



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera Abogacía

La Responsabilidad Penal Juvenil:
Aspectos cruciales

N° 485

Julieta Piccolomini

Tutor: Miguel Ángel Arce Aggeo

Departamento de Investigaciones
2010

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

Índice

I- Marco Teórico	5
II- Anexo: Ley 22.278	7
III- Planteo del problema	10
IV- Introducción	11
V- Desarrollo del tema	11
VI- Parte Procesal Penal.....	11
- Sistemas de control estatal	11
- ¿Proceso íntegramente penal o sistema mixto?.....	13
- Prisionización de menores	15
- Análisis de la prisionización como efecto culminante del proceso.....	17
VII- Parte Penal.....	24
1) Imputabilidad.....	24
- Sistema de imputación.....	25
- Límite mínimo de imputabilidad	27
- Aciertos y desaciertos de la legislación actual.....	31
- Doctrina de la situación irregular.....	33
- Análisis de la personalidad psicológica del menor delincuente	34
- Características psicopatológicas del menor delincuente	37
2) Punibilidad	38
- Sistema de penas	38
- Diferentes tipos de sanciones	39
VIII- Conclusiones.....	42

Área Temática General.

El tema a investigar se encuentra inmerso dentro del Derecho de Menores entendido como la rama general del derecho público, de carácter esencialmente tutelar, que regula las relaciones jurídicas entre el Estado en el ejercicio del patronato, y las personas menores de edad como sujetos centrales de su protección y más precisamente, dentro de éste, se circunscribe al Derecho Penal de Menores.

Área Específica.

Régimen Penal aplicable a los menores.

Objetivos Generales.

- I. Determinar de qué manera debe resolverse la situación jurídica de un menor de edad que ha cometido un delito penal.
- II. Analizar el régimen normativo vigente en la actualidad y confrontarlo con la Constitución y los Tratados Internacionales para evaluar su constitucionalidad.

Objetivos Específicos.

- I. Estudiar las distintas causas que pueden inducir al menor a ser autor de delitos penales.
- II. Fijar cuál es el límite mínimo de imputabilidad penal.
- III. Analizar las características del régimen penal de menores vigente, así como también los posibles efectos y repercusiones que podría aparejar una reforma del mismo.
- IV. Establecer las distintas soluciones represivas y preventivas a corto, mediano y largo plazo.

Precisiones terminológicas.

- Menor: en el marco de este trabajo, se entenderá por menor a todo ser humano menor de 18 años de edad. (Art. 1 CDN)
- Menor delincuyente: con dicha mención se hará referencia a aquel menor de edad que haya cometido un hecho ilícito penal, sin hacer alusión a ningún tipo de prejuzgamiento sobre el mismo al llamarlo como tal.

Marco Teórico.

La evolución argentina en la materia comienza con el Código Penal de 1921, donde dentro del Título sobre imputabilidad se incluyó el tratamiento legislativo de los menores. Allí se eximía de pena a los menores de 14 años y se los sometía a un régimen tutelar hasta los 18 años, el cual era prorrogable según las circunstancias del caso y la efectividad en su concesión, hasta la edad de 21 años.

La segunda etapa nace con la sanción de la ley N° 14.394, del año 1954, que sustrae a los menores del ordenamiento penal común u ordinario e instaura un régimen propio de contenido tutelar. A su vez, dicha ley fue reformada posteriormente, en el año 1976, por la ley N° 21.338, dictada en una época en que nuestro país atravesaba una situación política muy particular, y que significó un aseveramiento en la configuración del régimen penal de menores, ampliando rigurosamente el campo de imputabilidad y acentuando la impronta preventivo- represiva.

Consecutivamente, en el año 1980 se sancionó la ley N° 22.278, que mantiene los lineamientos y parámetros de las anteriores leyes (14.394 y 21.338), pero modificando la edad de punibilidad que establecían las mismas.

La ley 22.278 elevó la edad de punibilidad de los 14 a los 16 años de edad.

Esta ley establece el régimen penal de minoridad vigente actualmente, enumerando los criterios de punibilidad de los menores y configurando que son inimputables los menores de 16 años de edad, y también lo son los menores de entre 16 y 18 años de edad respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, o reprimida con multa o inhabilitación.¹

En los Artículos 1 y 2 de la ley 22.278 se establecen los siguientes tres niveles de imputabilidad, a saber:

- 1) Menor no punible: son todas aquellas personas que no hayan cumplido los 16 años de edad, y los menores de 18 años respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, o pena de multa o inhabilitación.
- 2) Menor punible de sanción eventual: aquellos menores que tengan entre 16 y 18 años de edad, y que cometan delitos que no sean de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad menor de dos años, de multa o inhabilitación.
- 3) Menor plenamente punible con tratamiento de detención especial: son aquellas personas mayores que tienen entre 18 y 21 años de edad. Estos son imputables respecto de la comisión de todos los delitos tipificados pero su condena debe llevarse a cabo en institutos especializados hasta los 21 años. Si transcurrida esa edad la condena aún no se cumplió en su totalidad, la misma debe continuar en las cárceles comunes.

El menor entre 18 y 21 años de edad que delinque durante este lapso es total y plenamente responsable de sus actos, quedando equiparado e igualado en cuanto a su tratamiento a los mayores de edad, salvo en cuanto a la condena que en caso de establecerse, se llevará a cabo en instituciones especiales hasta que alcancen la edad de 21 años.

También se establece que cuando los jueces sobresean o absuelvan a un menor de 18 años, o cuando actúen en un proceso en que el mismo ha sido víctima de un delito, podrán disponer de él por un tiempo indeterminado hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro.

Tanto las penas privativas de la libertad, como las internaciones preventivas de menores ordenadas por disposición judicial, se harán efectivas en institutos especializados al respecto, y si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, los menores condenados cumplirán el resto de la condena en los establecimientos para adultos.²

Posteriormente la ley fue modificada en el año 1983 a través de la ley 22.803, siendo éste el régimen que se encuentra en vigencia hoy en día y el cual será investigado en este trabajo.

Cabe resaltar que la ley 23.264 realizó una mínima reforma al Art. 7 de la ley N° 22.278 (con su respectiva modificación), el cual ha quedado redactado actualmente de la siguiente manera: "*Art. 7.- (Texto según ley 23.264, Art. 20). Respecto de los padres, tutores o guardadores de los menores a que se refieren los Arts. 1 y 2, el juez podrá declarar la privación de la patria potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere*".

Asimismo, es de suma importancia señalar que en la actualidad conforme a la reforma del Código Civil realizada por la ley 26.579, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años (Art. 126 del Código citado). Por lo tanto esta normativa penal debe ser adaptada a la legislación civil actual, Art. 5 de la ley 26.579, el cual establece lo siguiente: **ARTICULO 5°** - "Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los DIECIOCHO (18) años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los VEINTIUN (21) años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta".

Para concluir podemos decir, que tal cual lo expresa Zulita Fellini "la realidad ha demostrado la necesidad de modificar el régimen de menores, orientándolo hacia la concepción que reconoce en el menor de

¹ Artículo 1° Ley 22.278, según Ley 22.803.

² Artículo 6° Ley 22.278.

edad a un sujeto de derechos, merecedor de consideraciones especiales por encontrarse en un proceso de la vida que debe preservarse, en salvaguarda no sólo de sus propios derechos, sino de los intereses de la sociedad que ellos deben integrar y protagonizar”.³

Anexo: Ley 22.278 (modificada por la ley 22.803).

RÉGIMEN PENAL DE MENORES.-

Promulgada el 25/8/1980; Publicada el 28/8/1980.

“Art. 1. – (Texto según ley 22.803, Art. 1). No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

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

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

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

De lo citado

se desprende que nuestro sistema penal establece tres niveles de imputabilidad, a saber:

- 1) Menor no punible: son todas aquellas personas que no hayan cumplido los 16 años de edad, y los menores de 18 años respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, o pena de multa o inhabilitación.
- 2) Menor punible de sanción eventual: aquellos menores que tengan entre 16 y 18 años de edad, y que cometan delitos que no sean de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad menor de dos años, de multa o inhabilitación.
- 3) Menor plenamente punible con tratamiento de detención especial: son aquellas personas mayores que tienen entre 18 y 21 años de edad. Estos son imputables respecto de la comisión de todos los delitos tipificados pero su condena debe llevarse a cabo en institutos especializados hasta los 21 años. Si transcurrida esa edad la condena aún no se cumplió totalmente, la misma debe continuar en las cárceles normales.

“Art. 2. – (Texto según ley 22.803, Art. 2). Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el Art. 1.

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

“Art. 3. – La disposición determinará:

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;

³ Zulita Fellini, Derecho Penal de Menores, Editorial AD-HOC, Primera Edición, 1996, Buenos Aires, Argentina, Página. 43.

b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de Cualquiera las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;

c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

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.”

“Art. 3 bis. – (Incorporado por ley 23.742, Art. 1). En jurisdicción nacional la autoridad técnico-administrativa con competencia en el ejercicio del patronato de menores se encargará de las internaciones que por aplicación de los Arts. 1 y 3 deben disponer los jueces.

En su caso, motivadamente, los jueces podrán ordenar las internaciones en otras instituciones públicas o privadas.”

“Art. 4. – La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el Art. 2 estará supeditada a los siguientes requisitos:

- 1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.
- 2) Que haya cumplido dieciocho años de edad.
- 3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

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

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del Inc. 2.”

“Art. 5.– Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad.

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

“Art. 6. – Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.”

“Art. 7. – (Texto según ley 23264, Art. 20). Respecto de los padres, tutores o guardadores de los menores a que se refieren los Arts. 1 y 2, el juez podrá declarar la privación de la patria potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere.”

“Art. 8. – Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del Inc. 3 del Art. 4 se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndoselo complementar con una amplia información sobre su conducta.

Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido.

“Art. 9. – Las normas precedentes se aplicarán aun cuando el menor fuere emancipado.”

