, independencia e imparcialidad del órgano.
- Principio del Contradictorio: (Arts. 40 incs. 2b, II, III, IV; VI de la Convención de los Derechos del Niño; Art. 7 inc. 7.1 de las Reglas de Beijing), precisa definición de los roles procesales, Juez, Defensor, Ministerio Público, etc.
- Principio de Inviolabilidad de la Defensa: (Art. 37 inc. D, 40 inc. 3 de la Convención de los Derechos del Niño; Art. 7, 7.1, 15, 15.1 de las Reglas de Beijing) presencia de defensa técnica en todas las etapas procesales desde la imputación del delito.
- Principio de Impugnación: (Art. 37 inc. D; 40 inc. 2. B. V. De la Convención sobre los Derechos del Niño; Art. 7, 7.1 de las Reglas de Beijing) posibilidad de recurrir ante un órgano superior.
- Principio de Legalidad del Procedimiento: (Art. 40 inc. 2. B III de la Convención sobre los Derechos del Niño; Art. 17, 17.4 de las Reglas

de Beijing) el procedimiento debe estar fijado por ley y no librado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional.

- Principio de Publicidad: (Arts. 0 inc. 2.b VII de la Convención sobre los Derechos del Niño; Art.8, 8.1-8.2 de las Reglas de Beijing) predica tanto la posibilidad de los sujetos procesales de tener acceso a las constancias procesales, como así también a la conveniencia de proteger la identidad de los niños con el fin de evitar la estigmatización).⁵

La Convención Internacional, lo consagra como un principio superador del “favoris Minoris”. Este principio fundamental en esa materia, da cuenta de la necesidad de que los niños alcancen con su desarrollo la plenitud de sus aptitudes y de la capacidad mental y física, hasta el máximo de sus posibilidades. El Estado junto con su familia y comunidad, deben garantizar ese pleno desarrollo. Los indicadores definitorios son:

- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión;
- Los Estados aseguran la protección y cuidado necesario para su bienestar;

⁵ 5 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; “Infancia de los Derechos y Justicia”.-

- El niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad;
- El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social:
- El niño tiene derecho a la educación que en su faz primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos;
- La educación debe encaminarse a desarrollar la personalidad, aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- El tiene derecho a la protección contra cualquier trabajo que pueda entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.⁻⁶

Sujetos Diferentes, Responsabilidades Diferentes, Sistemas

Diferentes.

⁶ GARCÍA MENDEZ, Emilio; “Derecho de la infancia-adolescencia en América y la situación irregular a la protección integral”.-

Es importante recordar que en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos la condición de ser niño “no justifica un simulacro”, como en el sistema tutelar, pero tampoco justifica el ser tratado como un adulto, que es lo que ha ocurrido en Estados Unidos.

La Constitución Nacional, así como también la Convención, reconocen al ser humano y al menor especialmente, como un ser responsable, capacitado para decidir, para ser preparado para una vida independiente en sociedad. La Convención reconoce que hay menores de 18 años que pueden estar en condiciones de formarse un juicio propio, de expresar su opinión libremente (Art. 12); se le reconoce el derecho a la libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas sin más restricciones que las impuestas a todas las personas, entre ellas la protección de los derechos y libertades de terceros. Reconoce que el interés superior del niño no es sino la posibilidad de formarse como persona responsable: “recibir atención y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” (Preámbulo, párrafo 5). “Ser educado... en particular en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, igualdad y solidaridad” (Preámbulo párrafo 7).

Tres artículos de la Convención brindan las bases para la construcción de la nueva justicia juvenil:

- Art. 12: se refiere al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar a un niño. Es el derecho a ser oído, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio, como defensa material, sino que, hace a la esencia de la nueva condición de la infancia de nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia;
- Art. 37: excluye taxativamente algunas penas y medidas, como la pena máxima –de muerte- , la tortura y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad. Articulado con la Regla 11b de las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en cuanto regula la privación de la libertad, en sentido material, y que se constituye en una norma fundamental para la aplicación directa de la Convención en los países donde sigue rigiendo el sistema tutelar (Argentina).
- Art. 40: en cuanto establece los límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de 18 años es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito. La Convención

sobre los Derechos del Niño, consagra para los adolescentes a los que se impute, acuse o declare culpables de infringir la ley penal, un sistema de responsabilidad por el acto, regido por el principio de legalidad *–nullum crimen nula poena sine lege-* presente en la Constitución Nacional, y en el Art. 40 inc. 2º a) de la Convención Internacional, que prescribe: *“(...) 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 (...)”*. La Constitución Nacional, lo establece en su Art. 18; pero la Ley 22.278 no lo contempla, ya que las sanciones previstas no son consecuencia de conductas típicas, sino de situaciones que tienen que ver con condiciones personales, ambientales y familiares de los menores: peligro material o moral, abandono, falta de asistencia, problemas de conducta. Para esta ley, el hecho delictivo no es lo más importante de su estructura, ya que refleja una franca adhesión al derecho penal de autor y no de acto, donde la conducta del menor es tomada como un síntoma, sin que sea la razón determinante de la consecuencia jurídica. Aplica sanciones bajo un sistema tutelar, a

quien en rigor no pudo motivarse en la ley, siendo la motivación un fundamento de este principio.

También rige el Principio “*nullum crimen, nulla poena, sine culpa*”, con lo que el delito se encuentra ubicado dentro de la responsabilidad subjetiva. La responsabilidad se traduce como capacidad de culpabilidad, como el estado anímico del autor con referencia a su hecho, sobre el que se formula el juicio de reproche jurídico. La base para la aplicación del *ius puniendi* es la imputabilidad; es la medida y el límite del juicio de reproche; esa capacidad de culpabilidad está determinada por las características del sujeto que le permiten comprender lo que hace y dirigir sus acciones según esa comprensión, en el momento en que las realiza.

- Con respecto al Principio de Reserva, el Art. 19 de la C.N. ratifica la vigencia del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que se complementa con el principio en cuestión. La Ley 22.278 autoriza al juez a disponer arbitrariamente del menor sometido a la justicia penal; así como también, lo faculta para que base su decisión en estudios sobre el menor y su familia –personalidad del menor, de su familia y condiciones ambientales-. El inc. 2 apartado b, punto VII del Art. 40 de la Convención, dispone con respecto a todo niño el que se

alegue que ha infringido leyes penales, que se le garantizará el respeto pleno de su vida privada en todas las fases del proceso.

El principio de proporcionalidad entre el hecho punible y la sanción, deriva e la noción de culpabilidad, e impide que el fin preventivo pueda sobrepasar la consecuencia justa. La Ley 22.278, establece que el juez puede disponer definitivamente del menor cualquiera fuese el resultado de la causa (Art. 2 in fine).

Con la Ley 23.849, en concordancia con el Art. 12 de la Convención, se garantiza al menor el derecho a expresar libremente su opinión, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones en función de la edad y madurez. El requisito fundamental, es que el menor se encuentre en condiciones de formar un juicio propio. El Art. 2 precisa el concepto: debe tener oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento.

La misma ley, en su Art. 9, prevé la posibilidad de separar temporáneamente a un niño del lado de sus padres, si se comprobare maltrato. Y el Inc. 2, establece que en los procedimientos que se sigan deberá ofrecerse a las partes interesadas la oportunidad de participar en ellos. Así la Ley 22.278 expresa que la disposición definitiva del

menor es por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o curador.

Es importante destacar aquí, que los Arts. 59, 493 y 494 del C.C. establecen la intervención del Asesor de Menores en toda cuestión en que esté interesada la persona y los bienes de un menor de edad, y que los actos que se realicen sin su participación estarán viciados de nulidad. La importancia del Asesor de Menores, radica en que el Juez de Menores inicia de oficio su intervención, continúa de igual manera para desentrañar la verdad real y el Asesor actúa como portavoz del requirente, el menor evita que se consolide un sistema inquisitivo puro en el que la acción se confunda con la jurisdicción. También la Convención en los Arts. 12 inc. 2, 37 y 40 inc. 2 se refiere a la intervención del Asesor de Menores.

La Corte Suprema de Justicia, en relación a la nulidad, tiene dicho que es una nulidad relativa (Art. 1059 del C.C.), lo que debe prevalecer son los intereses del menor, lo que hace indispensable que antes de decidir examine los nuevos elementos precedentemente mencionados, de tal modo que las nulidades no ocasionen, un perjuicio al niño que no sea susceptible de reparación en el futuro.

