
Avances y retrocesos en la legislación argentina en materia penal juvenil

Mesa 64: Sistema Penal y Derechos Humanos

Mariela Silvia López. Abogada. Especialista en Criminología. Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales, IISE, masilo2003@yahoo.com.ar

Resumen

El presente trabajo realiza un recorrido legislativo por el campo de la niñez en Argentina, analizando los ordenamientos en la materia respecto del proceso transicional que se inició en nuestro país con la ratificación que hizo Argentina a la Convención de los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes en el año 2005. Esto demandó un proceso de adecuación normativa e institucional sentando las bases para la implementación del sistema de protección integral, lo que generó una superposición de leyes, prácticas e instituciones.

Especialmente se abordará las consecuencias que generó la modificación de la ley 26.579, relativa a la mayoría de edad civil, cuya finalidad fue adecuarse a los estándares internacionales. Sin embargo, no se tuvo en cuenta lo que significaría para el Régimen Penal Juvenil, esto es en término de imposición de una pena, esto debido a que al cometer el hecho siendo menores de edad apenas alcanzados los 18 años de edad serían considerados adultos y sometidos a un proceso penal similar al de estos. Incluso en caso de ser condenados con penas de cumplimiento efectivo en la cárcel de adultos, por no existir establecimientos especiales para estos casos.

Palabras claves: sistema penal de la niñez y adolescencia – paradigma tutelar vs. protección integral

I. Introducción

Esta ponencia pretende analizar el campo de la niñez en el contexto del proceso transicional que se inicia con la ratificación de nuestro país a la Convención de los Derechos del Niño¹ (CDN) y que continúa con la sanción de la ley nacional N°26.061² de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del año 2005.

En dicho contexto ocurre un proceso de adecuación normativa e institucional que sienta las bases para la implementación del “sistema de protección integral” a nivel nacional, determinando nuevas responsabilidades del estado, la familia y la sociedad en general en torno a la protección, promoción y restitución de los derechos de la niñez.

No obstante, durante este período instituyente se producen superposiciones normativas, institucionales, discursivas y prácticas, que muchas veces decantan en interpretaciones disímiles e intervenciones discordantes.

Una de ellas es la relativa a la mayoría de edad civil. Al respecto, nuestro Código Civil³

¹ Ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño Sancionada: Setiembre 27 de 1990 Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990

² Ley N° 26.061 Promulgada de hecho: 21 de octubre de 2005 Publicada en B.O.: 26 de octubre de 2005

³ Ley 340 Código Civil, 25 de Septiembre de 1869 Sin fecha, 25 de Septiembre de 1869 Derogada

establecía la mayoría de edad a los 21 años. Por otra parte la Ley 22.278⁴ en su artículo 4° dice que la mayoría de edad era a los 21 años. Con la ratificación que hizo la Argentina a la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) la adoptó en 1990 (Ley Nacional 23.849) y la incorporó a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, y luego la sanción de la Ley N°26.061 establecen un criterio etario que entiende por niños a todos aquellos que no han cumplido 18 años de edad,

En el año 2009 se sanciona la ley nacional 26.579⁵ sobre “mayoría de edad civil”, y fija la mayoría de edad a los 18 años, resolviéndose con ella la contradicción mencionada, en un intento de dar coherencia al sistema jurídico e institucional.

Con ello, se produce una contradicción normativa, afectando la franja de jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley penal y tienen entre 18 y 21 años, quienes quedan en una especie de “gris legal” al no ser claramente considerados ni niños ni adultos.

Esto sucede porque los legisladores no contemplaron las consecuencias negativas que tendría respecto del Régimen Penal Juvenil, en los jóvenes que habían cometido el hecho siendo menores de edad, es decir menores de 21 años, y que conforme la ley 22.278 en el art. 6° establece que: Las penas privativas de la libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos (es decir una vez que alcanzaban la edad de 21 años).

⁴ Ley 22278 - Régimen Penal de la Minoridad. Promulgada el 25/08/80. Publicada en el B. O.: 28/08/80. Modificada por la ley 22803, promulgada el 5/5/83

⁵ Ley 26.579. Mayoría de Edad a los 18 años. Modifica Código Civil Sancionada: Diciembre 2 de 2009 Promulgada: Diciembre 21 de 2009 B.O. 22/12/09

La Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶ ha fallado respecto de este tema y recordó las normas y tratados internacionales que obligan a la Argentina en relación con la minoridad, y menciona así la Convención Internacional de Derechos del Niño, las llamadas Reglas de Beijing, y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sostuvo el tribunal que: “estos derechos especiales que tienen los niños por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema”.

El fallo de la Corte, en suma, reconoció la gravedad de la situación de los menores y la mora en que se encuentra la Argentina en cuanto a adecuar su legislación a los tratados internacionales que voluntariamente firmó, ratificó y respetó las incumbencias de cada uno de los tres poderes, y los llamó a ejercer sus responsabilidades en este asunto. Sin embargo, su promulgación pone en juego nuevas concepciones acerca de la juventud y afecta el reconocimiento de los derechos y responsabilidades de la franja etaria entre los 18 y 21.