“Art. 10. – La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el Art. 6.”

“Art. 11. – Para el cumplimiento de las medidas tutelares las autoridades judiciales de cualquier jurisdicción de la República prestarán la colaboración que se les solicite por otro tribunal y aceptarán la delegación que circunstancialmente se les haga de las respectivas funciones.”

“Art. 12. – Deróganse los Arts. 1 a 13 de la ley 14.394 y el Art. 3 de la ley 21.338.”

Anexo: Normas del Código Procesal Penal de la Nación.

CAPITULO II

Juicio de menores

Regla general

Art. 410. - En las causas seguidas contra menores de dieciocho (18) años se procederá conforme a las disposiciones comunes de este Código, salvo las que se establecen en este capítulo.

Detención y alojamiento

Art. 411. - La detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones.

En tales casos el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de 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.

Toda medida a su respecto se adoptará previo dictamen del asesor de menores.

Medidas tutelares

Art. 412. - El tribunal evitará, en lo posible, la presencia del menor en los actos de la instrucción y observará lo dispuesto a su respecto en el artículo 76.

Podrá disponer provisionalmente de todo menor sometido a su competencia entregándolo para el cuidado y educación a sus padres o a otra persona o institución que, por sus antecedentes y condiciones, ofrezca garantías morales, previa información sumaria, audiencia de los interesados y dictamen del asesor de menores.

En tales casos, el tribunal podrá designar un delegado para que ejerza la protección y vigilancia directa del menor y periódicamente le informe sobre la conducta y condiciones de vida de aquél.

Normas para el debate

Art. 413. - Además de las comunes, durante el debate se observarán las siguientes reglas:

1°) El debate se realizará a puertas cerradas, pudiendo asistir solamente el fiscal y las otras partes, sus defensores, los padres, el tutor o guardador del menor y las personas que tengan interés legítimo en presenciarlo.

2°) El imputado sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible y será alejado de él en cuanto se cumpla el objeto de su presencia.

3°) *El asesor de menores deberá asistir al debate bajo pena de nulidad y tendrá las facultades atribuidas al defensor aun cuando el imputado tuviere patrocinio privado.*

4°) *El tribunal podrá oír a los padres, al tutor o al guardador del menor, a los maestros, patronos o superiores que éste tenga o hubiera tenido y a las autoridades tutelares que puedan suministrar datos que permitan apreciar su personalidad. Estas declaraciones podrán suplirse por la lectura de sus informes.*

Se cumplirá además con lo dispuesto a su respecto en el artículo 78.

Reposición

Art. 414. - De oficio, o a petición de parte, el tribunal podrá reponer las medidas de seguridad y educación adoptadas con respecto al menor. A tal efecto se podrá practicar la información sumaria conveniente y deberá oírse en audiencia a los interesados antes de dictar la resolución.

Planteo del Problema.

La comisión de hechos delictivos por adolescentes y jóvenes es un tema que preocupa y alarma cada vez más a todos los integrantes de la sociedad. Quién no se pregunta hoy en día por qué aumenta cada vez más la cantidad y la violencia en los delitos cometidos por menores y por qué no se establecen soluciones concretas y efectivas para detener este acelerado avance.

Constituye una cuestión muy controvertida estudiada por diversas disciplinas, como son la psicología, la sociología, la política, la criminología y el derecho, tratando cada una de ellas de explicar el fenómeno desde su punto de vista y su metodología de investigación, pero brindando pocas respuestas eficaces al conflicto.

Es así que en torno al debate sobre la manera en que los menores deben ser juzgados y sancionados cuando cometen delitos, se sostienen infinidad de opiniones que acarrear un subjetivismo evidente y por lo tanto, en la mayoría de los casos, no permiten estudiar la cuestión en forma racional y objetiva.

El siguiente trabajo pretende encarar esta problemática desde una doble visión: la primera es aquella temática circunscripta al Derecho Procesal Penal, donde el conflicto a resolver radica en estudiar el procedimiento actual vigente para luego contrastarlo con otros modelos y establecer cuál sería el más adecuado para aplicarle a un menor delincuente. La solución debemos hallarla evaluando la finalidad de la pena establecida a un menor que delinque, y en base a ello estipular el tipo de proceso que debe transitar el mismo, cuya culminación será totalmente diferente si el objetivo que se persigue es represor y punitivo, o si por el contrario se busca establecer una medida tutelar, tuitiva y protectora como última consecuencia del proceso.

El segundo punto de análisis que se llevará a cabo en este trabajo se enfocará desde la óptica del Derecho Penal con la finalidad de establecer una solución o conclusión adecuada que responda a la problemática de cómo se crea la imagen del menor "delincuente" en base a diferentes criterios objetivos y subjetivos que sirven para caracterizarlo junto con el análisis de la imputabilidad y la construcción de un concepto acertado de la misma a los efectos de establecer su funcionamiento respecto de los menores.

Consecuentemente podemos afirmar la existencia de dos sistemas opuestos entre sí que sirven para determinar el momento en que el hombre se encuentra dotado o adquiere el discernimiento. Uno de ellos es rígido y presupone la existencia de una edad a partir de la cual el acto se reputa como voluntario solamente por el acaecimiento de un hecho natural como es adquirir una determinada edad. El otro sistema es flexible, exigiendo una cierta actividad de conocimiento del sujeto, un juicio de discernimiento para evaluar la voluntariedad del acto realizado. "Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, como el derecho Civil y el Penal adoptan el sistema rígido, en cuanto a la consideración de un estadio privilegiado

en las relaciones jurídicas referidas al plexo de garantías que rodean los derechos”.⁴ Finalmente se puede apreciar que una conciliación entre ambos sistemas conjugaría un buen parámetro a la hora de someter a un menor al juzgamiento del hecho cometido.

Queda así planteado el problema que acarrea la responsabilidad de un menor delincuente por la comisión de un hecho ilícito, razón por la cual seguidamente se procederá a establecer las posibles soluciones efectivas para erradicar o por lo menos reducir el mismo.

Introducción.

El desarrollo del siguiente trabajo tendrá como punto de partida el análisis de la materia Procesal Penal sobre la problemática de los menores. Inicialmente se hará una referencia a los sistemas de control estatal, dentro de los cuales el menor comienza a asociarse e interactuar con el medio que lo rodea, pudiendo tomar conocimiento de cuáles son las conductas que debe llevar a cabo y a su vez, cuál es la consecuencia de un comportamiento contrario a dichas conductas estipuladas. Posteriormente, se analizará la conveniencia del sometimiento del menor a un proceso íntegramente penal o la aplicación de soluciones ajenas a un sistema jurídico de enjuiciamiento para la resolución del conflicto. Y como corolario de lo anteriormente expuesto se procederá al estudio de la prisionización, sus efectos, fines y consecuencias de su aplicación a los menores. A tal efecto se realizará un exhaustivo examen del caso “Maldonado”, que ha sentado las bases fundamentales sobre la posibilidad de aplicar una pena de prisión perpetua a los menores a nivel nacional.

En cuanto a la parte sustancial o de fondo, el análisis se subdividirá en dos apartados. Por un lado se estudiará la imputabilidad, y dentro de ella el concepto de culpabilidad, el sistema de imputación vigente y el tan candente cuestionamiento acerca del límite mínimo de edad de imputabilidad aplicable a los menores. Asimismo se hará referencia a la legislación actual, estableciéndose una crítica de la misma en comparación con los Tratados Internacionales y sentando las bases constitucionales que se desprenden de la aplicación de los mismos y de las doctrinas aplicables al caso.

Por otro lado, se examinará la problemática de la punibilidad de los menores haciendo referencia a los sistemas de penas, sanciones y tratamientos aplicables a los mismos.

Desarrollo del tema.

Parte Procesal Penal.

1) Sistemas de control estatal.

Inicialmente podemos afirmar que el sistema penal constituye el conjunto de relaciones sociales que representa lo cotidiano de cada sociedad, en cuanto a la cultura, pensamiento, ideología o política. Es un sistema de control y como tal regulador del orden social, el cual está ligado a las relaciones de fuerza existentes en una sociedad y a la amenaza y ejercicio de la violencia para el caso de incumplimiento de las mismas leyes que tienen como punto de partida y a su vez como último y único objetivo la paz social. Por lo cual se puede afirmar que el derecho y la paz, como aspiración o componentes de tal orden conviven en situación inestable debido a las violaciones al derecho y la violencia para imponerlo, siendo ésta la gran meta u objetivo de los sistemas de control operantes en una sociedad.

El concepto de control social constituye el sinónimo de conductas acorde con el interés común y de autocontrol sobre uno mismo, respondiendo a la pregunta de cuáles son los elementos positivos y negativos que mantienen una sociedad en equilibrio y estabilidad.

⁴ Raffo, Héctor Ángel, “Menores infractores y libertad asistida”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Año 2000. Página 47.

No sólo se pueden encontrar sistemas de control dentro del ámbito penal, sino que también se incluyen los mismos dentro de otras ciencias, como es la criminología, la cual circunscribe y focaliza su estudio en el tema de la prevención delictual, es decir, en la órbita anterior a la comisión del hecho, y no una vez que éste se ha generado, ya que en dicho momento es cuando se pone en funcionamiento el sistema y control penal, que tiende a fijar formas de reacción frente a la desviación social ya materializada en el hecho delictual.

Con respecto al control social, la criminología procura analizar desde diferentes perspectivas (funcionales y estructurales) las instancias encargadas de reaccionar socialmente contra la desviación y la delincuencia. El mismo se divide en dos tipos:

1. Control social informal: es aquel ejercido por la sociedad, por los padres y por las personas que nos rodean.
2. Control social formal: constituido por las leyes y normas que rigen la convivencia.

Es importante señalar que mientras la criminología clásica se ocupa de hallar el modo de optimizar los mecanismos de control social, la criminología crítica explora la incidencia en grupos humanos de tales instancias de control, como factor criminógeno. De este último análisis, es que surge la nueva criminología o también llamada crítica o radical, la cual desatiende por completo los factores endógenos y exógenos relacionados con la conducta criminal y desviada; dándole mayor importancia al papel de las instituciones del gobierno y su incidencia en el control del crimen.