Los principios procesales constitucionales, como la defensa en juicio, y de inocencia, derivados del Art. 18 de la C.N. se ven vulnerados por la Ley 22.278, ya que no se trata de un juicio contradictorio. Se ha afirmado el carácter de inconstitucionalidad de la misma, ya que la Constitución Nacional, es la base fundamental y a ella deben ajustarse todas las normas que en consecuencia se dicten y ésta no respeta estas garantías fundamentales.

Mediante la aplicación de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, se plasma un modelo de protección integral, caracterizado por:

- 1.-) El niño debe ser reconocido como sujeto de derechos, implica que tiene capacidad para ejercer derechos y asumir responsabilidades, acorde a su edad;
- 2.-) El sistema reconoce derechos y garantías de personas que se encuentran en desarrollo;
- 3.-) Se centra la atención en el hecho cometido y no en las circunstancias económicas en que se encuentra el niño y su familia;
- 4.-) Se fija una edad mínima por debajo de la cual no se aplica sanción penal, los más pequeños quedan excluidos;
- 5.-) El juez resuelve exclusivamente conflictos de naturaleza jurídico penal;

- 6.-) Se les otorga a los niños las garantías previstas en los Arts. 12, 37 y 40 de la Convención;
- 7.-) Se establece el carácter no coactivo de toda intervención dirigida al restablecimiento de un derecho vulnerado de un niño;
- 8.-) Se introducen mecanismos de solución de conflictos en instancias no judiciales –mediación, conciliación-;
- 9.-) Se aplican sanciones privativas de libertad para determinados delitos establecidos taxativamente, y con límite de duración de la privación de libertad según el grupo de edad de que se trate.

Así queda demostrado, que la Convención y la Ley 22.278, en sus partes referidas al sistema penal, son antagónicas. El problema, sería determinar el derecho aplicable; la vigencia del tratado comienza con su ratificación internacional, antes no hay tratado, con lo que se afirma que no es necesaria una fuente interna que lo recepte, ya que luego de la ratificación por el Poder Ejecutivo, nuestra Constitución no regula ninguna etapa posterior; ello en virtud de la adhesión a la teoría monista. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño esta vigente desde el 1º de noviembre de 1990, formando parte de nuestro derecho interno.

Por un principio general del derecho, la ley posterior deroga a la anterior: la Convención derogaría de este modo a la Ley 22.278 y similares provinciales. También por el principio plasmado en el Art. 2 del C.P., cuando la ley posterior es más benigna para el imputado que la ley vigente en el momento de la comisión del hecho, excepcionalmente rige el principio de retroactividad de la ley penal. Por lo que la Convención, adquiere vigencia no sólo por ser posterior, sino por ser más benigna.- ⁷

CAPITULO IV

Sistema Penal de Menores

El Estado Nacional, es titular de la Política Criminal, tal como lo establece el Art. 75 inc. 12º de la C.N., y como tal debe establecer los alcances y modalidades en que ejercerá la facultad de reproche en este ámbito

El Art. 8 del C.P. dice que los menores de edad y las mujeres sufrirán condenas en establecimientos especiales; lo que se conjuga con los Arts. 6 de la Ley 22.278 y 107 a 114 de la Ley de Penitenciaría Nacional.

Sólo la Ley 22.278, define al menor, e incluye a quienes no han cumplido aún los 16 años y fija un sistema especial para los jóvenes de entre 16 a 18 años de edad

Con esto nuestro sistema dio un paso adelante a la Convención de los Derechos del Niño, privilegiando el tratamiento y la preservación del proceso de desarrollo del menor por sobre el reproche y el castigo, sin renunciar a la posibilidad que la deja como segunda instancia

cuando el tratamiento no causa efecto. Y pese a que se acredite la autoría del menor en un acto delictivo, si este cumple con las pautas legales en la instancia de tratamiento, el juez puede reducir la pena o absolverlo.

Entre los 10 y hasta los 16 años, el Código Civil y su Art. 921 dispone, “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de 10 años...”; determina una responsabilidad por el daño causado con el hecho ilícito producido por menores mayores de 10 años, aunque los coloca fuera del sistema penal. El único reproche que cabe, es el de las faltas y contravenciones, que corresponde en forma exclusiva a las provincias como potestad no delegada.

Una persona menor de 16 (inimputable), autor de delito, puede ser privado de su libertad por medio del “tratamiento” por un tiempo mayor al de la supuesta condena. Puede permanecer internado hasta los 21 años, o sea, más de cinco años, situación en la que sólo caen los autores de homicidios.

La Convención, en su Art. 1º define al niño, como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le

sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. La mayoría de edad, se tiene en principio, a los 18 años.

El Art. 37 del mismo cuerpo legal, dispone que no se impondrán la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años.

El Art. 40, agrega, que 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.

En el punto 3, compromete “Los Estados partes tomarán 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 alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que

los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. Armonizando esto, con la Constitución Nacional y el Código Penal y Civil, se aclara que el Estado Nacional está facultado para determinar “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”. A partir de esa edad, los menores se incorporan al sistema penal y queda facultado el Estado Nacional para legislar su tratamiento, distinguiendo las disposiciones de fondo, de las de formas que son facultad reservada a las provincias.

Para Argentina es importante reconocer el mandato legal que le impone al Estado el compromiso de fijar “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”. Así, capacidad y culpa, actúan como sinónimos.

Es inevitable que el Estado Nacional diga cuál es esa edad por debajo de la cual se presume que el menor no es imputable; es una presunción *jure et de jure*, sin prueba en contrario.

Esta decisión de política criminal, reconoce limitaciones múltiples en las normas citadas, en las necesidades tuitivas de los menores y su proceso de desarrollo, y en las demandas de la sociedad en cuanto a las seguridades personales y de sus bienes.

Esta potestad excluyente del Estado Nacional, se limita a ese único rol: establecer los límites de edad donde tiene decidido iniciar el reproche penal. Los aspectos como procedimiento, régimen penitenciario o de internación, tratamiento, son facultad propia y exclusiva de las provincias.

Contenido de la Ley 22.278

Es una ley especial nacional, vigente desde 1980, que se complementa con el Código Penal, establece el régimen penal aplicable a los menores incurso en delitos. Modificada por la Ley 22.803 (1983), en cuanto a las edades.

El sistema biológico es el que desde el Código Penal de 1921 mantuvo la Ley 14.394 y establece la Ley 22. 27; se sigue un criterio objetivo en base al factor biológico (edad), estableciéndose una edad mínima antes de la cual el menor iuris et de iure se considera no imputable, o sea fuera de todo régimen penal, aún, dentro del sistema de menores “y siempre que sea apropiado, la convivencia de tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales...” (Art. 40 inc. 30, ap. B de la Convención).

Contiene disposiciones especiales, contemplando tres situaciones:

- **Antes de los 16 años:** el menor no es punible por el sólo requisito de su edad (Art. 1), como decisión iure et de iure de no punibilidad;
- **Entre 16 y 18 años:** el menor es punible en razón de la edad, con esos límites mínimo y máximo precisos (Art. 2); exención de responsabilidad para delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación:
- **Entre 18 y 21 años:** están excluidos de este régimen especial durante el proceso; la única diferencia es en cuanto a los lugares donde se efectivizará la privación de libertad que los jueces les impusieran.

Menores No Punibles.

El sistema coloca afuera a quienes tienen menos de 18 años fuera del sistema de justicia penal de adultos. La inimputabilidad, significa, que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlos a la justicia penal general o a las consecuencias que prevé la ley penal general de los adultos; es la barrera político-criminal de este sistema; las personas menores de 18 años. Sí son imputables como sujetos de derecho, tal

como lo describe la Convención; son titulares de todos los derechos y garantías de los que disfruta toda persona –sin importar su edad- frente a una persecución penal.

El menor no imputable por presunción absoluta, en razón de su edad, no entra en el Título V del Código Penal –Art. 34- ; se trata aquí, de aquellos sujetos que siendo presuntamente imputables pasará a ser no punibles si al momento del hecho no han podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones sin perder por ello la originaria calidad de imputables.