Esta demora en materia penal juvenil implica que el joven cumple los 18 años y por una demora exclusiva del Juzgado al momento de citarlo, sea para la indagatoria o por el dictado de un Auto de Responsabilidad penal, o al momento de dictar sentencia es trasladado a las cárceles de adultos.

La modificación de la legislación civil tuvo un efecto secundario profundo, esto es cambió sustancialmente el funcionamiento del sistema penal juvenil, que fijó en los 18 años la mayoría de edad, y modificó los arts. 126 y 128 del Código Civil (ahora derogado), pero esta disposición

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005) "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial en la causa Maldonado, Daniel Enrique, causa N° 1174, 07/12/05.

fue definitivamente incorporada en el art. 25 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el año 2015⁷.

Por otra parte la Ley 22278 no ha sido modificada, por lo que no han perdido su vigencia los arts. 2° y 3°. El primero prescribe que el juez debe disponer provisionalmente del joven entre 16 y 18 años que resulte imputado de la comisión de un delito y el segundo establece las consecuencias de esa disposición, al indicar: “La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.” Una de las consecuencias que provocó la alteración legislativa fue que se redujo sustancialmente, en tres años, el lapso posible de observación tutelar. Lo cierto es que cuando la mayoría de edad estaba establecida a los 21 años, la intervención estatal sobre los jóvenes que habían cometido un delito entre los 16 y los 18 años podía extenderse por varios años, puesto que la disposición recién cesaba de pleno derecho a los 21 años, salvo que antes se resolviera sobre el fondo de la imputación.

Ahora en cambio, esa intervención se ha reducido sensiblemente, puesto que si el adolescente cometió el delito a los 17 años y 11 meses prácticamente no existe la posibilidad de tratar el caso con medidas socioeducativas que puedan ayudarlo a cumplir con los objetivos previstos en el art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño. La finalidad no es pedir más intervención tutelar sino que se le dé la oportunidad al joven de continuar con las medidas socioeducativas en un lugar especializado y acompañado por operadores especiales.

El hecho de que la Ley 22278 permanezca vigente no puede constituir un obstáculo insalvable

⁷ Código Civil y Comercial de Argentina aprobado por el [Congreso de la Nación](#) el 1 de octubre de [2014](#), mediante la ley N° 26 994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el [Boletín Oficial](#) el 8 de octubre del mismo año. El Código entró en vigencia el 1 de agosto de [2015](#)

para adecuar las prácticas a las exigencias constitucionales, a la Convención de los Derechos del Niño y a los demás tratados incorporados al ordenamiento normativo nacional. Si se parte de esta premisa entonces se debe lograr una interpretación jurídica armónica con las normas de nivel superior, no hay ninguna razón que impida a los equipos profesionales que trabajan en los Dispositivos Penales Juveniles adecuar sus prácticas en función de los objetivos establecidos en la Convención y teniendo en cuenta los principios enumerados en la ley 26061.

Esto significa a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad civil se debería establecer en materia penal juvenil una intervención técnica profesional especial, conforme los lineamientos establecidos en la Convención en sus artículos 37 y 40. El primero establece lo que podríamos llamar una condición de trato, el otro (Art.40 Inc. 1) especifica el sentido del tratamiento La intervención respecto a los adolescentes infractores deben realizarse para fomentar el sentido de su dignidad y valor, debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades de las personas y de acuerdo a su edad promover su reintegración social y la asunción de una función constructiva en la sociedad. Estas acciones desarrolladas por técnicos y profesionales especializados que trabajan con adolescentes infractores a la ley penal en el marco de los dispositivos penales juveniles en lugares especiales y no ser enviados con apenas 18 años a la cárcel de adultos, donde no se continúa con esta intervención especial.

En este sentido el objetivo que me propongo es reflexionar sobre los avances legislativos nacionales y provinciales, y también el retroceso que significó la la ley N°26.579 puntualmente en la modificación de la mayoría de edad, interrogándome acerca de sus efectos jurídicos respecto del reconocimiento de derechos a los jóvenes en conflicto con la ley penal entre 18 y 21 años. Consecuencias negativas han resultado para estos jóvenes que habiendo cometido el hecho siendo menores, pero al cumplir los 18 años, con condena o sin ella, han sido

trasladados a la cárcel de adultos, por la sola razón de su mayoría de edad.

En el contexto de tales transformaciones realizare un recorrido por los modelos de intervención con la niñez en los distintos contextos históricos de Argentina, las características que adoptaron las prácticas de intervención según los principios del viejo y nuevo paradigma.

2. Desarrollo

Hacia el inicio de la década de 1990 se desarrolló una producción teórica focalizada en el análisis del sistema judicial y en las facultades de sus agentes para decidir sobre el destino de los “menores”. En muchos casos esta producción estuvo atravesada por un sesgo normativo desarrollándose en los últimos años en paralelo con un proceso de transformación referido con la defensa y la garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes fue transformada.

Quedo así en evidencia la existencia de dos paradigmas contrapuestos en el tratamiento jurídico-estatal de la infancia y la adolescencia, sintetizados en el enfoque de protección integral de derechos en oposición a la situación irregular.