En criminología, se denomina control social a la influencia que ejercen determinados elementos que componen una sociedad y en la forma de comportarse de sus asociados. Así por ejemplo, si un ser humano nace y crece solitario, sin relaciones intergrupales, no tendrá controladores sociales, por lo que en relación a una cultura determinada, éste será desviado, pues no se comportará como el resto de las personas. Pero un ser humano que nace y se desarrolla en un ámbito familiar, obviamente adoptará como propias las formas de comportamiento de los demás miembros de la familia y si no las adopta en su totalidad, orientará su comportamiento al menos a una forma determinada o teniendo un patrón que le sirva de guía. Posteriormente a la familia, el siguiente controlador social lo encontramos en la escuela ya que la influencia que ejerce la misma sobre los niños y la forma en que son tratados y educados, orientará su conducta hacia una determinada cultura. De esta manera, los principales controles sociales que analiza la criminología son la familia, la escuela, la iglesia y el gobierno, pero los mismos no son excluyentes ni taxativos, sino que existen muchos más como pueden ser la moda, la música, las series de televisión, entre otros.

Para concluir el tema, podemos decir que como bien se ha especificado anteriormente, dentro de los tipos de controles estudiados por la criminología podemos encontrar dos clases diferentes: el informal y el formal. El primero de ellos centra su estudio en la órbita extrajurídica del menor, entendiéndose por tal a la familia, el colegio, las instituciones, el trabajo, la sociedad, las amistades, que actúan como organismos de formación general de la personalidad del mismo, siendo a su vez quienes imprimen en él las primeras pautas de conducta y comportamientos adecuados. En algunos de ellos interviene el Estado indirectamente, como sería en el caso de la escuela, donde él mismo se encarga de velar por la educación y la formación integral de dichos menores. Si estos controles informales fracasan, o mejor dicho, cuando los mismos se están llevando a cabo pero no producen los efectos esperados y queridos debido a que la respuesta del receptor es negativa, entra en funcionamiento el control formal, donde actúa en forma total y completa el Estado, sus dependencias y entes descentralizados, para realizar la tarea que no ha podido cumplimentarse por medio de las vías anteriormente mencionadas. Este tipo de control se hace efectivo por medio de la policía, la fuerza pública, el sistema penal en cuanto ordenamiento jurídico efectivamente organizado y el sistema carcelario. Dichas instituciones y organismos efectivizan el control social que no ha podido concluirse en los estadios iniciales y puede adoptar tanto medidas de represión, como de protección, asilo o cuidado, según el régimen jurídico vigente al cual deben someterse y adaptarse.

No puede perderse de vista, que el derecho penal, en cuanto parte integrante del control social, debe considerarse como la continuación de este conjunto de instituciones públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, entre otros), cuya tarea principal consiste tanto en socializar como en educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas básicas de comportamiento y conducta.

Asimismo, podemos afirmar que a través del tiempo “se han manifestado diversos modelos de tutela y control estatal desde donde es posible intervenir y enfocar el sistema de reacción. Básicamente los podemos agrupar en: un modelo de Bienestar, que tiene como principal finalidad la contemplación íntegra de instrumentos de amparo, defensa y ayuda que exceden, claro está, el marco de conductas delictivas. Un modelo de Justicia que responde similarmente al de adultos, priorizando el respeto de las garantías individuales en el proceso penal y en la ley de fondo, con elementos diferenciales. Un tercer modelo, denominado de Defensa Social; derivación de la colocación en el área institucional de una nueva población que no ha incurrido en actos previstos en la ley penal, pero asimilables a ellos, y de una población que si realizó esos hechos. El mismo presenta como rasgo determinante, la falta de respuestas efectivas para la situación del menor, ya que el acento se pone en el interés proteccional de la sociedad, confinando a los menores a instituciones cerradas, desmereciendo la efectividad de tratamientos alternativos”⁵. Como podemos advertir, cada sistema adopta una política que actúa como base partidaria, respondiendo y funcionando acorde a sus lineamientos, objetivos y necesidades.

Pero no podemos dejar de advertir que, si el fin principal del derecho es el orden social, el fin del derecho penal no puede escapar de él en lo absoluto, y siempre dentro de una finalidad más específica aún: la de evitar la comisión de delitos, siendo dicho fin perseguido a su vez por la criminología, como se mencionó anteriormente. En este ámbito es precisamente donde comienzan a concebirse las doctrinas “preventivas”, tanto de prevención genérica como específica que han recibido la influencia de la política criminal orientada a evitar la producción de delitos, y que con respecto a los menores sólo puede hacerse efectiva a través de los medios de formación y aprendizaje: hogar, escuela, medios masivos de comunicación y cualquier otro instituto de control no formal.

Cuando se dice que el derecho penal cumple también su misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, se quiere hacer referencia al deber funcional de esta rama del derecho, es decir, contribuir a superar el caos social a y contener la desviación de los eventuales infractores, por medio de una amenaza de limitación de su libertad. En cuanto a la prevención aplicable al campo de los menores se puede advertir que la misma no será una cuestión sencilla, donde deba implementarse determinada opción o decisión, sino que por el contrario se debe proceder a la observación y por sobre todas las cosas al pleno conocimiento del menor, de su mundo, de la adopción de principios morales rectores, pero no en forma tan genérica, sino –y aunque parezca de difícil aplicación, pero no por ello imposible– en grupos más limitados donde se encuentren características y circunstancias similares, en base al delito cometido por el cual se lo responsabiliza para así puntualizar su problemática específica y concretamente para lograr actuar de forma eficaz y rápida sobre el mismo.

Así las cosas, el planteo principal radica en preguntarnos porqué las políticas preventivas generales no son eficaces y en el hipotético caso que estas fracasen, qué procedimiento o proceso penal es adecuado implementar respecto de los menores delincuentes.

Como corolario de lo expuesto podemos concluir con la opinión del Dr. Pedro R. David, que respecto del tema pregona que es necesario *“sujetar las políticas de prevención dentro de un orden de prioridades técnicas que respondan a las demandas y exigencias reales de la sociedad, a los objetivos históricos del Estado, y a las tendencias profundas del crecimiento que reclaman un cuerpo social robusto y vigoroso”*.⁶

2) ¿Proceso íntegramente penal o sistema mixto?

La controversia que suscita el tema de la imputabilidad de los menores, constituye una problemática de índole social e institucional subyacente que poco a poco fue adquiriendo los caracteres de un asunto de orden público debido a los grandes intereses que apareja. Frente al mismo, se advierten distintas posturas que pregonan pareceres totalmente diferenciados y contradictorios: así, “desde hace ya mucho tiempo se vienen escuchando voces que no se cansan de “victimizar” a los menores que delinquen, y

⁵ Artículo: “Análisis del control formal e informal de la conducta antisocial del menor”, María Fernanda López Puleio, (publicado en la Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Guatemala, 1991).

⁶ Pedro R. David, Sociología Criminal Juvenil, Sexta Edición Actualizada. Editorial LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2003.- Página 31.

desde no hace menos tiempo también se vienen alzando voces que, por el contrario, proclaman “mano dura” para con los mismos”.⁷

Podemos apreciar que dichas posturas se encuentran actualmente enfrentadas, existiendo teorías que manifiestan una adhesión íntegra al sistema penal y otras que por el contrario, flexibilizan la cuestión, aportando soluciones al conflicto ajenas a un sistema jurídico de enjuiciamiento. Una de ellas, es sostenida por la autora Mary Beloff, la cual expresa que “cuando hablamos de un sistema de responsabilidad penal juvenil estamos hablando de algo que nada tiene que ver con el “bien” ni con “hacer el bien”. Hay que asumir que estos sistemas de responsabilidad son sistemas penales, y como tales, implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Es de suma importancia reconocer que este sistema se encuentra dentro del orden de ideas en que opera el sistema penal, de otro modo, se lo descontextualizaría como se hacía en el viejo modelo tutelar”.⁸

Sin descartar esta opinión, que refleja una postura muy arraigada en la sociedad, se alzan los partidarios del sistema proteccionista considerando que la represión pierde su razón de ser cuando se pretende imponerla a quien el propio ordenamiento jurídico considera un ser necesitado de protección, tutela y cuidado debido a su inmadurez biológica y social, la cual acarrea una ineptitud para una cabal y correcta comprensión del hecho considerado ilícito por la ley penal.

Tal cual se evidencia en la realidad cotidiana, la problemática de los delitos cometidos por los jóvenes, es un tema que preocupa y alarma a toda la sociedad en general. Es por ello que me parece acertado buscar una solución desde la óptica del derecho, independientemente de que diferentes disciplinas estudien dicho conflicto. Entendido el mismo como un mecanismo de regulación, seguridad y control social (conforme se expresó anteriormente) podemos afirmar que es esta disciplina la que debe aportar soluciones razonables, justas y equitativas frente a la conflictividad que plantea el tema. Asimismo se puede apreciar la necesidad y exigencia social de una política preventiva que sirva y actúe como el ámbito dentro del cual todos los ciudadanos puedan aportar ideas y soluciones al conflicto que aqueja. Por ello, una vez que se encuentran determinadas las causas específicas del delito y sus consecuencias fácticas, no hay mejor solución aplicable al mismo que la creación de este tipo de medios preventivos para disminuirlo en la realidad. “Así la política criminal se constituye también en la oportunidad de que el derecho se consagre como un catalizador de transformaciones sociales, en tanto éste tiene a su cargo establecer las estrategias destinadas a dar respuestas reales a las demandas de la sociedad toda, compatibilizando todos los intereses que se encuentran en pugna dentro de la comunidad”.⁹

Creo por ello mismo, que es necesario decidir finalmente las bases aplicables al procedimiento, conforme con la finalidad perseguida, para dar una culminación eficaz al problema, planteando por un lado la necesidad de encarar la responsabilidad penal de los menores desde el ámbito de un proceso penal, ya que de no ser así se desvirtuaría la esencia de la intervención judicial frente a la delincuencia juvenil; pero a la vez replantear las bases prácticas de dicho proceso desde una concepción mixta con la intervención de otras áreas de conocimiento, donde no se busque solamente la represión o castigo de los menores “delincuentes”, sino que se fijen diferentes medidas que realmente ayuden a la educación y corrección de las conductas desviadas para promover una eficiente reinserción social de los mismos.