Los jóvenes, como sujetos de derechos y de responsabilidades, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de la que goza un adulto en un Estado de derecho frente al aparato coactivo del Estado, más derechos particulares. Así, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, establece en su Art. 52: *“Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes”*.

En estos sistemas se establecen sanciones diferentes para quienes cometen un delito, que se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de

libertad en instituciones especializadas. La centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo y lo especial es la privación de la libertad, organizada en tres variantes diferentes: privación de libertad de fin de semana, domiciliaria y en instituciones especializadas. El Art. 40 de la Convención prescribe: *“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”*.

La privación de la libertad constituye una sanción alternativa, excepcional, a ser aplicada eventualmente en casos de delitos muy graves, limitada en el tiempo y breve; esto aparece en la Regla 1 in fine de las Naciones Unidas: *“(…)El encarcelamiento deberá usarse como último recurso”*. En la Regla 2: *“(…) La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.”* Finalmente, la

Regla 17: “(...) en la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias, cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible (...)”.

Otra diferencia, es que las consecuencias jurídicas deben ser dictadas por el juez teniendo en consideración el hecho cometido y, como correctivo el reproche por el acto, teniendo en consideración los informes realizados por los miembros de equipos multidisciplinarios que deberán integrar los juzgados penales juveniles. Deben ser distintos que los profesionales encargados de la ejecución de la sanción penal juvenil.

Si se les imputare un delito, la autoridad judicial dispondrá del menor provisionalmente. Aunque no se lo someta al proceso penal, igualmente procederá la comprobación del delito, tomará conocimiento personal del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes o peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. Si de los

estudios realizados que el menor 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 (Art. 1).

Menores Punibles

- Serán sometidos al respectivo proceso (Art. 2 párrafo 2º);
- La sentencia sino es absolutoria o de sobreseimiento, simplemente será declarativa de responsabilidad penal; esta sentencia no incluirá la imposición de pena;
- Para la aplicación de pena deben reunirse determinados requisitos (Art. 4): 1) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y civil si correspondiera, conforme a las normas procesales; 2) que haya cumplido 18 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.

Si dictada la sentencia declarativa de responsabilidad y cumplido el año de tratamiento tutelar se viera que es necesario aplicar sanción, puede dictarse sentencia absolutoria de pena aunque no tenga 18 años.

Las penas a aplicar son las que establece el Código Penal, y contempla dos situaciones:

- a.) faculta al juez a prorrogar por el año cumplido de tratamiento tutelar hasta 21 años, en consecuencia a prorrogar la valoración de necesidad de aplicar sanción hasta la finalización del nuevo período de tratamiento. Faculta al juez a reducir la pena en la forma prevista para la tentativa (Art. 4).
- b.) Las penas privativas de libertad se harán efectivas en institutos especializados (Art. 6).

Cualquiera sea el resultado de la sentencia “si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, faltar 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” (Art. 2 última parte).

LEY 26.061, DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.-

La presente importa una novedad de nuestro derecho positivo, ya que unifica el tratamiento legislativo en un cuerpo único, y es

coincidente con la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional; excluyendo sólo lo relativo al régimen penal de la minoridad, regido por la Ley 22.278.-

Su fundamento radica en evitar la judicialización de situaciones en la que no aparece necesaria dicha intervención, la que debe ser excepcional. El órgano administrativo competente será el encargado de determinar los casos en que sea necesaria su intervención y, disponer las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados de los menores; ello con el debido control judicial. Se deberá partir de los principios consagrados en la Constitución Nacional y, la Convención de los Derechos del Niño, para luego, aplicar esta nueva ley, en cuanto fuere procedente.-

Esta moderno cuerpo legal, consta de 78 artículos, agrupados en seis Títulos. El Primero se refiere a las “Disposiciones Generales”, y establece como objeto la obligatoriedad de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en todo acto, decisión o medida que se adopte respecto a personas de hasta 18 años, reconoce el derecho a ser oídos y atendidos en todos los ámbitos, esto en consonancia con el art. 12 incs. 1º y 2º de la mencionada convención, realiza una interpretación del principio de interés

superior del niño y fija pautas para la elaboración de las políticas públicas.-

El Segundo, consagra los derechos: a la vida, a la dignidad e integridad personal, a la vida privada e intimidad familiar, a la identidad, a la documentación, a la salud, educación, libertad, deporte y al juego recreativo, al medio ambiente, libre asociación, a opinar y ser oído, al trabajo de los adolescentes y seguridad social; garantías: de identificación e inscripción en el registro del estado y capacidad de las personas, de gratuidad de la educación, de prohibición de discriminar por estado de embarazo, maternidad y paternidad y, fija garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales o administrativos, disponiendo el deber de comunicar y receptar denuncias; en cuanto a los principios: el de igualdad y no discriminación y de efectividad a fin de que los organismos del Estado adopten todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en la ley.-

El Título Tercero, establece medidas de protección integral ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios niños o adolescentes, con el fin de preservarlos o restituirlos del

disfrute y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias; prioriza la implementación de políticas públicas de aplicación o transferencia directa a la infancia y sus familiares.-

El Cuarto prevé en su primer capítulo la creación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescente y Familia, a fin de garantizar el Consejo Federal de la Niñez, Adolescencia y Familia, con coordinación de ambos organismos; tendrá asimismo la representación necesaria ante todos los organismos oficiales de asesoramiento y contralor en los medios de comunicación y, representación del Estado Nacional. El capítulo dos, crea el Consejo; el Tercero, el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y; el cuarto se ocupa de las Organizaciones no Gubernamentales.-

El Título Quinto, trata sobre el financiamiento y; el Sexto sobre disposiciones complementarias, sustituye el art. 310 del C.C. y, deroga a Ley 10.903 de Patronato del Estado.-⁸

CAPITULO VII

La Convención sobre los Derechos del Niño (m. J. Salcedo).

⁸ MARTINEZ, Félix Alejandro; “Derecho de Menores” (Ed. Mediterránea -2006-).-

_ En virtud del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, este instrumento internacional, goza de jerarquía constitucional; así tal como lo afirma Bidart Campos, éste y los 10 restantes tratados internacionales de derechos humanos, conforman un bloque normativo con igual supremacía, por sobre el derecho infraconstitucional.

Así el Art. 31 de la Constitución Nacional, predica, que: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación (...)”; en consecuencia, el fundamente de validez de un orden normativo, lo da la norma fundante básica.-

Toda disposición contraria, se vicia de inconstitucionalidad, por incongruencia con el ordenamiento jurídico, tal como sucede en esta materia (menores), ya que las leyes 10.093 y 22.278, así como también los instrumentos internacionales mencionados regulan las mismas situaciones pero con normativas opuestas.⁹

Discusión sobre la constitucionalidad.-

⁹ SALCEDO, María José; “Jerarquía constitucional de la Convención sobre los derechos del Niño”.-

En la opinión de María José Salcedo Alvarez, tanto la ley 10.903 como la Ley 22.278, "son violatorias de las garantías constitucionales propias de todo ciudadano, cualquiera sea su edad, en un Estado de Derecho... Se ha legitimado la intervención coactiva del Estado por lo que el niño es (derecho penal de autor), y no por lo que el niño hizo. Se piensa que la función judicial debe suplir las deficiencias estructurales de las políticas sociales básicas (...) se parte de la base de que el abandono es una situación del niño peligrosa para la sociedad (...) que debe ser neutralizada por los jueces mediante la disposición del niño y/o joven. Esta es la verdadera razón para otorgar al juez la facultad de imponer medidas tutelares sin hacer distinciones entre niños en conflicto con la ley penal y niños en riesgo social; también para dar el mismo trato a aquellos niños en conflicto con la ley penal, que fueron condenados, absueltos, sobreseídos, o que fueron víctimas de delito (...) La expresión más cruel se ve cuando un joven es absuelto y puede ser igualmente condenado, pues el juez podrá disponerlo por la situación de abandono y/o peligro en la que se encuentra, por haber sido victimizado, igual que si lo encontrara responsable del delito que se le atribuye. Así, se priva a los niños y adolescentes de las más esenciales garantías penales y procesales (...), las mismas representan las

seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea en forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo (...).”.

CAPITULO VIII

Aplicación a los menores el Sistema de Garantías de los Adultos.

Desde la óptica de la responsabilidad penal de los adolescentes, se deben respetar las garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso, y exigir que a los mismos se le reconozcan al menos, todos los derechos y garantía previstos para los adultos.