El paradigma de la situación irregular estuvo vigente en nuestro país a finales del S. XIX. En el año 1882 se creó el Patronato de la Infancia con amplias facultades para intervenir judicial y extrajudicialmente en cualquier asunto referido a los niños, niñas y adolescentes en peligro material y moral. Luego, en el año 1919, se dictó la ley 10.903 del Patronato de Menores, más conocida como Ley Agote en alusión a su creador el Dr. Luis Agote, que impuso en cabeza de los jueces la protección de los niños atendiendo a su salud, seguridad, educación moral e intelectual y proveyendo a su tutela.

La historia de la infancia es, de acuerdo con García Méndez (1994), la historia de su control. Las concepciones sobre este sector, así como las formas de intervención del Estado y sus instituciones, se han ido construyendo en el transcurso de la historia, atravesadas por cambios políticos, sociales, económicos y culturales y en medio de luchas ideológicas y sociales que condujeron a madurar el reconocimiento de los derechos humanos de los menores de edad. En este devenir, dos paradigmas delinear el conjunto de saberes, discursos y prácticas hegemónicas dentro de un momento histórico dado: el paradigma tutelar o de la situación irregular y el paradigma de la protección integral. Así, las infancias y adolescencias se constituyen dentro de teorías científico sociales y prácticas y estrategias político-jurídicas que oscilan en un campo de disputas entre ambos paradigmas que regulan la situación jurídico-penal de dicho sector social.

Los conceptos de menor subyacentes en la Doctrina de la Situación Irregular son los de menor peligroso o menor antisocial, enmarcados en un discurso defensivo de alarma social, cuyo objetivo principal era la prevención de la delincuencia adulta a través del control de la infancia peligrosa o potencialmente peligrosa, es decir lo que interesaba era fundamentalmente la defensa de la sociedad. No se lo miraba al niño desde un punto de vista genético y físico, sino a través de su conducta, su comportamiento peligroso o potencialmente peligroso para la seguridad del orden establecido, lo que lo convierte en enemigo interno.

Los Tribunales de Menores decretaban medidas discrecionales e intervenían de igual manera tanto para los niños y adolescentes con problemas sociales que se encontraban en un inminente peligro moral o material o imputados de cometer delitos.

Desde la perspectiva de la Situación Irregular los problemas sociales son penalizados, es decir, captados por el sistema judicial y policial, y no eran atendidos a través de políticas

sociales, lo que traía como consecuencia la multicompetencia de los tribunales de menores, “con un juez actuando como un buen padre de familia”.

Con esta concepción el sistema de justicia de menores justificaba las reacciones estatales coactivas frente a infractores (en su idea de “potenciales infractores-peligrosos”) de la ley penal a partir de las ideas de tratamiento, la resocialización y finalmente la defensa de la sociedad frente a los peligrosos, a través de medidas coactivas, privación de libertad bajo el nombre de internación, por tiempo indeterminado.

Como corolario de la centralización y concentración de funciones en la persona del juez se vislumbra que, por un lado, el contenido de la intervención estatal frente a los casos de supuesta “protección” fue, en ciertos casos, la internación. Y, por otro lado, en aquellos casos en que se imputaban delitos al menor de edad, al considerarlos incapaces, implicó un proceso vacío de las garantías legales que derivaba, generalmente, en la privación de la libertad o en la adopción de otra medida coactiva que no se relacionaba con el hecho cometido sino con el “estado de riesgo” o “situación irregular” que el Juez discrecionalmente evaluaba.

Así durante décadas se instaló un complejo institucional heterogéneo, pero con la firme función de segregación y fijación de niños y adolescentes bajo la tutela del Estado.

Con el objeto de dar el “salto” entre un paradigma y otro podemos comenzar diciendo que, habiendo corrido mucha agua bajo el puente, la mirada puesta en la infancia logró mutar aún hoy continúa haciéndolo. A partir de los cambios en la forma de mirar, de conocer y de aprehender a la infancia se comenzó a dejar atrás la cultura tutelar-asistencial para dar lugar al sistema de protección integral de derechos. Si bien aún en la actualidad, advertimos vestigios de lo que fue el viejo paradigma tutelar o situación irregular.

El origen de este cambio de paradigma lo podemos encontrar en la Declaración de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924. Éste fue el primer instrumento internacional de relevancia que incluyó explícitamente el tema. Luego, se destaca que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 20/11/1959 aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Sin perjuicio de ello, la declaración final de la Convención sobre los Derechos del Niño se firmó el 20/11/1989 y desde ese momento su cumplimiento es obligatorio para todos los países que la han suscripto. Asimismo, la creación de nuevos estándares con relación a la condición jurídica de la infancia se favoreció con los dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A partir de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) se cancela la imagen del menor como objeto de compasión-represión, convirtiéndolo en el niño adolescente sujeto titular de derechos, por lo que dejan de ser tratados como objetos pasivos de intervención de la familia, de la sociedad y del Estado, sino que tienen derecho al respeto, a la dignidad y a la libertad. Deben ser considerados prioridad absoluta, es decir ser los primeros en recibir protección en cualquier circunstancia. No solo se cambió el concepto y el rol de las principales instituciones públicas destinadas a los Niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA) sino hasta en el lenguaje, se escribe menos la palabra menor y se utiliza la de niño o niña o adolescente.