Consecuentemente se puede afirmar que es evidente que la entrada en vigencia de un nuevo sistema procesal penal implica profundas transformaciones de las estructuras presentes, debido al choque producido entre lo nuevo y lo viejo, la desconfianza y la resistencia que reflejan las dificultades para afrontar el cambio impuesto. Por ello mismo, un sistema penal, para ser o mostrarse como confiable y veraz debe mantener un cierto grado de coherencia interna si quiere alcanzar el objetivo que se propone.

Según una clasificación usada por Hulsman (1975) la noción de sistema penal contiene tres dimensiones básicas:

⁷ Castro Sabrina, en Trabajo Final de Carrera: “Delincuencia Juvenil: La necesidad de replantear los fundamentos de la inimputabilidad de los Menores”, Universidad de Belgrano, (Año sin editar).-

⁸ Beloff Mary, en Artículo sobre Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos, Buenos Aires, Año 2009, Página 5 (<http://ajunaf.com.ar/aportes>) y reflexiones nacionales derecho sub1 archivo 004.pdf.

⁹ Pedro R. David, Sociología Criminal Juvenil, Sexta Edición Actualizada. Editorial LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2003.- Página 33.-

- 1) *La ley penal, conjunto de textos normativos, doctrina e ideas;*
- 2) *La existencia y funcionamiento de cierto número de instituciones públicas unidas por relaciones recíprocas. Entre éstas, algunas se ocupan de los casos particulares definidos como delitos, tales como la policía, la justicia del menor, los institutos penitenciarios; otras se ocupan sobre todo de la elaboración de las políticas judiciales generales, ya sea a nivel de la producción legislativa como de la organización de las instituciones;*
- 3) *Una dimensión de naturaleza psicológica¹⁰.*

Por lo tanto, el sistema de la justicia penal del menor está provisto de un alto nivel de complejidad porque se compone y se constituye a través de la interacción de organismos judiciales, servicios sociales en varios niveles y la intervención de la policía, los cuales interactúan entre sí de manera coordinada y estructurada.

A su vez, no se puede dejar de mencionar, por más evidente que resulte, que el proceso penal es ante todo una garantía para la persona a través de una actividad tendiente a verificar si un determinado imputado es culpable del hecho que se le atribuye, y por ello mismo, el proceso penal de menores representa además, guste o no, el lugar de comprobación de las características y problemáticas personales del joven ingresado en el sistema penal, en función de la mejor decisión y de la actividad de resocialización que se lleve a cabo en base al reflejo de la personalidad exhibida.

Aunque de lo expuesto pareciera desprenderse que se propone la modificación de un derecho penal de hecho por uno de autor, esta afirmación no es correcta, ya que de ese modo lo único que se lograría es etiquetar a una persona como imputado marcando un hecho en su historia individual y social, aislándolo en el tiempo y con la consecuencia de hasta llegar a transformar al sujeto en algo que anteriormente no era. Por ello debemos preguntarnos cuál es la influencia que tiene la personalidad del sujeto imputado, para evaluar si es relevante a los fines del proceso o si solamente cumple un papel netamente secundario. Respecto de la intervención que debe llevarse a cabo con los menores en proceso de evolución, puede decirse que la misma debe ser flexible y orientada en relación con el estado de desarrollo biopsicológico del individuo, no olvidando que el proceso se encuentra dentro de la órbita penal pero teniendo en cuenta a su vez otros parámetros para el juzgamiento.

Mediante lo expuesto se aprecia que frente a la normativa existente en el tema con respecto al proceso penal “se debe propugnar, más que una reforma radical del sistema, la reformulación de prácticas rutinariamente seguidas aplicando sobre todo una nueva mentalidad frente al conflicto, ya que no hay programas intrínsecamente buenos o malos en sí; todo depende del contexto y de las condiciones de su aplicación”¹¹ y por ello no se debe insistir constantemente sólo en la necesidad de una legislación adecuada, sino sobre todo en prácticas adecuadas.

3) Prisionización de menores.

El tema de la aplicación de medidas restrictivas de la libertad a los menores debe analizarse desde la etapa del procesamiento por un lado, es decir, a lo largo del transcurso del proceso en el cual resulta imputado, y por otra parte, una vez que éste ha concluido, debe apreciarse la conveniencia y/o adecuación o no de imponerle dichas sanciones o medidas al menor como consecuencia de la culminación del mismo.

Dentro de la primer etapa de las enunciadas se puede afirmar, tal cual lo describe el académico Maier, que es importante dejar en claro que una de las características principales de las medidas de coerción durante el proceso es que no son un fin en sí mismas, sino sólo un medio para asegurar los fines del proceso¹².

Para nuestro derecho constitucional el imputado de un delito debe permanecer en libertad durante la tramitación del proceso, garantizándose todos los derechos que le corresponden.

¹⁰ Palomba Federico, “El sistema del nuevo proceso penal del menor”, 1º Edición, mayo de 2004, Buenos Aires, Argentina. Pagina 45.

¹¹ Pedro R. David, Sociología Criminal Juvenil, Sexta Edición Actualizada. Editorial LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2003. Página 189.

¹² Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal. Fundamentos, T. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, Página 510 y ss.

Por eso, inicialmente debemos excluir la posibilidad de dictar una orden de detención sobre un menor de 16 años, conforme a que éste es el límite cronológico a partir del cual se establece la edad de punibilidad según los parámetros expresados por la ley. Pero a su vez ello no excluye que por ejemplo, en los casos de flagrancia, un efectivo policial proceda a la detención y/o aprehensión por razones de urgencia colocando al niño inmediatamente a disposición de la autoridad judicial interviniente, quien, examinando la legalidad de la medida y comprobando la edad del joven, ordenará su inmediata libertad en caso de así corresponder o por el contrario, determinará la continuación de la medida aplicada.

El principio rector en la materia determina que los adolescentes que oscilan entre los 16 y los 18 años deben permanecer en libertad durante la tramitación del proceso ya que su restricción debe utilizarse como último recurso o asimismo, cuando se verifiquen motivos fundados para presumir que no se cumplirá la orden de la justicia o se intentará obstaculizar la acción o la producción de pruebas.

Por lo tanto, sólo es constitucionalmente válido restringir la libertad de un imputado, tanto sea mayor o menor de 18 años, toda vez que todos son iguales ante la ley, cuando exista una probabilidad cierta de la obstaculización del proceso, la falsificación de pruebas, o la posibilidad de su incomparecencia.

Citando a Maier nuevamente en el tema se puede inferir que sólo cuando la libertad del imputado ponga en peligro la realización del proceso o la aplicación de la ley sustantiva es pertinente la aplicación de la medida. Y esto se da cuando el imputado obstaculice el proceso, falsifique pruebas, no comparezca, de modo que, se eluda tanto el proceso como paso previo y la sentencia como solución final del mismo.

Así lo dispone el Art. 37 Inc. B) de la Convención de los Derechos del Niño, cuando prevé que: "Los Estados parte velarán porque: ...b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La sentencia, 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".

Un sistema de responsabilidad penal juvenil debe estructurarse sobre la base de los principios de intervención mínima y subsidiariedad, donde la privación de la libertad debe ser la excepción y se aplicará eventualmente en casos de delitos muy graves, siendo a su vez limitada en el tiempo y de breve duración.

Durante el proceso la restricción de la libertad del imputado, es sin lugar a dudas, la medida más gravosa, por eso es necesario buscarle límites. El acusado, aún cuando no se haya probado su culpabilidad, es privado de su libertad ambulatoria, afectando la presunción de inocencia de la que goza cada ciudadano. Así, en base a lo expuesto, serán requisitos básicos para su imposición que exista la sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible y una alta probabilidad de que el imputado haya participado en su comisión y asimismo, que exista la presunción cierta de que no se someterá a proceso e intentará eludir el accionar de la justicia, obstaculizando su labor, intentando destruir, falsear o modificar pruebas. De esta forma podemos afirmar que las medidas coercitivas se identifican con la búsqueda de la verdad y el aseguramiento de la aplicación de la ley sustantiva, adquiriendo una dimensión preponderante la garantía del debido proceso; por ello, cualquier intromisión en la esfera de los derechos y libertades de un imputado debe estar autorizada por la ley como requisito ineludible para su imposición.

La necesidad de la medida dispuesta estará relacionada con los fines perseguidos por el procedimiento de responsabilidad penal juvenil de intervención mínima o de aplicación de la medida menos gravosa o de subsidiariedad, debiendo siempre ponderarse si la limitación a los derechos ocasionada guarda una relación proporcionada con el interés protegido o resguardado.

Así, las Reglas de Beijing, en relación con la privación de la libertad como medida cautelar ha sentado un criterio que juzgo correcto, estableciendo que:

- 13.1) Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.
- 13.2) Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.
- 13.3) Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstas en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.
- 13.4) Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados de los establecimientos en que haya detenidos

adultos. 13.5) Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia (social, educacional, profesional, psicológica, médica y física) que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

Con relación a la privación de la libertad ordenada como pena, las Reglas establecen:

Principios rectores de la sentencia y la resolución: 17.1)...b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

En las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, se define a la privación de la libertad como toda forma de detención o encarcelamiento público o privado donde no se permita salir al menor por su propia voluntad, la que deberá aplicarse como una medida de último recurso y por el período mínimo necesario, limitada a casos excepcionales.