El Art. 40 inc. 1, de la Convención, establece que todo niño considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales tiene derecho a ser tratado de manera que se fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros.

El Art. 40 inc. 2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, expresa las garantías que debe poseer todo niño al que se lo acuse de

haber infringido las leyes penales: a que se le presuma inocente mientras no se pruebe que es culpable, a ser informado sin demora, a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente y a no ser obligado a declararse culpable, o prestar testimonio. Debe tener derecho a que "... se lo notifiquen las acusaciones, presunción de inocencia, derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior”:

- Profesionalizar y especializar a la policía: se debe lograr una mayor eficiencia del sector policial, logrando que actúen profesionalmente en cumplimiento del orden legal y constitucional. Su preparación debe complementarse con mejores conocimientos de los derechos de los ciudadanos y conocimientos cívicos.
- Medidas alternativas a la internación: la filosofía actual basa la intervención en el medio abierto, bajo un prisma educativo-comunitario, sus medidas principales son alternativas al internamiento. Esto trae tres ventajas: 1.-) hay una relación más clara entre el delito y la sanción; 2.-) quedan mejor establecidas

las consecuencias de la infracción, así como también la responsabilidad del menor; 3.-) mayor papel y responsabilidad de la comunidad en el proceso de respuesta a la conducta infractora, como el apoyo a los adolescentes para desarrollar una conducta que acate la ley.

- Libertad Vigilada: basada en la idea de que los programas de medio cerrado son ineficaces; acá se realizan distintas actividades de intervención agrupando a los jóvenes según la gravedad, intensidad, y constancia de las infracciones.
- Hogares de guarda-acogimiento por otra persona: no es habitual en el caso de menores infractores. Se pretenda que el sujeto tenga una convivencia temporal en un grupo familiar adecuado, distinto al que residía hasta el momento. Es importante que el adolescente esté de acuerdo.
- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad: su cometido es evitar la internación en centros cerrados. Las medidas se aplican según las circunstancias y gravedad del delito, debe ser siempre proporcionada. Ejemplos: limpieza y cocina en hospitales o asilos, arreglos de edificios públicos o parques municipales, etc.

Todo ello nos lleva a valorar a través de la Convención que la persona en esta etapa de minoridad no está exenta de responsabilidades, y reconociéndolo prevé de que manera se lo debe proteger cuando se aparta de su actuar responsable y es justamente considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales, previendo la protección especial para esos casos.

Constitucionalidad del Sistema Penal de Menores.-

Las garantías constitucionales son las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos y, están contemplados en la parte dogmática de nuestra Constitución Nacional:

1. Debido Proceso, como fundamento esencial del derecho procesal penal y, una exigencia del ordenamiento de los derechos humanos; su concepto esta en el Art. 18 de la C.N. –“es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, éste impone un proceso especialmente definido por un acusador y a cargo de un juez del Poder Judicial, independiente, imparcial y competente por obra de una ley dictada antes del hecho que deba juzgar; en el mismo será

inviolable la defensa del acusado y, nunca se lo obligará a declarar contra sí mismo, ni arrestado o invadido en su domicilio, papeles o comunicaciones privados, sino bajo ciertas y estrictas condiciones que nuestra constitución establece en los arts. 18 y 56 y; quien gozará de un estado jurídico de inocencia que impedirá penarlo o tratarlo como culpable hasta que sea declarado tal, basándose en pruebas legítimas que proporcionen una convicción firme sobre su responsabilidad penal. Involucra el cumplimiento de otros derechos fundamentales, tales como:

- Juez Natural: tipificada en los arts. 18 de la C.N. y 75 inc. 22 que incorpora los tratados internacionales, art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 del Pacto de San José de Costa Rica y; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-
- Derecho de ser oído: vinculado íntimamente con el derecho de defensa.-
- Duración del proceso: se acentúa cuando el imputado se halla privado de su libertad. Regulado en los arts. 7, apartado 5º y 8 del Pacto de San José de Costa Rica. La Ley de la provincia de Buenos

Aires de Protección Judicial del Niño y el Adolescente (nº 9.053) establece un plazo de seis meses corridos y fatales para completar la investigación prevencional, sin perjuicio de las prórrogas previstas para casos especiales.-

- Publicidad: este principio sufre una excepción en el proceso de menores, debido al derecho de intimidad de los nombrados, que prohíbe toda injerencia arbitral o ilegal en su vida privada, su familia, su domicilio, o correspondencia; como así los ataques ilegales a su honra y reputación.-
- Non bis in idem: garantiza por la aplicación supletoria del art. 141 del Código Procesal Civil.-

Con respecto a este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que: *“En los procedimientos judiciales y administrativos que involucran a los niños, se deben observar los principios y normas del debido proceso legal, atendiendo a las particularidades que se derivan de su situación específica y que se proyectan razonablemente sobre la intervención personal en dichos procedimiento y la definición de las medidas de protección que sea indispensable adoptar”*. *“Los menores de 18 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 edad, tanto en cuanto a su integración y funcionamiento como a la naturaleza de las medidas que pueden adoptar”.-

2. Defensa en juicio, la facultad que tiene todo imputado de manifestar y demostrar su inocencia o, atenuación de su responsabilidad (Art. 18 de la C.N.). Los Tratados Internacionales, lo amplían estableciendo caracteres mínimos:

- asistencia de un traductor;
- información del hecho;
- inmunidad de la declaración;
- defensa técnica (Arts. 26 y 56 de la Ley 9.053 de Buenos Aires)
- autodefensa;
- comunicación entre imputado y defensor;
- preparación de la defensa;
- producción de pruebas:
- recursos.-

3. Interés Superior del niño, en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y, 4 de la Ley 9.053. Funciona como límite autónomo de la voluntad decisoria con caracteres cambiantes, flexibles, evolutivos y ceñidos a las contingencias particulares;

sumándose otros estándares como; buenas costumbres, orden público, buena fe, interés familiar: que vienen a solucionar la disociación entre la norma y su administración.-

4. Reformabilidad de las decisiones, característico del proceso de menores. Las resoluciones son dispuestas atendiendo la situación particular de un ser en formación, el niño. Este tipo de proceso, está conformado por los acuerdos y resoluciones del juez, que no son puntos fijos sino grávidos en permanente movimiento, ya que no son irrevocables, sino indeterminadas y reformables en cualquier momento, en beneficio del menor. Adquiere relevancia en las medidas tutelares, que requieren mayor flexibilidad para proteger el derecho del menor que aparece lesionado y en conflicto y, vinculado a la provisoriedad de la medida (arts. 23, 25, 52 y 53 Ley 9.053).-
5. Intervención de los progenitores: regulado en los artículos 1° de la Ley 22.278 y 22, 26 y 51 de la Ley de Provincia de Buenos Aires N° 9.053.
6. Intervención del Ministerio Pupilar: bajo sanción de nulidad. El Asesor de Menores ejerce la representación promiscua del menor, que completa la de sus padres o tutores como necesaria. Fundamentada en la representación legal que ejerce y por el interés

no por la pretensión y sólo ante la ausencia de una representación necesaria, es quien impulsa la pretensión a los fines de evitar un estado de indefensión. En las actuaciones preventivas conocerá en forma previa cuando la dilación en la intervención jurisdiccional implicare un grave riesgo a la integridad psicofísica del menor; asimismo es necesaria su participación cuando surgieran medidas de carácter permanente o transitorio y medidas tutelares, bajo pena de nulidad salvo gravedad y urgencia. En el procedimiento correccional, interviene a fin de patrocinar, asesorar o representar al menor imputado cuando éste lo requiera o no posea defensor. Tipificado en el art. 40 de la Convención sobre los derechos del Niño.-

7. Inmediación: fundamentado en los arts. 1, 4 de la Ley 22.278; 12, inc. 1º y 2º de la Convención de los Derechos del Niño.
8. Intervención de Oficio: con carácter de orden pública en este proceso especial. En el ámbito preventivo, se justifica por la posible preexistencia de una situación de maltrato o abandono en perjuicio del menor, que obliga al juez a actuar de inmediato, sin acción de parte. En la competencia correccional, por la posible participación del menor en un hecho delictivo, se explica por la

responsabilidad supletoria y subsidiaria del Estado, que no puede permanecer indiferente ante un niño vulnerado en sus derechos esenciales.-

El actual sistema penal de Menores en la República Argentina, está conformado por:

1. Ley del Patronato de Menores (10.903);
2. Régimen Penal de Minoridad (Ley 22.278 y 22.803);
3. Código Procesal Penal de la Nación (Arts. 28, 29 inc. 1º y 410/414).