En el sistema de protección integral de derechos los NNyA son definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Lo que antes se llamaba “menores”, incapaces o personas incompletas ahora se convierten en ciudadanos cuya particularidad es que están creciendo. Y debido a esta última particularidad se les reconoce todos los derechos que tienen los adultos más los derechos específicos.

Este el reconocimiento y promoción de los derechos de NNyA se produce en una concepción

integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de “menores”. Hoy los derechos que la CDN garantiza, tienen como destinatarios a todos los niños, niñas y adolescentes y no a una parte de ella.

En este marco se instaló en forma creciente la discursividad de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante Convención de los Derechos del Niño) a nivel internacional como así también en América Latina incluida Argentina, que en la década del 90 se aprobó la ley Nacional 26.061 de protección integral de NNyA, y cada provincia se fue adhiriendo a la misma y también fue adecuando su legislación provincial en la materia.

En el año 2009 se dictó la ley 26.579 que modificó la mayoría de la edad civil a los fines de adecuar su legislación con la normativa internacional disminuyéndola a 18 años, sin contemplar las consecuencias que traería aparejado en materia penal en los casos de los jóvenes en conflicto con la ley penal que verían disminuida su posibilidad de continuar con el trato especial que establece la ley 22.278, vigente hasta el día de la fecha, en la que se consideraba menor hasta la edad de 21 años. Lo que produce una superposición normativa, institucional, discursiva lo que lleva a que en la práctica se visualicen distintos criterios en la interpretación y aplicación de la misma.

En efecto, podría concluir este apartado diciendo que se transitó de un diseño político criminal que reaccionaba frente a las personas por lo que son, incluyendo sus circunstancias, hacia otro diseño, claramente superador, que aseguró exclusivamente el funcionamiento de su aparato coercitivo siempre que exista la comisión de un delito tipificado en la ley penal.

Ahora nos está faltando lograr una interpretación abarcativa de toda la normativa internacional, nacional, provincial de manera inclusiva y considerando en primer término al

adolescente como un ser en construcción a los fines de permitirle a través de la implementación de las medidas socioeducativas que deberían poder continuarse hasta los 21 años, y evitar que con 18 años tengan que cumplir la condena en establecimientos carcelarios de adultos.

Es importante resaltar que antes de la modificación mayoría de edad los adolescentes en conflicto con la ley penal se les aplicaban las medidas socioeducativas teniendo como premisa básica la provisoriedad de la misma. La meta era posibilitar el egreso lo antes posible a través de un acompañamiento adecuado y específicamente respecto de los menores de 18 a 21 años, en caso de estar detenidos, se les debía asegurar la separación de éstos de los adultos y hasta se los preparaba para el egreso a los fines de lograr la reinserción social, y respetando el principio del Derecho Penal como último recurso y por el plazo más breve posible. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores N°19 inc.1y la Regla 28 ("Reglas de Beijing")⁸, insiste en la necesidad que siempre que las circunstancias lo permitan, habrá que optar por conceder la libertad condicional en lugar de permitir que cumpla la condena en establecimientos penitenciarios, siempre que demuestre un progreso favorable en cuanto a su rehabilitación. El art. 40 inc. 3° de la CDN prescribe la necesidad de establecer todos los instrumentos legales, procedimentales e institucionales para intervenir específicamente respecto de niños que hayan sido acusados o condenados por la comisión de un delito. La finalidad es la de prever el mínimo deterioro o la mínima influencia negativa.

Es importante destacar que a los jóvenes en conflicto con la ley penal son juzgados y

⁸ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing") Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

condenados conforme al Código Penal de fondo, es decir con el mismo que se condena a los adultos, sin contar con penas específicas por su calidad de menor al momento de cometer el hecho, como así también por no existir con establecimientos especiales cuando son condenados son trasladados a las cárceles de adultos, sin tener ningún tratamiento especial. Incumpliendo así con todas las obligaciones referidas a la niñez que como Estado se obligó a respetar.

Nuestro país ratificó la CDN en el año 1990, mediante la ley 23.849⁹. En el año 1994, el art. 75 inc. 22 de la Constitución de la República de Argentina¹⁰ le otorgó a la referida Convención rango constitucional. Desde entonces Argentina está obligada a garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que aquí vivan los derechos establecidos en dicho instrumento internacional. De hecho, muchos autores consideran que se inauguró con ello una nueva era: la referida a la ciudadanía de la infancia ya que se reconoce al niño como sujeto pleno de derecho.