Así, mediante esta exposición hemos advertido claramente, cuáles son las condiciones y requisitos para que la prisión preventiva sea aplicable a un menor delincuente.

4) Análisis de la prisionización como efecto culminante del proceso.

Haciendo ahora hincapié en la aplicación de penas privativas de libertad como consecuencia de la culminación del proceso, es decir existiendo una sentencia firme que condene al menor que ha sido el sujeto juzgado, y condenado a dicha sanción, resulta imprescindible referirse en este apartado al emblemático fallo "Maldonado" dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual por primera vez se trató y analizó el debatido y controvertido tema de la prisión relativa a los menores que son condenados en un proceso llevado a cabo con todas las rigurosidades y formalidades que establece el ordenamiento jurídico.

En este caso el El Tribunal de Menores N° 2 con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de catorce años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad (Artículos 12, 45, 55, 166 Inc. 2° y 80 Inc. 7° del Código Penal, y 4 de la Ley N° 22.278 y sus modificatorias, en función de la Ley N° 23.849). Contra dicho fallo, el Fiscal General interpuso recurso de casación por entender que se había efectuado una errónea interpretación del Art. 4° de la Ley N° 22.278.

Consiguientemente, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal (queja mediante), decidió casar la sentencia y condenar al nombrado a la pena de prisión perpetua, en calidad de coautor de los delitos señalados. Interpretó que el Tribunal de juicio había individualizado la pena sin razón suficiente y con argumentos contradictorios en cuanto al resultado del tratamiento tuitivo aplicado a Maldonado. A su vez, juzgó que las constancias de la causa acreditan el fracaso de ese tratamiento y que la peligrosidad exhibida por el nombrado tanto en el hecho de autos como en los que le son imputados en otro proceso, determinaban que no correspondía la reducción de pena que prevé el Artículo 4° de la Ley N° 22.278; razón por la cual se decidió aplicar la pena que establece el Artículo 80 inciso 7° del Código Penal, (sanción privativa de la libertad), la cual había sido requerida por el Ministerio Público Fiscal.

La Cámara desestimó, además, el planteo de la inconstitucionalidad de la prisión perpetua a menores de dieciocho años de edad que había alegado la defensa oficial, con remisión a precedentes de otra sala de ese mismo Tribunal.

Contra ese pronunciamiento la Defensora Oficial interpuso recurso extraordinario, el que, al ser rechazado, motivó la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por lo tanto el caso constituye cuestión federal bastante y suficiente como para habilitar la vía del Art. 14 de la ley N° 48 ya que se encuentra en discusión el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño como pauta interpretativa del régimen legal de aplicación de penas a menores, y la decisión del a quo ha sido contraria a la pretensión de la apelante.

Los agravios cuestionan la constitucionalidad de la pena aplicada a Maldonado, ya que debido a su gravedad es considerada como violatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, como así también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, instrumentos comprendidos en el Artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional. De ese modo, se sostiene que se han dejado de lado los Artículos 3º y 37 inciso “b” de la citada Convención, en tanto pregonan el “interés superior del niño” y que la pena de prisión se utilizará “tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Asimismo invoca arbitrariedad en el fallo, al haberse interpretado que la posibilidad de excarcelación que requiere el Artículo 37 inciso “a” de la Convención sobre los Derechos del Niño para que pueda aplicarse la prisión perpetua, es asimilable a la libertad condicional, pues entiende que las diferencias entre ambos institutos impiden arribar a esa conclusión. Agregó que la posibilidad de acceder, luego de doce años de ejecución de la pena, al período de prueba previo a la incorporación al régimen de semilibertad (conforme Artículos 17 de la Ley Nº 24.660 y 27 del Decreto Nº 396/99 de Poder Ejecutivo), tampoco se adecua a ese mandato de origen convencional.

Además, la defensa considera que lo resuelto compromete la presunción de inocencia por haberse tenido en cuenta el juicio de peligrosidad como fundamento de la prisión perpetua y la existencia de un segundo proceso penal contra Maldonado sin que mediara sentencia firme a su respecto. Por último, alega también que se ha incurrido en arbitrariedad al desconocer el Artículo 4º de la Ley Nº 22.278, por haber aplicado aquella pena sin cumplir con el conocimiento personal del imputado que esa norma exige.

En cuanto al menor imputado, autor del crimen, puede señalarse que nació el 14 de abril de 1981, fue juzgado por los delitos de robo con armas y homicidio calificado cometidos el 28 de febrero de 1998 -cuando contaba con dieciséis años y diez meses de edad- declarado coautor penalmente responsable el 5 de mayo de 2000 -cuando tenía diecinueve años y se hallaba bajo tratamiento tutelar- y condenado por el Tribunal Oral de Menores el 5 de noviembre de 2002 -cuando ya había cumplido veintiún años. Aduce la defensora que el caso en análisis amerita cuestión federal suficiente (Art. 14 Inc. 3º, de la Ley Nº 48) para habilitar la vía que se pretende, ya que el planteo se dirige a revisar el quantum de la pena aplicada, la cual debe fundarse en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos pero que, según su evaluación, fue determinada prescindiendo de ellos conforme surge de la decisión contraria dictada.

A pesar del planteo del a quo que indica que lo vinculado con la individualización de la pena constituye un aspecto ajeno al remedio extraordinario por ser materia propia de los jueces de la causa, se ha sostenido que el máximo tribunal de justicia debe proceder a la evaluación del caso ya que no se deben inspeccionar en esta instancia los criterios con que los jueces han mensurado la sanción, sino la razonabilidad en la aplicación de aquellos instrumentos internacionales concernientes al tema en cuestión.

Si bien no ha sido cuestionada la validez constitucional de la facultad que el Artículo 4º reconoce a los jueces para aplicar o no la reducción de la pena del modo previsto para la tentativa, la recurrente ha postulado que en virtud de la primacía que cabe asignar a la Convención sobre los Derechos del Niño, esa potestad judicial ha devenido en un mandato constitucional a partir del cual la aplicación de la escala penal reducida resulta imperativa. Es por ello, que objeta el criterio judicial adoptado al haberse interpretado esa norma de modo opuesto a su pretensión e intereses.

Por lo tanto, al margen de los posibles efectos de la Convención sobre la pena aplicable, habrá de analizarse si la interpretación que de dicho instrumento se ha efectuado en la sentencia Apelada, se ajusta a las “condiciones de su vigencia” que prevé el Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Al ingresar al tratamiento de los agravios planteados, la defensa se refiere al término “tortura” para indicar que la prisión perpetua aplicada a su asistido constituye un acto cruel, inhumano y degradante de los que veda el Artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Pero el mismo texto del artículo permite desvirtuar esa presunción ya que prevé que “no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. En virtud de ello, en modo alguno puede admitirse el planteo de la recurrente en cuanto a que la sanción penal aplicada a Maldonado pueda encuadrar en ese concepto pues, pese a su firme discrepancia con el quantum fijado, la solución adoptada ha sido el resultado de un proceso seguido en forma legal y legítima.

También puede desprenderse como conclusión que la aplicación de una pena como la que judicialmente ha sido fijada no contradice el Artículo 37, inciso "a" primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto postula que los Estados parte velarán por que "ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

Tal es así, que a continuación esa misma norma admite la aplicación de prisión perpetua bajo la condición que exista la posibilidad de excarcelación, lo cual permite afirmar que dentro del sistema de ese instrumento internacional se trata de institutos diversos que resultan compatibles. Es que sería una verdadera incongruencia suponer que aquello que su segunda parte autoriza (prisión perpetua con posible excarcelación) pueda ser comprendido por la prohibición que establece el párrafo anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe advertir que este cuestionamiento se ha fundado especialmente en la condición de menor que Maldonado registraba al momento de los hechos por los que ha sido condenado, con sustento en los principios de "Interés superior del niño" y de uso de la pena privativa de libertad "como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda", que han sido consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño en sus Artículos 3º y 37, inciso B.

Al respecto, es necesario puntualizar que en consonancia con esos elevados criterios y también con los que surgen del Artículo 40 incisos 3º y 4º, de la citada convención (referidos a otras pautas a tener en cuenta en materia de legislación, alojamiento y tratamientos alternativos), en el ámbito del derecho interno argentino rige la Ley Nº 22.278, reguladora del régimen penal de menores y en cuya virtud se ha juzgado y condenado a Maldonado, que establece la punibilidad a partir de los dieciséis años, aunque entre esa edad y los dieciocho años contempla que sólo sean punibles quienes incurran en delitos de acción pública cuya pena supere los dos años de prisión, pues cuando no exceda ese umbral o tengan pena de multa o inhabilitación, se ha previsto su disposición judicial provisoria y eventualmente, tanto el estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales, como su disposición definitiva, la cual puede cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluir de pleno derecho cuando alcance la mayoría de edad (conforme Artículos 1º a 3º).

Asimismo, para la imposición de pena privativa de libertad, es requisito -entre otros- que el menor haya cumplido dieciocho años de edad e inclusive se prevé que el tribunal, luego de evaluar las modalidades del hecho, los antecedentes del imputado, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida, puede decidir que no es necesario aplicar sanción y absolver o, en caso contrario, condenar según la escala penal del respectivo delito, hallándose facultado -como se ha dicho- a reducirla en la forma prevista para la tentativa (Artículo 4º).

Como surge claramente de lo anterior, el régimen vigente en la República Argentina atiende a los aludidos principios de aplicación de la pena privativa de libertad como último recurso y del interés superior del niño, pues el Estado ha abdicado de perseguir penalmente a los menores de dieciséis años y lo hace de modo limitado entre esa edad y los dieciocho años. A la vez, se ha privilegiado el tratamiento tutelar en todos los casos y ningún menor puede ser penado antes de cumplir dieciocho años, lo que va más allá del marco de aquella Convención, bajo cuyo régimen podría pensarse incluso antes de esa edad (conforme Artículo 40, Inc. 3º, ap. "a", de la convención sobre Derechos del Niño).