El modelo de sistema penal tutelar o asistencial como el vigente, trae problemas constitucionales:

- Principio de Igualdad (Art. 16 C.N.): se le da un trato diferencial a niños y adolescentes, con la única finalidad de someterlos a un régimen penal en el que les son retaceados todos sus derechos y garantías;
- Principio de Legalidad (Art. 18 C.N.): las leyes incriminan en algunos casos, estados y no conductas tipificadas en la ley penal que sirvan de antecedentes para aplicar una sanción.

Así, la consecuencia inmediata del hecho delictivo, de un menor de entre 16 y 18 años, consiste en que el juez toma a su respecto una disposición provisoria que es una medida de índole tutelar. De

custodia obligada del menor por el juez, que procurará su protección integral y su adecuada formación; y también puede restringir los derechos propios de la patria potestad.

Esta disposición se convierte en definitiva cuando se determina que el joven se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral o con problemas de conducta. Acá, el juez dispondrá definitivamente del joven por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o curador.

Esta solución no es apelable, lo que viola la garantía del “doble conforme” o de la “doble instancia” (Art. 18 C.N.); ya que la asistencia técnica del joven no cuenta con otros mecanismos, para ponerla en crisis, porque esta disposición es una aplicación de pena por parte del Estado.

- Principio de Reserva (Art. 19 C.N.): las leyes del sistema penal de menores, otorgan al juez una absoluta discrecionalidad para la disposición provisoria del menor, no sobre la base de lo que hizo sino de lo que es. También el Art. 413, Regla 4º del C.P.P.N. vulnera el derecho a la intimidad del menor. Todo ello colisiona con este principio constitucional.

- Garantía de Juicio Previo: por medio de la disposición se aplica al menor una sanción punitiva, sin juicio previo de reprochabilidad, pasado en autoridad de cosa juzgada.
- Garantía del Proceso Legal Previo: alude al procedimiento previo a la sentencia, supuesto por la ley fundamental tal que, le procure los elementos para la decisión del tribunal respecto a la imputación deducida, esto es, los elementos que le permitan construir, la premisa fáctica donde apoyar su resolución, aplicando la ley penal o prescindiendo de su actuación:
- Garantía de Defensa en Juicio: sufre un menoscabo absoluto, ya que el menor no tiene la más mínima posibilidad de hacer valer sus derechos, frente a la excesiva discrecionalidad que tiene el juez de menores.

También se ve en el Art. 412 del Código ritual, una violación a este principio; ya que se hace una remisión al Art. 76, según el cual, de acuerdo a las circunstancias, se puede disponer provisoriamente la internación del menor, en calidad de inimputable. Así se asimila a la inimputabilidad, del Art. 34 inc. 1º del C.P., con la particular configuración psicofísica del niño en razón de su edad, en su condición de “persona en estado especial de desarrollo”.

Del mismo modo, el Art. 413 en su regla nº 2 determina que “el imputado sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible, y será alejado de él en cuanto se cumpla el objeto de su presencia”. La regla nº 3, impone la obligación de la asistencia del Asesor de Menores en el debate, que tiene facultades idénticas a las de un defensor técnico, puede intervenir en la discusión, aún cuando el imputado tenga patrocinio privado; se viola la garantía del proceso legal previo, ya que en su persona recaen dos funciones contrapuestas, defiende al acusado y, dictamina si éste debe ser sometido a una medida de seguridad.

El Art. 414 del C.P.P., indica, que el Tribunal de oficio o a pedido de parte, puede reponer las medidas de seguridad y educación; se “podrá” practicar una información sumaria conveniente, oyéndose a los interesados en una audiencia previa:

- Principio de Inocencia: sea cual fuere el resultado final del proceso, el juez puede disponer del menor en forma definitiva cuando lo crea necesario:
- Principio de Publicidad: la regla nº 1 del Art. 413, hace prevalecer el derecho a la intimidad sobre el principio analizado; pero como el

principio de publicidad emana de la forma republicana de gobierno es el que debe primar.¹⁰

CAPITULO IX

OPCIÓN PROPUESTA POR EL DOCTOR HERNÁN GULLCO.-

_En primer lugar, es dable destacar, que todas las personas que no hubieran cumplido los 18 años, cuando se les imputara un delito, enfrentarían al sistema penal, bajo las condiciones estipuladas para los mayores de edad; es decir las garantías básicas del proceso penal, así como el tradicional principio de legalidad, de modo que la intervención estatal sólo se vea habilitada en función de una ley anterior y exclusivamente a partir de actos que serían punibles si los hubiera cometido un adulto; así como también las garantías procesales que regulan la persecución penal, particularmente las destacadas en la Convención del Juez natural e imparcial, la defensa en juicio, el estado de inocencia, la protección contra la autoincriminación forzada y la doble instancia. Asimismo, el sistema de protección integral de derechos del niño, posee garantías adicionales, que deben importar un

¹⁰ MARTINEZ, Félix A.; “Derecho de Menores” (Ed. Mediterránea -2006-).-

mejor standard que el vigente para personas adultas; como la necesidad de flexibilizar el catálogo de sanciones en por de una respuesta que no sea centrada en la privación de la libertad, “toda forma de detención o encarcelamiento, como el internamiento es un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad”; la Convención brinda opciones como la advertencia, amonestación y modalidades de semilibertad; o sea que este plus esta constituido por:

- El Principio de Subsidiariedad de prisión

(“La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” -Art. 37 inc. a) de la Convención-), conforme al cual sólo cabe acudir a la ley penal cuando no existan otros mecanismos para enfrentar el conflicto respectivo, tales como el principio de oportunidad, la conciliación y remisión y,

- La proscripción de la prisión materialmente perpetua (“no se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidades de excarcelación –Art. 37 inc. a) de la Convención-).

En base a estas garantías, corresponde evaluar la posibilidad de acudir a las disposiciones prevista como “situaciones especiales” de la Ley 24.660 –cap. 2º, sección 3º-; que consagran la posibilidad de extender la detención domiciliaria del Art. 10 del C.P. (cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de 70 años o valetudinarias), ya que el Art. 78 del C.P.P.N. y 142 bis y 170 del C.P., equipara sendos tratamientos para los mayores de 70 y los menores de 18 años; por lo que por analogía, resulta razonable los menores de 18 años deberían gozar del derecho de cumplir una pena privativa de libertad en su domicilio. Lo mismo respecto de la procedencia de la prisión discontinua o semidetención o su sustitución por trabajos comunitarios (Art. 50 Ley 24.660).-

Este principio, parece tornar obligatoria la disminución de la escala penal del modo previsto para la tentativa, que resultaba facultativa para el órgano jurisdiccional (Art. 4º, antepenúltimo párr. Ley 22.278); al menos en los casos de los delitos previstos por los Arts. 80 inc. 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párr. y 170, anteúltimo párr. del C.P.; ya que implican la efectiva privación de la libertad a perpetuidad y los Arts. 14 y 56 bis de la Ley 24.660, impiden las salidas transitorios o

excarcelación; con lo que quedaría así, vedado aplicar la pena para el delito consumado.-¹¹

¹¹ GULLCO, Hernán; “Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño”.-

Mediación Penal Juvenil en Neuquén.

__ El programa de Mediación Penal Juvenil, se implementó por convenio de colaboración suscripto entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo Provincial, en el ámbito de la Agencia Fiscal para delitos juveniles, que forma parte del Ministerio Público Fiscal; sus mediadores pertenecen al Centro de Atención a la Víctima del Delito, dependiente del Poder Ejecutivo provincial.

Basado especialmente en la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22°), la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Provincial n° 2.302, de Protección Integral de los Derechos del niño y adolescente.

La mediación penal juvenil es un mecanismo alternativo de resolución de conflicto nacido de un hecho ilícito, que permite obtener respuestas satisfactorias para la víctima, el infractor y la sociedad entera; propugnando soluciones no violentas, más positivas y democráticas.