Las deficiencias de nuestro Estado en la implementación concreta del modelo de protección integral de derechos fueron resaltadas mediante las observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño¹¹ en el año 2002. En dichas consideraciones, el mencionado Comité en relación con la Ley N° 10.903 resaltó que se los consideraba a los niños como objeto de

⁹ Ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño Sancionada: Setiembre 27 de 1990
Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990

¹⁰ Ley 24.430 Constitución Nacional sanc 15/12/94.Promulgada: 3 /1/95

¹¹ El Comité de los Derechos del Niño es un organismo de las Naciones Unidas que tiene la función de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. Fundación 1991

protección judicial, no existiendo ninguna ley nacional vigente por la que se considere al niño sujeto de derechos. Ante ello, el Comité recomendó al Estado argentino tomara todas las medidas necesarias para que el Congreso aprobara cuanto ante un proyecto de ley de protección integral de los derechos del niño y el adolescente. En efecto, se imponía la necesidad de armonizar nuestra normativa para atemperarla a la referida convención, so pena de generar responsabilidad del Estado por incumplimiento de los deberes a los que se había obligado.

El 28/09/2005 el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, en cumplimiento con las recomendaciones que le habían sido formuladas al Estado Argentino a fin de adecuar su legislación interna a los estándares de la CDN y remarco que tuvieron que transcurrir quince años desde que Argentina ratificó el referido instrumento internacional. Evidentemente, no resultó una tarea sencilla generar una verdadera concientización legislativa que permitiera adecuar la normativa nacional interna con el nuevo paradigma.

De esta forma, no solo quedó derogado el patronato de menores sino que, además, a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1/08/2015, desapareció toda mención a los procesos de protección de persona y la función de concretar el cuidado integral de la niñez quedó, en primer lugar, a cargo de los dispositivos administrativos. Pero también se modificó la ley civil y se redujo así la mayoría de edad de 21 a 18 años.

El reconocimiento de derechos a nivel internacional es progresivo y evolutivo, lo que implica el permanente trabajo de la comunidad internacional por velar y hacer respetar a los Estados los derechos de todos sus ciudadanos, en especial de los grupos vulnerables.

A partir de la CDN se han incorporado a nuestro cuerpo normativo otros instrumentos internacionales que tratan la materia de la infancia, en especial los referidos a los menores de edad sometidos a procesos judiciales y privados de libertad. Dentro de este contexto se inscriben las prescripciones de “Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia juvenil” (Directrices de Riad), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

En este cuerpo jurídico queda inserta la discutida normativa interna compuesta por la ley 22278 “Régimen Penal de la Minoridad” del año 1980, la ley 26061 de “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” sancionada en el año 2005, la ley 26579 del año 2010, modificatoria del Código Civil que establece la mayoría de edad a los 18 años, el Código Penal de fondo y el Código Procesal Penal de la Nación. Este es el marco legal de actuación en el ámbito penal, para los niños sometidos a proceso judicial.

El ámbito de vigencia de la ley 22278 se ha restringido, tanto por la sanción de leyes posteriores, leyes 26061 y 26579, como también por lo resuelto por nuestro máximo tribunal en punto a la interpretación de la normativa juvenil en el contexto planteado.

La Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente vigente desde el año 2005, acorde a la CDN refuerza su vigencia, sin cuestionamiento alguno, y la consecuente aplicación de todos sus principios.

Sin perjuicio de lo expuesto, actualmente existen obstáculos que aún deben superarse para poder consagrar un debido modelo de garantías, propio de los sistemas democráticos de derecho.

Ello es así por cuanto si bien la Ley 26061 en su art. 76 derogó de manera expresa la Ley 10903, al no haberse adecuado la legislación, la disposición tutelar aún hoy sigue vigente, lo que implica tener que trazar estrategias tendientes a superar la ideología tutelar, y lograr que las medidas que se adopten en relación a los niños sean respetuosas de sus derechos fundamentales.

Las medidas que adopta el Estado respecto de la situación de niños, adolescentes y jóvenes acusados de haber cometido actos que conforme a la ley de fondo del país, Código Penal¹², están tipificados como delitos, y como consecuencia les corresponde una sanción o pena como modo de respuesta social. A este sector son denominados menores, porque no han alcanzado la edad de 21 años, antes de la modificación de la ley civil, ahora la alcanzan a los 18 años.

Así, sin perjuicio de la derogación de la Ley 10903, siguen existiendo los llamados expedientes tutelares (hoy llamados medidas socioeducativas), en los cuales se plasma la evolución y/o involución de la vida de los menores de edad sometidos a proceso penal.

Además de resultar esta observación sobre la vida del niño incorrecta en la jurisdicción penal, la gravedad se traduce en que la imposición de una medida cautelar privativa de libertad y la posible pena a imponer a los adolescentes se basa en esta evolución o involución vulnerando los estándares constitucionales en materia de derecho penal y procesal penal.

En resumen, la Ley 22278 del Régimen Penal Juvenil sancionada en 1980, establece la

¹² Ley 11179 Código Penal de la Rep. Argentina 30/9/21 Publicada en el Boletín Oficial del [03/11/21](#)

disposición tutelar y consecuente observación hasta la mayoría de edad, que estaba prevista hasta los 21 años, modificada ahora por la ley civil N°26579 que estableció la mayoría de edad a los 18 años.

Por lo que a los fines de cumplir con la normativa de NNyA la ley 22278 debe interpretarse bajo los parámetros de la CDN, lo que demuestra que cuanto más avanza se muestra la actualización legislativa, mayor tensión constitucional se genera.