En coincidencia con ello, estimo oportuno señalar que en la Opinión Consultiva Nº 17/2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a la participación del niño en los procesos judiciales o administrativos, mencionó que el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de dieciocho años, entre las cuales hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos dentro de aquel concepto. También destacó que "la capacidad de un niño de diez años, obviamente no es igual a la de un adolescente de dieciséis años", por lo que debe matizarse razonablemente el alcance de la intervención del niño en los procedimientos. Tal ha sido, precisamente, el espíritu de la Ley Nº 22.278 al establecer aquel umbral de punibilidad y el régimen reseñado.

Circunscribiéndonos nuevamente al caso en estudio, vemos que aún cuando esos fines son los que han inspirado nuestra legislación, su resultado constituye siempre una contingencia incierta y el "no esperado fracaso" del tratamiento tutelar aplicable al joven Maldonado, proceso que el propio Tribunal de

mérito había calificado como “prometedor”, no ha dejado otra alternativa que la sanción penal fijada por el Tribunal de Casación interviniente en el caso.

Fijada la conclusión anterior, corresponde analizar ahora si el Régimen Penal de Menores vigente, al que confluyen las mencionadas normas de derecho internacional y de derecho interno, permite la aplicación de la prisión perpetua o si, como lo postula la recurrente, su reducción según la escala de la tentativa (Artículo 4° de la Ley N° 22.278) resulta un imperativo constitucional.

En tal sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe en su Artículo 37, inciso “a”, segundo párrafo, que “no se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años”. La redacción de la norma es clara en cuanto a que lo único prohibido es la pena de muerte y la prisión perpetua sin esa posibilidad.

En el ámbito interno, dada la prisión perpetua a la que ha sido condenado Maldonado, esa posibilidad de excarcelación existe -bajo la forma de libertad condicional- luego de cumplir veinte años de condena (conforme Artículo 13 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma introducida recientemente por la Ley N° 25.892). De tal modo, debe concluirse que la ley penal argentina aplicada al caso se ajusta objetivamente a las condiciones que fija aquella Convención.

A fin de interpretar esa norma del instrumento internacional, es pertinente acudir a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada a nivel nacional por ley 19.865 cuyo Artículo 31, inciso 1°, prevé que las menciones empleadas y aplicables deberán interpretarse “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Por lo tanto, al resultar del propio texto del citado Artículo 37 que la aplicación de la prisión perpetua, con ese límite, es admitida respecto de menores, corresponde concluir que la sanción fijada por el a quo en virtud del Artículo 4° de la Ley N° 22.278, no se opone a ese régimen.

En abono de lo anterior, estimo de utilidad hacer referencia a que en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo se encuentra expresamente vedada la aplicación de la pena de muerte a los menores de dieciocho años de edad (Artículo 4.5), sin que se prevean restricciones sobre la prisión perpetua a su respecto. Análoga previsión contienen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 6.5) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Artículo 17.2).

A todo evento, no se deja de advertir que el plazo de veinte años que prevé el Artículo 13 del Código Penal puede parecer prolongado y, por lo tanto, opuesto al “Interés superior del niño” y al criterio que recomienda la prisión “durante el período más breve que proceda” (Artículos 3° y 37, inciso “b”, de la citada Convención).

Pero para determinar el alcance de esos conceptos, también debe señalarse que ese propio instrumento internacional admite la posibilidad de aplicar prisión perpetua. Al tratarse de una pena fija que por definición nunca podrá ser considerada “breve”, es razonable interpretar que esa sanción ha sido contemplada para supuestos de extrema gravedad en los cuales no resulta aplicable otra menos severa y por lo tanto es aplicable la misma.

Por lo demás y en cuanto al alcance de la fórmula “durante el período más breve que proceda”, considero útil mencionar que en este último instrumento internacional, también específico en materia de administración de la justicia de menores e invocado por la recurrente, se contempla que la respuesta que se dé al delito será proporcionada no sólo a sus circunstancias y gravedad, “sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”; y que la privación de libertad personal solo se impondrá “en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada”.

En este sentido, debe observarse que los hechos por los que ha sido condenado el menor Maldonado en estos autos (homicidio criminis causae y robo con uso de armas), aún sin tomar en cuenta los delitos que se le imputan en el otro proceso que se le sigue (tentativa de homicidio calificado reiterado, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa y resistencia a la autoridad), exhiben relevancia a

aquellos fines, tanto por su gravedad y violencia como por su repercusión en materia de seguridad y tranquilidad pública.

Adviértase que la pauta de la gravedad de los hechos también es habitual en el ámbito de los instrumentos de derechos humanos para ceñir interpretaciones que puedan limitar los derechos en ellos reconocidos. Así se observa que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego de establecer que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, admite para los países que no la han abolido, la posibilidad de imponer pena de muerte aunque sólo “por los delitos más graves” (Artículo 4.2). Asimismo, el Artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una previsión similar al respecto.

De la inteligencia hasta aquí desarrollada surge que, en definitiva, “la mayor brevedad posible” que se postula en el instrumento internacional de menores no impone per se la inconstitucionalidad de la aplicación a su respecto de la prisión perpetua pues, bajo cierta condición (posibilidad de excarcelación), se trata de una pena que la propia Convención autoriza para supuestos de gravedad y sin perjuicio de la vigencia del “Interés superior del niño”.

Asimismo es posible sostener que ese interés debe interpretarse según las circunstancias de cada caso; y la gravedad de los hechos analizados brinda razonable sustento al criterio adoptado por el a quo. Por lo tanto, considero que la facultad judicial que autoriza el Artículo 4º de la Ley Nº 22.278 no se opone a las pautas que se han reseñado, pues en virtud de ella el Tribunal competente dispone de una herramienta legal que le permite, con mayor amplitud que para los adultos, adecuar la reacción estatal -si es que se la juzga necesaria- según los principios que rigen específicamente en materia de menores.

Frente a tal conclusión, que reconoce sustento en los instrumentos internacionales citados y en la interpretación que de ellos han hecho los órganos de ese mismo carácter, carecen de relevancia las demás opiniones que invoca la defensa en la medida que no ha demostrado que éstas hayan alcanzado, dentro del ámbito de aplicación de los Derechos Humanos, el consenso necesario para modificar las condiciones actuales de su vigencia en lo que aquí interesa.

La recurrente también se ha agravado por considerar arbitraria la sentencia, pues a su criterio la libertad condicional que regula la ley penal argentina para los condenados a prisión perpetua, no satisface la “posibilidad de excarcelación” que exige el citado Artículo 37, inciso “a”, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Fundó su objeción en que mientras ésta comporta un dispositivo más flexible en manos del juez encargado del caso y ligado “a la ideología del tratamiento integral”, aquélla remite al otorgamiento de un beneficio cuya concesión depende del cumplimiento de condiciones impuestas por el Servicio Penitenciario Federal, organismo concebido como una fuerza de seguridad cuya estructura no observa los métodos y recursos que el tratamiento del menor delincuente requiere según los estándares internacionales. Agregó que aún cuando la libertad condicional es otorgada por un juez, la misma se encuentra condicionada y sujeta de cierto modo a los informes del personal penitenciario y su concesión es restrictiva en los casos de prisión perpetua, lo cual, según su criterio, concurre a su descalificación en el marco de la citada Convención.

Sin perjuicio del carácter dogmático de esa afirmación, el Procurador General de la Nación estimó pertinente señalar que el distingo que se esfuerza en realizar la recurrente entre ambos institutos resulta insustancial a la luz del texto del Artículo 37, inciso “a”, de aquel instrumento. En efecto, en su opinión no es posible sostener que la utilización del vocablo “excarcelación” remita inexcusablemente el régimen específico que bajo esa denominación regula el Código Procesal Penal de la Nación en sus Artículos 316 y siguientes y, a la vez, excluya el que se prevé en los Artículos 13 y concordantes del Código Penal. Así lo considera pues aquel término debe ser entendido como la posibilidad de recuperar la libertad en forma anticipada al agotamiento de la condena, cualquiera sea el instituto a través del cual el derecho interno lo regule.

Esta conclusión se sustenta en que al no preverse en nuestro derecho interno que un condenado por sentencia firme pueda ser “excarcelado”, de seguirse el criterio gramatical de la defensa, la libertad de un menor condenado -tanto a prisión perpetua como a una pena temporal- importaría una sofisticada cuestión de hermenéutica jurídica, incompatible tanto con aquella clara pauta cuanto con la inmediatez que merece una decisión de esa naturaleza.

Tal asimilación también surge claramente del texto de las Reglas de Beijing, cuyo Artículo 28.1 alude a que la autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.

Con las consideraciones que anteceden, cabe concluir que la posibilidad de aplicar a Maldonado el régimen de libertad condicional de los Artículos 13 y siguientes del Código Penal, satisface plenamente la “posibilidad de excarcelación” que exige el Artículo 37, inciso “a”, de la Convención de los Derechos del Niño.

Con respecto a la aplicación de la Ley N° 24.660, no obstante lo alegado por la defensa, puede sostenerse que la ejecución de la pena está sometida al permanente control judicial, que debe garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y de los tratados internacionales ratificados por la República Argentina (Artículo 3°), y la eventual aplicación del régimen de semilibertad que establece su Artículo 17.I.b) armoniza con las limitaciones al confinamiento en establecimientos penitenciarios que, “en la medida de lo posible” y “por el plazo más breve posible” aconsejan los Artículos 18.1 y 19.1 de las Reglas de Beijing.

Estas circunstancias se juzgaron alcanzadas, en primer lugar, por el Artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que garantiza el derecho a un Tribunal imparcial e independiente e incluye el procedimiento de apelación y de determinación de la sentencia. Por ello, *podemos afirmar que aquí la pena ha sido fijada por el Poder Judicial con observancia de las garantías del debido proceso y defensa en juicio, y cuya sentencia de primer grado fue recurrible ante un Tribunal superior. A su vez, cabe destacar que sobre esos aspectos no han existido agravios de la defensa*

Resta considerar el agravio sobre la valoración que en orden al juicio de peligrosidad, efectuó el a quo respecto de otro proceso que se sigue a Maldonado por hechos cometidos en ocasión de una de las salidas periódicas a las que había sido autorizado durante el tratamiento tutelar aplicado en la causa que viene condenado.