El presente programa se dirige a personas que sufran un daño físico, emocional o material, cuyo autor es un niño o joven de 18 años, al

infractor y sus progenitores o responsables adultos. Sus objetivos primordiales son:

- ✓ Que la víctima participe activamente en la decisión sobre la forma de resolución del conflicto;
- ✓ Brindar un espacio de escucha;
- ✓ Que la víctima reciba una disculpa por parte del joven autor;
- ✓ Disminuir el sentimiento de vulnerabilidad en la víctima;
- ✓ Que la víctima obtenga un resarcimiento por el daño infringido;
- ✓ Evitar consecuencias estigmatizadoras en el joven autor;
- ✓ Impedir hábitos y conductas antisociales;
- ✓ Situar responsablemente al joven autor frente a la víctima;
- ✓ Que el joven reconozca, comprenda el daño y pide disculpas;
- ✓ Reinsertar al joven en el tejido social y restaurar su imagen social;
- ✓ Reforzar las funciones parentales;
- ✓ Disminuir los impactos del delito;
- ✓ Reducir la reincidencia;
- ✓ Disminuir el tiempo en la resolución de conflictos, así como los costos materiales y emocionales.

De esta manera, el Programa resulta un elemento pacificador de las relaciones sociales, tanto en la resolución como en la prevención de los conflictos o su profundización, alcanzando resultados duraderos como consecuencia del compromiso de los actores al haber logrado ellos mismos la justa composición de intereses; por lo que se puede concluir que hasta el presente ha dado un resultado sumamente satisfactorio.¹²

CAPITULO X

Competencia del Tribunal de Menores.

La competencia emergente del estado de minoridad responde a la fijación de tal facultad jurisdiccional por razón de las personas que intervienen en el caso sometido a conocimiento.

La competencia no se corresponde perfectamente con el estado minoril, que se extiende hasta el día que se cumplen los 21 años. Las leyes respectivas atribuyen el conocimiento de las cuestiones civiles y sociales al juez especializado hasta el mencionado momento, pero en lo que atañe al régimen procesal del menor incurso en hecho ilícito, es posible que la extensión sólo comprenda los menores que no han

¹² RIVA, Ricardo; “Experiencia de Mediación Penal Juvenil en Neuquén”.-

cumplido la edad de 19 años, respondiendo así a las categorías que rigen en la ley especial y a la consagrada imputabilidad plena de los mayores de 18 años.

Se ha determinado que la edad máxima a los fines de atribuir competencia al tribunal de menores está determinada por la fecha de comisión del hecho. La edad del menor, revista enorme trascendencia a los fines de determinar la competencia del tribunal especializado; que se acredita con las respectivas partidas de nacimiento, expedidos por las oficinas públicas del Registro Civil (Arts. 79 y 80 C.C.). en caso de imposible determinación fehaciente de la edad, por ausencia de partidas oficiales, adquieren valor a este efecto, los papeles de familia – libretas de familia, constancias bautismales, escolares, etc.- o también documentos privados.

Actuación del Juez de Menores

Debe diferenciarse entre las situaciones acaecidas al menor normalmente integrado a su núcleo familiar, cuyos decisorios corresponden a los Juzgado de Familia, de las referidas a un menor en situación de riesgo o irregular, lo que motiva la intervención subsidiaria,

supletoria, tuitiva y puntual del Estado a través del Juez de Menores. La situación extraordinaria de un niño vulnerado en sus derechos esenciales requiere, por los intereses en juego, de la ejecutividad propia de la Justicia de Menores.

La actuación del Juez de Menores pivotea alrededor de: 1.-) los derechos inherentes a cada niño; 2.-) los derechos-deberes de sus padres; y 3.-) el límite de la actuación estatal. La norma directriz es el “interés supremo del niño” (Art. 3 Ley 23.849).

El Juez de Menores con competencia correccional a la vez que investiga sobre el hecho delictivo dicta las medidas tutelares respecto del menor.

En la etapa de instrucción preparatoria se reúne todo el material probatorio previo a la audiencia, más los dictámenes que vaya produciendo en la causa el Ministerio Público. En esta etapa, se ve como prioritaria la participación del Asesor de Menores, ya sea en la producción de prueba; el Juez continúa como director de la investigación, pero cuenta con el asesor de menores como representante del interés que ha promovido la intervención. Esto evita la instauración de un sistema inquisitivo en el que la acción se confunda con la jurisdicción.

La Ley 22.278, prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el hecho investigado, en la escala de tentativa, e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él, para el supuesto de que considere que se encuentra en un estado de abandono, peligro material o moral.

La Actuación del Asesor de Menores.

La incapacidad de hecho es una de las instituciones de protección de la minoridad. Para el resguardo de sus derechos, los niños cuentan con la representación legal de sus padres (Art. 57 del C.C.) y la representación promiscua y complementaria del Asesor de Menores (Arts. 59 y 494 del C.C.).

La representación del asesor de menores es promiscua y complementaria. Promiscua, porque es representante del menor en forma conjunta con el padre, y complementaria, porque no sustituye ni reemplaza a éste.

La intervención del Ministerio Pupilar, por la vía de la representación promiscua, debe ser considerada como la actuación de un órgano jurisdiccional, llamado a asegurar la justicia de las resoluciones judiciales y a perfeccionar la defensa de los incapaces.

En las causas correccionales, ejerce dos funciones:

- la de ser representante promiscuo del menor que aparecería en conflicto con la ley penal y dictaminar desde esa óptica;
- es el encargado de ejercer la defensa técnica penal del menor que carezca de medios para designar un defensor particular.

Concurrencia de Menores y Mayores de Edad.

Un sector, propugna la doble instrucción de causas, que en consecuencia se tramitan en forma paralela. Se complementa con la oportuna remisión de la sentencia por parte del juez común al juez de menores a fin de que éste proceda a integrar el fallo respecto del menor de edad; esta es la opinión de la provincia de Buenos Aires.

La mayor parte de las legislaciones provinciales, otorgan al juez ordinario la potestad de conocer y resolver, poniendo al menor bajo la jurisdicción del tribunal de menores en lo que respecta al resguardo y la

vigilancia de la persona del menor y con la obligación de dicho magistrado de suministrar informes y antecedentes que sean necesarios. Una vez pronunciada sentencia por el juez en lo criminal, la que se limitará a declarar la responsabilidad o no del menor y con la copia del decisorio, el juez de menores resuelve respecto del menor.

CAPITULO XI

Consecuencias Jurídicas: Medidas y Penas.-

MEDIDAS TUTELARES PARA INIMPUTABLES POR INMADUREZ.-

Son las que exentas de todo contenido de reproche o reparación se aplican a menores que: a-) No han cumplido los 16 años de edad y son por ello, absolutamente inimputables; b-) Han cometido un ilícito que la ley especialmente ha exento de pena (ej.: delitos de acción privada o sancionados con multa, inhabilitación o pena privativa de libertad hasta dos años cometidos por menores de entre 16 y 18 años –Ley 22.803-).

Puesto que estos menores no pueden ser responsabilizados por sus hechos, se les imponen medidas tutelares, que pueden ser ordinarias o extraordinarias:

- Ordinarias, incluyen:
 - El examen y observación de la personalidad y medio ambiente del menor: es personal y directo del juez respecto del menor y de sus padres, tutores, guardadores; exámenes médicos de la personalidad biopsíquica de los menores. En algunos casos, puede requerirse la internación en un Centro de Observación, cuando aquellos medios generales no sean suficientes;
 - La colocación o disposición del menor: que admite distintas posibilidades; 1-) Confiar el menor al cuidado de sus padres, tutores, guardadores o persona de confianza, cuando el ambiente de esos hogares es sano –buena educación, no peligro material o moral, etc.-. La Ley 22.278 divide al sistema de disposición tutelar en provisorio, que dispondrá el juez por auto fundado, previa audiencia de padres, tutores o guardadores, implica una restricción al ejercicio del derecho de la patria potestad o tutela; la disposición definitiva, es para los casos de menores abandonados, faltos de asistencia, en situación de peligro material o moral o con problemas de conducta. 2-) Colocación del menor en casa de familia sustituta: aparece como una ventajosa medida alternativa y variante de la anterior. 3-) Someter al menor a un régimen de

libertad vigilada: es un método de tratamiento individual y social que combina la posibilidad de dejar en el medio natural a los menores delincuentes, con la vigilancia de ciertos funcionarios y durante un determinado espacio de tiempo. 4-) Disponer que el menor siga un curso pedagógico voluntariamente aceptado en libertad: el menor debe aceptar libre y voluntariamente el curso, para esperar resultados positivos, debe estar suficientemente informado, los cursos sólo son recomendables para hechos de mediana gravedad, que en sus planteos sociopedagógicos sean adecuados a la posibilidad y singularidad del menor.