Por ello cuando se analiza la aplicación de la ley 22278, es necesario apartarse de los conceptos de disposición y/o aplicación de pena como consecuencia de las circunstancias de vida de los niños y aplicar estrictamente un sistema de garantías en donde las decisiones que se tomen respondan a un derecho penal de acto. Esto implica intentar que progresivamente el instituto de la disposición tutelar desaparezca, y que en el ámbito penal se analice el hecho cometido por el menor y las consecuencias jurídicas del mismo, en términos de sanción penal y no de medidas de protección.

En este contexto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en el fallo Maldonado se expidió por primera vez sobre un tema que mantuvo divididos por años a los Tribunales de Menores del país, esto es la interpretación de la Ley 22.278, específicamente el párrafo 2 del art. 4°, en cuanto a la necesidad de aplicar la reducción de la escala prevista en la tentativa respecto a la pena que puede imponerse a menores declarados penalmente responsables de un delito. Efectuó un claro análisis de la normativa constitucional para determinar que la pena aplicable no puede superar la medida de su culpabilidad, la que resulta disminuida con relación a los adultos por su condición de menor.

En base a ello, la interpretación del fallo no deja lugar a dudas que la reducción de la normativa

local debe ser considerada la regla. Esto es lo que exactamente determinó la CSJN por primera vez en el fallo citado que lo convirtió en un pronunciamiento emblemático para el régimen penal juvenil argentino sobre los estándares que se deben aplicar para poder sancionar a un menor de edad.

En relación con a la imposición o no de pena, debe recordarse que el artículo 4º de la Ley 22278 establece requisitos para ello, como que se haya declarado la responsabilidad penal del menor imputado, conforme a las normas procesales; que haya cumplido 18 años de edad; y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Continúa la redacción “una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieran necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2”.

La entrada en vigor de la ley civil 26579 ha generado un impacto de casi imposible conciliación entre estas leyes, pues el sistema de disposición pierde sentido en todos sus términos. La mayoría de edad fijada a los 18 años obliga hoy a que los procesos penales de menores una vez alcanzada esta edad deban estar resueltos. Cuando no se logra ello y la causa se excede en los términos procesales, la disposición del ya mayor de 18 años se torna ilegítima, más aún, si se encuentra privado de libertad, pues se presenta una situación totalmente anómala, cuya fundamentación legal es de dudosa constitucionalidad.

Sin perjuicio de las fundadas críticas que se le realizan a la denominada “internación de

menores” que deriva de la facultad de disposición de la Ley 22278, este instituto procesal sigue vigente y es de esta forma se legitima la privación de libertad de los menores.

Así, cuando se inicia un proceso penal en el cual se encuentra imputado un menor, y de acuerdo a sus circunstancias el juez decide privarlo de libertad, lo hace ejerciendo su derecho de disposición e internación, en un centro especial acorde a su edad.

Si bien es cierto que las privaciones de libertad de los niños en estos últimos años han mermado, aún no hay criterios claros para definir cuándo y por qué se priva de libertad a un menor de edad.

Tal como está regulado el proceso penal de menores, y sin perjuicio de reconocer el esfuerzo por interpretar la vetusta Ley 22278 bajo la óptica de CDN, la privación de libertad sigue siendo observada para la futura imposición o no de pena. Esta valoración subjetiva demuestra claramente que los dos sistemas conjunta y/o alternativamente son de imposible aplicación. De lo anterior surge el interrogante de que si el menor de edad es observado y evaluado hasta los 18 años, y el resultado de esa observación constituye el parámetro de ponderación para la aplicación del art. 4 de Ley 22278, ¿cómo los jueces pueden justificar la privación de libertad una vez alcanzada la mayoría de edad? Este cuestionamiento no encuentra respuesta en la legislación actual juvenil. Por ello considero erróneo tratar de adaptar los preceptos de la ley 22278, aún vigente, a los criterios sustentados en leyes posteriores.

La única solución posible es contar con una legislación de responsabilidad penal juvenil, que contenga y resuelva conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cantidad de cuestiones conflictivas que obstaculizan en la actualidad, una adecuada administración de justicia en la materia.

El juez puede ordenar las medidas que resulten más convenientes para el adolescente, lo que le otorga un papel muy importante al informe técnico que realizan los profesionales, en cuanto al dispositivo más adecuado para el joven infractor. Como las decisiones judiciales deben ser fundadas, razonablemente justificadas, los informes técnicos razonablemente justificados ponen a la autoridad judicial en situación de fundamentar sus propias decisiones.