La recurrente cuestiona ese temperamento por entender que afecta el principio de inocencia e importa la creación de la categoría de “semi-inocente” o “cuasi-culpable”, ajena tanto al Artículo 18 de la Constitución Nacional como a los Tratados de Derechos Humanos.

Del propio fallo surge el alcance exacto que, dentro del juicio de peligrosidad de Maldonado, se asignó a ese segundo proceso en trámite. En el caso de autos, pese a la presunción (de raigambre constitucional) de inocencia que opera a favor de todo imputado, ha quedado de manifiesto “el desprecio por la vida propia y la ajena con tal de lograr su objetivo ilícito y, al propio tiempo, resguardar su libertad e impunidad”, condiciones que había exhibido la conducta del nombrado en los hechos por los que ha sido juzgado en estos autos y que fueron valorados por el a quo como muestra “elocuente y contundente” a aquellos fines.

Estimo relevante mencionar que esas actuaciones también habían sido consideradas -incluso de modo adverso a su pupilo- por la defensa de Maldonado, para descartar la procedencia de la absolución que autoriza el Artículo 4° de la Ley N° 22.278 y admitir una condena reducida ante el “sorpresivo fracaso” del esfuerzo realizado para “lograr su reinserción social”.

Asimismo, ese segundo proceso también fue aludido en la sentencia del Tribunal de Menores, en el recurso del representante del Ministerio Público y en la resolución del a quo que hizo lugar a la queja por denegación del recurso de Casación deducido por el fiscal general.

Lo expuesto permite afirmar que aún cuando la referencia a esa causa no era extraña a la discusión, su mención en el fallo apelado fue sobreabundante e incluso ociosa, pues -como se dijo- ya los hechos de autos se juzgaron como prueba “elocuente” de la peligrosidad de Maldonado y, por lo tanto, careció de efectos concretos al momento de la decisión, máxime al tratarse de una pena fija como la del Artículo 80 del Código de fondo. En tal sentido advierte, que de las dos especies de pena previstas en esa norma, el tribunal no solo optó por la menos grave, sino que tampoco aplicó la reclusión por tiempo indeterminado que allí se autoriza.

A tal punto llega esa ambigüedad, que así como el a quo aludió a ese proceso con el alcance descripto, el Tribunal Oral también lo hizo al tiempo de individualizar la pena de catorce años de prisión que, cabe recordar, fue consentida por la parte recurrente.

De lo anterior surge con claridad que el agravio analizado no guarda relación directa con la supuesta cuestión federal que bajo la invocación de la presunción de inocencia se pretende someter a decisión de la Corte, lo cual determina su improcedencia con arreglo a la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso de autos.

Por último, en cuanto a la alegada infracción al Artículo 4º de la Ley N° 22.278 en que habría incurrido la Cámara al casar la sentencia sin celebrar la audiencia de visu allí prevista y al ser dicho aspecto un agravio meramente formal desde que no se han indicado los perjuicios que tal omisión en esa instancia podría haber generado a los derechos de Maldonado, como así tampoco su incidencia para una solución distinta a la adoptada se procedió inevitablemente a su desestimación lisa y llana. A ello cabe agregar, que en la presentación ante el a quo en la etapa prevista por los Artículos 465 y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, la asistencia técnica tampoco puso énfasis en la necesidad de la entrevista personal que ahora se reclama. Más aún, allí sostuvo que la Cámara de Casación no podía revisar el monto de la condena pretendido por el Ministerio Público Fiscal porque “el legislador ha priorizado en el Artículo 4º del régimen minoril, el conocimiento personal del imputado al que arriba el juzgador y dentro de ese contexto se considera que solo él se encuentra en condiciones de valorar la personalidad del autor del hecho”. La entidad de esa afirmación, permite concluir que esta objeción, recién planteada en el remedio federal, ha sido producto de una reflexión tardía que también obsta a su procedencia.

Al finalizar esta presentación, estimo necesario recordar que según el delicado mandato fijado por el Artículo 120 de la Constitución Nacional, no sólo corresponde al Ministerio Público la defensa de la legalidad, especialmente relacionada aquí con la interpretación de los Instrumentos Internacionales aplicables, sino también velar por los intereses generales de la sociedad.

Como conclusión de lo desarrollado anteriormente, el Procurador General consideró que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe hacer lugar a la queja y declarar formalmente procedente el recurso extraordinario por considerar que la sentencia constituye materia de apelación federal.

Consecuentemente, del análisis del caso abordado por nuestro máximo Tribunal de Justicia y de su correspondiente resolución, se derivan como conclusiones ineludibles, que:

- a) La pena de prisión perpetua a menores no constituye una tortura ni un trato cruel inhumano o degradante;
- b) Esa sanción no se opone al texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia;
- c) La libertad anticipada que regula el Artículo 13 del Código Penal cumple con el requisito de “posibilidad de excarcelación” que exige el Artículo 37, inciso “a”, de la citada Convención;
- d) El régimen penal de menores establecido por Ley N° 22.278, también se ajusta a los criterios de ese instrumento internacional;
- e) La reducción de la pena que autoriza el Artículo 4º de esa ley, continúa siendo una discrecionalidad y/o facultad conferida a los jueces de la causa.

Quedan de este modo establecidos los parámetros aplicables en cuanto a la procedencia o no de la pena de prisión perpetua a los menores de edad como consecuencia o resultado de la culminación del proceso penal, y en consonancia con la aplicación de las normas internacionales vigentes en la materia a la luz del derecho interno.

Parte Penal.

1) Imputabilidad.

Debate acerca de la imputabilidad y culpabilidad de menores.

Para comenzar el análisis de este apartado se debe proceder a establecer un concepto de imputabilidad, ya que debido a la disparidad y divergencia de definiciones no existe en nuestro ordenamiento jurídico una precisión concreta de la misma, o una referencia específica a dicho concepto que prevalezca y sea utilizado en forma uniforme por la doctrina.

Así, Zulita Fellini señala que se alude a ella en el Título V del Código Penal donde se afirma que “se trata de la posibilidad de imputar una pena a alguien. Hacer una imputación es en este sentido decidir una consecuencia jurídica respecto de la acción del sujeto”.¹³

Como primera aproximación del concepto, se puede decir que para que una acción sea imputable a un sujeto debe configurar un acto típico (tipificado por la ley como delito), antijurídico (sancionado por el ordenamiento jurídico), culpable (atribuible al sujeto a través de algún factor de atribución, ya sea el dolo o la culpa) y punible (reprimida con una pena privativa de la libertad, inhabilitación, multa o con algún otro tipo de sanción o medida).

Como primera aproximación al tema, se puede sostener que doctrinariamente se establece que la imputabilidad no se relaciona únicamente con el desarrollo de la inteligencia del ser humano, sino que “es necesario sobre todo que se cumpla o por lo menos progrese el proceso de formación ética del individuo, siendo menester que la persona haya alcanzado una edad en la que esté en condiciones no sólo de entender aquello que hace, sino también de evaluar adecuadamente los motivos de la voluntad, el carácter moral y las consecuencias de los hechos”.¹⁴

A su vez es necesario determinar la correspondencia que apareja el concepto de imputabilidad relacionado precisamente con el de culpabilidad, ya que muchas veces ambos tienden a ocasionar confusión. En doctrina nacional, se considera a la imputabilidad como presupuesto o elemento de la culpabilidad, tal cual lo afirma Soler al decir que la imputabilidad es el conjunto de condiciones que el sujeto debe reunir para responder penalmente de su acción, condiciones que son fijadas por el derecho. Establece a su vez que las causas de inimputabilidad son de dos clases: A) por inmadurez o B) por insuficiencia o alteración morbosa de las facultades o inconsciencia.¹⁵

En analogía con dicha definición se encuentra la postura de Zaffaroni, para quien la imputabilidad es la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel de análisis en que se halla la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad del hecho realizado.¹⁶

El delito como tal se encuentra ubicado dentro del cuadro de la responsabilidad subjetiva y por ello debe definirse la imputabilidad circunscripta a esta afirmación. Así podemos decir que la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad y en consecuencia el paso que abre la puerta para el juicio de reproche. Por lo tanto, la falta de imputabilidad impide reprochar.

Tal cual se ha mencionado anteriormente, el concepto genérico del que se parte es el de responsabilidad como elemento básico subjetivo, como “obligación moral que resulta para uno, el posible yerro en caso o asunto determinado”.¹⁷

Como expresa Viñas: “en términos generalmente aceptables, se ha afirmado que la madurez responsable existe cuando el menor sabe que hace algo prohibido y que pudo evitarlo”.¹⁸

¹³ Zulita Fellini, *Derecho Penal de Menores*, Editorial AD-HOC, Primera Edición, 1996, Buenos Aires, Argentina, Página 55.

¹⁴ Palomba Federico, “El sistema del nuevo proceso penal del menor”, 1º Edición, mayo de 2004, Buenos Aires, Argentina.

¹⁵ Soler Sebastián, “Derecho Penal argentino”, T. 2 Pág. 19, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1970.

¹⁶ Zaffaroni Eugenio R. “Tratado de derecho penal, parte general” T. IV, Pág. 109, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985.

¹⁷ Diccionario Enciclopédico, Lexis 22, T. 18.

¹⁸ Viñas, Raúl Horacio, “Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores” Editorial Ediar, Año 1984, Pág. 292.