- Extraordinarias: para problemas más graves, ya sea a nivel de salud física y psíquica, de verdaderas exigencias de seguridad o de una corrección más ejemplarizadora, comprenden:
 - Medidas de Seguridad Curativas: internaciones con fines curativos en hospitales o centros de deshabitación para alcohólicos o drogadictos;
 - Medidas de Seguridad Reeducativas, consistentes en:
 - 1-) asistencial obligatoria, es ante el peligro de situaciones graves de abandono material o moral, leve pero en ocasión de un delito; se coarta la libertad

ambulatoria, combinando con ayuda pedagógica, puede ser ambulante –cursos pedagógicos, pero obligatorios y con libertad vigilada-, o estacionaria –internación-; 2-) correccional, ante situaciones graves de abandono, por ejemplo.-

LA PENA MÁS GRAVE: PRISIÓN.-

_ El binomio penalización y educación están íntimamente relacionados; el tipo de acción educativa que se aplica en un sistema de ejecución penal para la infancia y la primera adolescencia, donde las medidas penales se fundamentan en privación de la libertad en sus diversas modalidades; lo que es incompatible con la educación para la libertad; ya que mediante el disciplinamiento para aceptar las norma de funcionamiento de una sociedad y de una institución como la penal, el único tipo de educación adecuado es el “domesticador”, fundamentado en las teorías educativas del conductismo y de la aplicación de las teorías cognitivo-conductuales.

En el tipo de educación basado en la privación de libertad, los aprendizajes no van a ser las de imitación de comportamiento

ejemplares y amables; sino las del sistema disciplinario premial, con sanciones positivas, recompensas, y negativas, castigos; como sistema de adaptación del sujeto a la propia institución y como mecanismo regulador de su conducta; ya que estas instituciones educan, pero con peculiaridades como: el poder en cabeza de la autoridad constituida, donde se aceptan normas por miedo a la sanción y no por propia convicción, etc., así se limitan los derechos de los sujetos “previamente seleccionados por el sistema policial y penal” por sus rasgos económicos, étnicos y culturales, los “menores delincuentes o delincuentes juveniles”; con el objeto inmediato de garantizar el funcionamiento de la industria penal y no en pro de la seguridad ciudadana y la lucha contra el delito.

A estos menores infractores seleccionados se les aplican distintas formas de coerción penal fundamentadas en el encierro, así en función de su comportamiento y de su grado de peligrosidad se establecen existen distintos grados de control penal y policial, desde el arresto domiciliario, la libertad vigilada, los centros abiertos y semiabiertos, hasta los centros cerrados y de máxima seguridad. Por ello, es que este sistema dista mucho de contribuir a la educación para la libertad, al crecimiento personal y al respeto del “interés del menor” tipificado en la

legislación nacional y en los tratados internacionales de raigambre constitucional.-¹³

Régimen Penitenciario.-

Con la reforma constitucional de 1994, el sistema penitenciario que proponen los pactos internacionales integra el sistema de derechos y garantías de que goza el imputado y el condenado tanto en el desarrollo del proceso penal como en el cumplimiento de su condena; se contemplan distintos aspectos:

- I. **Separación de procesados y condenados:** Art. 5º ap. 4º del Pacto de San José de Costa Rica; Art. 10, ap. 2º a) del Pacto I. De Derechos Civiles y Políticos; el Art. 313 del C.P.P.N. ya que entre unos y otros media como criterio diferenciador el Estado de Inocencia.-
- II. **Separación de Menores y Adultos:** Art. 5º, ap. 5º de San José de Costa Rica; Art. 10 ap. 2º b) de Derechos Civiles y Políticos: “los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales especializados con la mayor celeridad posible para su tratamiento”; Art. 411 del C.P.P.N.: “serán alojados

¹³ BILBAO, César; “La Infancia Encarcelada”.-

en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de los mayores, donde se lo clasificará según la naturaleza y modo de ejecución del hecho que se le atribuye, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social”; el mismo cuerpo legal, establece las competencias del juez de menores, “entenderá en la investigación de los delitos de acción pública cometidos por menores que no hayan cumplido 18 años al tiempo de la comisión del hecho” y, la competencia de los tribunales de menores: “en única instancia en los delitos cometidos por menores que no hayan cumplido 18 años al tiempo de comisión del hecho, aunque hubiese excedido dicha edad al tiempo del juzgamiento y que estén reprimidos con pena privativa de libertad mayor de tres años”.-

- III. **Trabajo de los Reclusos:** también en el Pacto de San José de Costa Rica y de Derechos Civiles y Políticos.-

CAPITULO XII

Situación Actual en el Sistema Penal Argentino

Actualmente existe una gran presión en la órbita del Poder Legislativo nacional en pos de obtener una disminución de la edad de inimputabilidad y de endurecimiento de las condenas, mostrando niños y jóvenes como peligrosos delincuentes irrecuperables. Resultado de esta presión, fueron los aumentos y la severidad de las sentencias condenatorias, generalizando la aplicación del Art. 37 inc. "a" de la Convención de los Derechos del Niño, que "autoriza la imposición de la pena de prisión o reclusión perpetua con el argumento de que en nuestro Código Penal se puede obtener al cabo de 15 o 20 años, el beneficio de la libertad condicional (Art. 13 del C.P.)". Aquí vale destacar que algunos de estos casos, fueron presentados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, planteándose el Poder Ejecutivo Nacional, la necesidad de la conmutación de las penas.-

ANEXO:

ANALISIS DE JURISPRUDENCIA

—

“García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina”: (Cámara Nacional de Casación Penal, sala III -11/12/2007).-

Este fallo fue dictado por la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, con fecha 11 de diciembre de 2007:

Una fundación interpuso un hábeas corpus colectivo a fin de impugnar las privaciones de libertad de personas acusadas por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir 16 años y, se planteó la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 22.278. El juez de instrucción rechazó la acción impetrada; la Cámara confirmó dicho pronunciamiento.

Por lo que al interponer tales recursos, los presentantes entendieron que “el régimen penal de la minoridad establecido por la Ley 22.278, ha devenido inconstitucional en múltiples aspectos desde la ratificación, por parte de la República Argentina, de la Convención sobre los Derechos del niño y su posterior incorporación al texto constitucional en el año 1994; la sanción de la Ley 26.06 ha evidenciado ese contraste

entre los preceptos constitucionales y la normativa de inferior jerarquía; el sustento jurídico de las medidas de privación de libertad de las personas menores de 18 años, que el régimen legal sólo habilita con propósito protectorio o tutelar, es la faceta de la ley que más confronta con los principios y garantías constitucionales, siendo particularmente grave la situación de quienes tienen menos de 16 años, ya que ni siquiera están sometidos a un verdadero proceso penal; que sólo será posible un abordaje de los adolescentes infractores dando cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante una reforma integral de la ley sustantiva, derogando el régimen cuestionado e instaurando un sistema de responsabilidad penal juvenil respetuoso de nuestra Constitución Nacional; en aquellos casos en que un Juez con competencia penal respecto de ilícitos cometidos por personas menores de 18 años de edad, advierta una situación de amenaza o vulneración de derechos respecto de la persona imputada, deberá poner dicha situación en conocimiento de la autoridad administrativa local de protección de derechos, a fin de que adopte las medidas pertinentes, dando cumplimiento a las previsiones de la Ley 26.061". Asimismo, el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad, en su escrito manifestó que el sistema penal de menores

previsto por la Ley 22.278 contiene un tratamiento tutelar inspirado en la Ley 10.903 ya derogada, del Patronato de Menores, “cuando el menor comete un delito, la secretaría tutelar del Juzgado de Menores lo dispone tutelarmente”.