En definitiva, el reconocimiento de los derechos especiales que tienen los menores no es un mero postulado doctrinario sino un imperativo que surge de normas constitucionales e internacionales que ha suscripto nuestro país. Una de las consecuencias más graves que derivan de la aplicación de la Ley 22.278 es el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces que aún perduran en la práctica. La Corte de Justicia de la Nación (fallo citado Maldonado) consideró que no podía permanecer indiferente ante la gravedad de la situación de los menores en el país y a la demora en la adecuación de la legislación a la Constitución y a los tratados internacionales, por lo tanto, determinó que le correspondía requerir al Poder Legislativo que procediese a esa adecuación normativa

El art.4 de la Ley nacional 22.278 implica un límite jurídico al sistema penal juvenil, y entiendo que forma parte del derecho de fondo y no de forma al fijar la edad a partir de la cual se puede imponer pena respecto de quien contara al momento de la comisión de un hecho ilícito entre 16 y 18 años, como así bajo qué condiciones es posible imponer dicha pena, a saber: cuando previamente se hubiera declarado la responsabilidad penal una vez que haya cumplido 18 años y luego de haber sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad, resultando esto último un resabio de la vieja legislación de mayoría de edad a los 21 años (reitero se trata de un Decreto-Ley del año 1980).

Este es un mandato constitucional y no una facultad discrecional del juez, emanado de la normativa supranacional de jerarquía constitucional en función de lo normado por los artículos 31, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y 37 inc. b, 39 y 40 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Por lo tanto, la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto de la normativa aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor se concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

En la provincia de San Juan si bien desde el año 2017 se sancionó la Ley 754-O¹³ Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) incorporó artículos específicos en materia de adolescentes en conflicto con la Ley penal, respecto a la imputabilidad se remite a la Ley nacional 22.278 al consignar expresamente que "el presente régimen es aplicable a todo niño punible, según la legislación nacional, imputado de delito en jurisdicción territorial de la provincia". En igual sentido, la ley provincial aludida refiere expresamente que: "Comprobada la participación del niño en el hecho punible y declarada su responsabilidad, o en los casos de inimputabilidad, el Juez o, en los casos que corresponda el Tribunal, sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación de fondo podrá disponer las siguientes medidas...".

En su artículo 8 bis establece que: "Todos los derechos y garantías contenidos en este Código, son reconocidos al menor sometido a proceso penal juvenil al igual que los contenidos en la

¹³ Ley 754-O San Juan, 19 Nov 2014 Boletín Oficial, 16 Marzo 2015, disponible en <http://www.saij.com.ar>

Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales aprobados por el Estado Argentino y los Tratados Internacionales de rango constitucional, desde el inicio de la investigación y durante la tramitación del proceso judicial. Ninguna disposición de este Código podrá ser aplicada o interpretada en contra de la vigencia de los derechos y garantías reconocidos a los niños y adolescentes en aquellos instrumentos”.

Con ello se indica que son principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal juvenil la protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y que el joven asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas. Así las cosas, en cuanto a la interpretación de las normas que rigen el sistema penal juvenil, entiendo debe estarse por la que maximice la protección, integrando los artículos específicos del Código de Procedimiento Penal con el artículo 4° de la Ley 22.278.

En este orden de ideas, de la lectura del artículo 4° de la Ley 22.278 se debe interpretar que integra y complementa el objetivo de protección señalado por la Convención Internacional de Derechos del Niño, toda vez que exige de una sentencia de responsabilidad, una edad específica para la que se ha contemplado la especial situación madurativa del menor, y un tratamiento en aras al beneficio de los propósitos a lograr ya referidos en cumplimiento con los estándares internacionales.

En este tratamiento se contemplan las medidas judiciales de integración social, el monitoreo y revisión constante que permita el análisis de la evolución, a fin de alcanzar el objetivo previsto por las normas citadas.

Resulta evidente entonces, desde mi punto de vista, que lejos de ser contradictorio el artículo 4° de la Ley nacional 22.278 con la Ley provincial 754-O, ambas normas se deberían complementar e integrar, para así asegurar la concreción del "plus" de derechos con que cuentan los jóvenes en conflicto con la ley penal por tal condición, adecuando de este modo la legislación vigente en pos del beneficio que propugna el Derecho Penal Juvenil y en cumplimiento a las obligaciones asumidas al ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

El Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño (art.2) por lo que los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de nuestra Corte que "garantizar" implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención Internacional de Derechos del Niño.

En consonancia con los estándares internacionales ya señalados, considero que corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, lo que implica respetar todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño). En mi opinión, la medida de encierro solo resultaría admisible si se concluye que esta puede resultar efectiva para modificar la estructura impulsivo-motivacional criminógena del sentenciado, para favorecer su resocialización. Es por ello, que en cuanto a la naturaleza de la medida que se aplica a los jóvenes mayores de 18 años, por hechos cometidos siendo menores de edad, no se trata de prisión o prisión preventiva sino de un tratamiento resocializador en los términos del artículo 4 de la ley 22.278, y por ello se debería darle continuidad en un Centro especial y no en una cárcel común de adultos.

Por consiguiente, podríamos sostener que una verdadera adecuación legislativa lleva consigo transitar un largo proceso y, en ese contexto, ningún Estado se encuentra exento de haberla alcanzado. Ello resulta claro cuando, con el transcurso de los años, palpamos y entendemos que no basta sólo con legislar, sino que se debería dirigir todos los esfuerzos a lograr el conocimiento de las leyes, su comprensión y sobre todo, su aplicación.