La Cámara de Casación Penal declaró que no se encuentra controvertido que estas medidas importan en sí mismas una restricción a la libertad; ya que doctrina plenaria que corresponde aplicar el cómputo previsto en la Ley 24.390 a las medidas de internación de menores sometidos a proceso penal; la internación en una institución de régimen cerrado, de la que el menor no pueda salir por su propia voluntad, es, como la prisión preventiva, una medida privativa de la libertad impuesta por la autoridad judicial frente a infracciones a la ley penal cometidas por menores relativamente inimputables. Agregó que en atención al objeto de la acción impetrada, debe tener una relevante prioridad el interés moral y material de los niños y, el reconocimiento del niño y del joven como sujetos de derechos.

La Ley de Agote (10.903), derogada por la Ley 26.061; permite suponer que del viejo sistema tutelar, no pueden subsistir otras normas como la ley 22.278, por lo menos en lo que respecta a los menores de 16 años; esta normativa presenta incompatibilidades constitucionales

respecto de los principios de legalidad, proporcionalidad, inocencia y debido proceso legal y el régimen de la Convención. El límite impuesto de 16 años, resulta contradictorio, a partir de la Ley 26.061 y la Convención, con la disposición tutelar consagrada por la ley 22.278. La figura de la disposición judicial, respecto de menores de edad “inimputables o no punibles”, es contraria al principio de legalidad, por colisionar con la Ley 26.061 y con las garantías constitucionales; de la misma manera, la disposición tutelar por tiempo indeterminado colisiona con el debido proceso legal.

La Inimputabilidad, como incapacidad, constituye una defensa más y no el estigma histórica que ha representado para los menores, con la consecuencia directa de la violación de los derechos fundamentales.

Actualmente, ya sea “prisión preventiva” o “internación”, produce una aniquilación subjetiva, porque no se puede salir por propia voluntad, y es privativa de la libertad; ya no se puede hablar de “intervenciones que protejan”. La internación de los menores debe ser asimilada a la prisión preventiva. Así lo establecen las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, artículo 11 b) “por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento

público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa y otra autoridad pública”. Al tratarse de menores no punibles, aparece ínsita la ilegitimidad de cualquier medida de encierro; por vulnerar las básicas garantías constitucionales.

La disposición del menor afecta los principios constitucionales básicos del Estado de derecho, donde pese a carecer de consecuencias penales tal conducta, y sin un debido proceso para habilitar la medida, se priva de libertad de modo desproporcionado e inconstitucional.

Debe respetarse y velarse por la aplicación y vigencia del interés superior del niño; lo que obliga a buscar una solución integral respecto de esta problemática, así como establecerse un control judicial para verificar el pleno respeto por los derechos y garantías de los menores.-

En atención a la falta de adecuación de las normas vigentes al sistema de protección integral de los derechos del niño, la función jurisdiccional no puede estar ausente; los jueces de menores deberán ejercer el rol de garantes de los derechos de los menores cuya situación encuadre en la normativa de la ley 26.061. La función de los jueces será la de controlar las actividades estatales a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos establecidos en la Convención y; cuando sea factible la

aplicación de las medidas excepcionales del artículo 40 de la Ley 26.061, el juez deberá dar intervención a la justicia de familia y, propiciar soluciones alternativas basadas en la educación, inserción familiar y responsabilidad del menor.

CONCLUSIÓN

Propuesta alternativa personal:

Resulta imperioso que la legislación argentina evolucione hacia un sistema de “protección integral de los derechos del niño” tal como lo preceptúa la Convención de los Derechos del Niño, con rango constitucional, que proclama un proceso penal y penas aplicables a menores que sea idóneo y justo; diferente al de los adultos.-

Así el artículo 40 fomenta leyes, procedimiento, autoridades e instituciones específicas para los niños que infrinjan las leyes penales. En razón de lo expuesto, considero que ello se contradice con la tarea específica asignada actualmente y especialmente en nuestra provincia al Asesor de Menores, quien es catalogado como “representante promiscuo del menor” y en realidad es él quien en una suerte de “Fiscal

Bis” de ordinario, solicita las penas para los menores, lo que viola las garantías constitucionales básicas de todo ser humano, como el debido proceso, derecho de defensa en juicio, etc.

Por ello resulta imprescindible e imperioso un proceso autónomo, lógico y acorde con el derecho de fondo de los menores; con principios propios, que procuren un proceso de crecimiento y desarrollo de la plenitud del niño. Por lo que concluyo que los menores de entre 10 y 16 años de edad no pueden ser sometidos a un proceso penal, cuando aparezcan como presuntos autores de un delito; de esta manera este hecho ilícito amerita la intervención judicial tutelar, por presuponer una posible crisis que la justifique.

La plena capacidad se adquiere a los 21 años; antes los padres tienen la representación legal de los menores (patria potestad). Así el proceso debe ser de integración y, cuya finalidad sea el interés social de preservar al niño como sujeto de derecho y tal como la manda la Convención Internacional; asimismo, debe garantizar un proceso de desarrollo para la plenitud en el marco de la familia.

El artículo 37, prescribe preservar la libertad del niño y, por ende mi propuesta, dado que las normas de esta Convención resultan operativas, según el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y, de

acuerdo al interés superior del niño y a los principios que caracterizan esta materia: “ultima ratio” y “mínima sanción”; propongo sanciones alternativas a la prisión que estén de acuerdo a dicha Convención (artículo 40 inc. 4º); tales como fijar pautas de educación obligatorias, perdón a la víctima, posibilidad de enmendar el daño causado; siempre en proporción al delito cometido y el daño sufrido por la víctima.

Asimismo, creo conveniente que cada Estado provincial, especialmente en La Pampa y, tal como ya lo hizo la provincia de Buenos Aires, en el año 2005, por medio de la Ley 26.061 dicte una legislación acorde con esta Convención, con el objeto de promover acciones positivas que aseguren el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad (artículo 75 inc. 22 de la C.N.) y, que proclame los mínimos derechos y garantías que toda persona sometida a un proceso penal debe gozar; ya que como dije en el desarrollo de este trabajo, este proceso resulta especial y autónomo, por lo que tiene principios propios que no se pueden comparar con el de los adultos, tales como el interés superior del niño y las normas que lo caracterizan como: ser oído ante la autoridad competente; que su opinión sea tomada

primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión; a ser asistido por un letrado especializado en niñez; participar del procedimiento; recurrir las decisiones.-

BIBLIOGRAFIA:

- AGUIRRE, Eduardo L.; “La Influencia del Positivismo Criminológico y del Derecho Penal del Enemigo en Sistema de Justicia Juvenil”. -El Derecho- (05/10/2006).-
- AGUIRRE, Eduardo L.; “Bienes Jurídicos y Sistema Penal”. -El Derecho- (05/10/2008).-
- BELOFF, Mary A. “La Aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del niño en el ámbito interno”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales” (1997).-
- BELOFF, Mary A.; “La prisión ideal es solo aquella que no existe” –a propósito del encierro de niños y jóvenes-, en “El Reformatorio” (1993/1994).-
- BIDART CAMPOS, Germán; “Manual de la Constitución reformada” (1998).-
- BILBAO, César; “La Infancia Encarcelada”.-
- CARRANZA, José L.; “Temas de Derecho Prevencional de Menores”, Tomo I y II.-
- DE FERRO, Mateo; “Régimen Penal de Menores”.-

- FELLINI, Zulita; “Derecho Penal de Menores”.-
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; “Infancia de los derechos y de la Justicia”.-
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; “Adolescencia y Responsabilidad Penal”.-
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; “Derecho de la Infancia-Adolescencia en América y la situación irregular a la protección integral”.-
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; “Para una historia del control penal de la Infancia. La informalidad de los mecanismos formales de control social”.-
- GULLCO, Hernán; “Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño”.-
- MAIER, Julio; “Derecho procesal penal Argentino” (1989).-
- MARTINEZ, Félix A. “Derecho de Menores” (2006).-
- MIGUEZ, Daniel; “Los Pibes Chorros”.-
- PLATT, Anthony M.; “Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia” (1992).-
- RIVA, Ricardo; “Experiencia de Mediación Penal Juvenil en Neuquén”.-

- SALCEDO ALVAREZ, María J.; “Infancia de los derechos y Justicia”.-
- VIÑAS, Raúl H.; “Delincuencia Juvenil y Derecho penal de menores” (1983).-
- ZAFFARONI, Eugenio; “Circunvención o abuso de menores e incapaces”.-

MARÍA MARTA ALVAREZ LÓPEZ