3. Conclusiones

En pocas palabras, el Estado avanza en la adecuación de sus normas, pero evidentemente no es una tarea culminada.

De ahí que se puedan señalar los nuevos desafíos que corresponde afrontar en materia penal juvenil:

- a. Que se pueda compatibilizar la ley nacional con los principios que emanan de la ley provincial, a través de una reforma integral del régimen penal de menores.
- b. Obtener disponibilidad de recursos suficientes para implementar adecuadamente el trabajo en red de los tres poderes del Estado que intervienen en el sistema.
- c. Erradicar las viejas prácticas del régimen tutelar anterior, a través de una campaña sistemática para informar sobre el funcionamiento del nuevo sistema penal juvenil.
- d. Los operadores del sistema, deben construir un nuevo modelo de justicia juvenil que permita superar el modelo estrictamente punitivo, a través de una mayor participación de los sectores más vulnerables en el ámbito de la educación, del trabajo, de la política y de la cultura, generando oportunidades de vida que contrarresten la realización de comportamientos delictivos.

- e. Lograr la construcción de establecimientos especiales para los jóvenes que han alcanzado la mayoría de edad (hoy 18 años) y son condenados a penas de cumplimiento efectivo.

El nuevo régimen penal de menores de edad reconoce a los jóvenes como sujetos de derechos y de obligaciones, lo que implica que éstos asuman, dentro del sistema familiar y comunitario, su responsabilidad acorde con su etapa de desarrollo.

Si bien la justicia penal juvenil ha sido puesta en marcha, siendo un avance en el reconocimiento de las garantías individuales de los jóvenes en el proceso, no debemos quedarnos con el derecho positivo únicamente, sino que debe trabajarse arduamente en la implementación práctica de este sistema, evaluando sus errores y buscando nuevas soluciones a los obstáculos que se vayan presentando, en pos de una adecuada reinserción social de los jóvenes en conflicto con la ley penal en todos los ámbitos de nuestra sociedad.

Conforme a la normativa internacional, existe una pauta hermenéutica que deviene de la CIDN, y que ha sido interpretado en la necesidad de crear un fuero Penal Juvenil, “en un sentido amplio” sin restricciones que impliquen forzar el concepto de jurisdicción especial sólo a una primera instancia, sin tener en cuenta de asignarle a la segunda instancia el logro de una competencia especial, por lo que nace la necesidad de pensar un derecho de niños y jóvenes con un doble conforme especializado integral, como parte de una misma jurisdicción especializada en la temática penal juvenil.

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N°10¹⁴ (punto 60, ha dicho

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N° 10 (2007): Los derechos del niño en la justicia de menores, 25 Abril 2007, CRC/C/GC/10, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/4ffd3c112.html>

que el derecho de apelación establecido en el art. 40 2 b) v) de la CIDN implica: “el niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia”.

En el fuero penal juvenil provincial se violenta la garantía del doble conforme especializado, pues los magistrados que componen las Salas de la Cámara Penal revisan los actos del sistema penal juvenil sin tener la capacitación y la formación necesarias. No se trata de una cuestión de “hecho” a analizar en el caso si tal juez de Cámara tenía o no preparación en la temática penal juvenil, es una cuestión formal y constitucional de idoneidad en la materia.

Resulta ilógico y carente de fundamentos que la especialidad que preserva el artículo 40.3 de la CIDN haya sido consagrada hacia una tutela jurisdiccional restringida (es decir sólo para la primera instancia) dejando de lado una tutela amplia (es decir sobre una primera y segunda instancia).

El hecho de que el Decreto-Ley 22.278 permanezca vigente no puede constituir un obstáculo insalvable para adecuar las prácticas a las exigencias constitucionales, a la Convención de los Derechos del Niño y a los demás tratados incorporados al ordenamiento normativo nacional.

4. Bibliografía

GARCÍA MÉNDEZ, E. (1994): “Derechos de la infancia y adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral”. Edición Forum Pactis. Bogotá, Colombia.

LEGISLACION CONSULTADA

Ley N° 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño Sancionada: Septiembre 27 de 1990
Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990

Ley N° 26.061 Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
Sancionada: 28 de septiembre de 2005 Promulgada de hecho: 21 de octubre de 2005
Publicada en B.O.: 26 de octubre de 2005, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar>

Ley 340 Código Civil Argentino, 25 de Septiembre de 1869 Sin fecha, 25 de Septiembre de
1869 Derogada

Ley 22278 - Régimen Penal de la Minoridad. Promulgada el 25/08/80. Publicada en el B. O.:
28/08/80. Publicada en el B. O.: 28/08/80 Modificada por la ley 22803, promulgada el
5/5/83 disponible en <http://www.saij.gob.ar>

Ley 26.579. Mayoría de Edad a los 18 años. Modifica Código Civil Sancionada: Diciembre 2
de 2009 Promulgada: Diciembre 21 de 2009 Publicada en el B.O. 22/12/09

Código Civil y Comercial de Argentina aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre
de 2014, mediante la ley N° 26 994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en
el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año. El Código entró en vigor el 1 de agosto
de 2015

Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas en la resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985