Entonces, llevada al plano jurídico, esa responsabilidad se traduce como capacidad de culpabilidad. Y por culpabilidad entendemos el estado anímico del autor con referencia a su hecho, sobre el que se formula el juicio de reproche jurídico.¹⁹

Por lo cual, la base para la aplicación de la sanción es la imputabilidad, la cual, parte de considerar la responsabilidad de todos, concebidos como seres responsables de nuestros actos, libres de asumir una u otra conducta y responder por ella conforme el ordenamiento jurídico lo establezca. 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. *Se puede concluir por tanto que la imputabilidad es aquel factor que determina la aptitud o capacidad personal para comprender lo injusto o antijurídico del hecho y así poder dirigir la acción a un determinado fin en cada caso en particular, siendo un concepto de base psicológica del cual se derivan los de responsabilidad y culpabilidad.*

Este principio de culpabilidad significa “que la pena criminal sólo debe fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor. Del principio de culpabilidad se desprende, en primer lugar, que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quién actúa sin culpabilidad (exclusión de la responsabilidad por el resultado) y, en segundo lugar, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (medición de la pena dentro del marco máximo de la culpabilidad).

El derecho penal de culpabilidad debe completarse, para mayor garantía, con el concepto de “culpabilidad por el hecho”, que es el único respetuoso de los derechos humanos. Entendemos por culpabilidad por el hecho aquél principio que se opone a la “culpabilidad de autor”, lo que significa que no deberá considerarse otra cosa que el hecho delictivo.

Sistema de imputación.

Retomando los conceptos antes desarrollados y como introducción al análisis de este apartado puede establecerse como punto de partida que la realidad psíquica de un individuo no se agota en sus capacidades cognoscitivas y volitivas, y por consiguiente, mucho menos puede afirmarse que la madurez psicológica se adquiere a la misma edad en todos los casos. El parámetro para medir el desarrollo mental de un joven no puede ser el grado de madurez de un adulto, sino precisamente el de otro joven de su edad, pues sólo en relación con sus pares podría efectuarse una comparación para establecer si un niño es o no maduro. Por ello, no se trata de que el menor de 18 años sea inmaduro por tener dicha edad, sino que puede serlo si su desarrollo no se corresponde con su edad.

Desde el punto de vista estrictamente psicológico, J. Piaget señala que la maduración no finaliza a los quince o dieciséis años, ya que ello depende de los distintos medios sociales y de las experiencias adquiridas.²⁰ Por eso mismo, muchas veces se caracteriza a la etapa de la adolescencia como netamente psicológica, de cambios estructurales tanto en lo psíquico como en lo físico. Pero a esto debe sumarse, no con menos importancia, el aporte brindado por la sociología, debido a que esta misma etapa se encuentra totalmente marcada por la vida en relación que establece quien la esté transitando. Y esos pasos que se realizan en dicha etapa son una de las bases fundamentales para lograr la formación y la adquisición de una personalidad determinada en cuanto a la interacción y sociabilidad con los otros, y con el mundo nuevo que poco a poco empieza a aparecer en escena.

En esta misma línea de ideas, la adolescencia ha sido categorizada, en gran medida, como una etapa sociológica más que psicológica. La misma denota un estadio relativo cuya duración y características dependerán especialmente del medio en el cual se desarrolla. Un análisis sociológico de la adolescencia de los últimos años permitirá encontrar adolescentes muy dispares: desde el joven “transitorio”, rápidamente insertado por la crudeza del trabajo en el mundo adulto; hasta el “marginal”, “delincuencial” o “asocial”, sin expectativas en su entorno, pasando por el adolescente “formal” de corte intelectual.²¹ Dichas clasifi-

¹⁹ Creus, Carlos “Derecho Penal, Parte Especial” Tomo I, 6° edición actualizada y ampliada, 1° reimpresión, Editorial Astrea, Pág. 238.

²⁰ Piaget, J. “Psicología y Psicopedagogía”, Barcelona, Editorial Ariel, Año 1971, 2° Edición, Página 48.

²¹ Kaplan Louise J. “Adolescencia, el adiós a la infancia”, Edit. Paidós; Págs. 23 y siguientes.

caciones son consecuencias directas y previstas como resultado de la formación, educación y relaciones adquiridas por el menor durante el paso de la niñez a la adolescencia y de ésta última a la adultez.

Algunos partidarios del sistema proteccionista consideran que la represión pierde toda razón de ser cuando se pretende imponerla a quien el propio ordenamiento considera un ser necesitado de protección a causa de su inmadurez biológica y social, lo cual conllevaría una ineptitud para una cabal y completa comprensión del hecho considerado ilícito por la ley penal. Así, D'Antonio sostiene que: "Resultaría una abierta e inaceptable incongruencia que el propio régimen normativo que consagra la incapacidad de comprensión del menor le impusiera reproches penales por el accionar previsto legalmente como delito".²² De este fragmento se desprende que los elementos e instituciones de protección jurídica del menor, tienen como fundamento su condición de ser en formación, cuyo incompleto desarrollo requiere algún tipo de resguardo por parte de otros responsables directos o por medio de la intervención concurrente o supletoria de los organismos del Estado señalados y encargados de tal fin.

Teniendo en cuenta el aporte de dichas ciencias, podemos aportar una doctrina esencialmente jurídica al respecto, la cual es pregonada por Roxin²³, quien sostiene que la experiencia de vida enseña que los niños mayores, la mayoría de las veces, saben perfectamente que determinados hechos (lastimar a alguien, hurtar, romper cosas), no están permitidos; con lo cual, en varios casos los menores están en situación de poderse motivar por las prohibiciones, de modo que por esta misma razón es que se debería afianzar su culpabilidad en estos casos en los que prevalece una total y completa comprensión del acto dañino y lesivo a los intereses sociales. Y más precisamente cuando el menor tuvo la posibilidad de evaluar y poder discernir sobre la conducta a realizar, actuando en el caso con voluntad, libertad y decisión propia e independiente.

Si nos detenemos en dicha posición, podemos observar que se debería enjuiciar la capacidad concreta de comprensión y de acción de un joven para un determinado hecho debiéndose excluir la posibilidad de determinar una imputabilidad general. Por lo tanto, no creo que sea adecuado fundamentar la inimputabilidad de los menores, a partir de una supuesta incapacidad de comprensión o de determinación por inmadurez psicológica. Dicha fórmula, además de constituir una gran ficción que no brinda resultados prácticos y concretos en la realidad, posee la tendencia de plantear un cierto menoscabo respecto de los menores inimputables al considerarlos incapaces o carentes de conciencia para con sus acciones, negándoles su autonomía como personas.

Así las cosas, lo que debería proponerse en cambio, es una reformulación del concepto de imputabilidad a partir de la consideración del individuo como un sujeto dotado de derechos. lo cual apareja la capacidad para recibir la imposición de obligaciones y las eventuales sanciones en caso de su incumplimiento.

La imputabilidad, como juicio sobre un sujeto y sus actos, tiene que partir del principio político jurídico (y no de las ciencias naturales), de que el menor también es persona y éstas son iguales no sólo en dignidad sino también en derechos, y no sólo en derechos sino también en cuanto a las obligaciones. Y precisamente, el reconocimiento de los menores como actores jurídicos apareja la consecuencia de hacerlos responsables de sus propios hechos y acciones.

Asimismo, como corolario del análisis anteriormente realizado, puede concluirse afirmando que una vez que un menor de edad haya realizado una acción calificada como delito, debe procederse a investigar si en el caso en particular, en base a las cualidades psíquicas y psicológicas que presenta, capacidad de comprensión y libertad de actuación, el menor ha podido identificar que la conducta realizada conformaba un hecho antijurídico y aún así, dirigir su voluntad hacia dicho fin, para luego hacerlo responsable del mismo e imputarle dicha conducta a través de un factor de atribución, sin prescindir del límite de edad aplicable en ese momento conforme la legislación vigente.

Por el contrario, el hecho de marcarlo o caracterizarlo de irresponsable no sólo consigue que el menor no pueda reconocer y adquirir su propia responsabilidad sino que afianza y consolida esta visión, hasta llegar a la aceptación de la misma como parte de su propia identidad. Así, si el menor se autodefine como

²² D'Antonio, Daniel Hugo, "Derecho de Menores", Editorial Astrea, T. 1, Año 1999, Buenos Aires, Página 115.

²³ <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/04/00380-problemas-fundamentales-de-politica-criminal-y-derecho-penal-claus-roxin-y-otros.html>

irresponsable, porque así lo establece la normativa legal, probablemente continuará actuando como si realmente lo fuera, evidenciándose de este modo su identidad desviada.

Para concluir podemos afirmar que se trata de un problema fundamentalmente de valoración, ya que la imputabilidad, no es una característica de la acción, sino un requisito que se le impone al agente para que pueda responder por el hecho cometido.

Desde este punto de vista habrá que reconocer que la principal función de la inimputabilidad es la de excluir la pena criminal, pero no necesariamente la responsabilidad penal, la cual sigue existiendo, debido a que si bien en algunos casos el Estado renuncia a la pena, reacciona frente a la conducta del inimputable, pero con otra clase de sanciones penales, diferentes a las previstas para los imputables.

Por ello mismo, tanto los imputables como los inimputables son pasibles de ser responsables, pero que quede claro que la exigibilidad social de comportamiento es distinta en cada caso. Así las cosas se encuentran reguladas en la normativa penal actual.

Límite mínimo de imputabilidad.

- *Debate en torno a la edad que debe fijarse para la imputabilidad de los menores.*

La edad de 14 años ha sido fijada por primera vez en el Código Penal de 1921 y desde siempre ha estado latente en la doctrina y en la misma legislación. La ley 14.394, como primer antecedente de legislación especial sobre el tema, y bajo la influencia del movimiento de despenalización de los menores, subió ese límite a los 16 años. Con la ley 21.338/76 de Reformas al Código Penal, se reformó también la 14.394 volviendo el límite mínimo a los 14 años. Y así, en 14 años se mantuvo la edad al momento de sancionarse la ley 22.278/80. En 1983 la ley 22.803 lo modificó señalando los 16 años, situación que no estuvo exenta de críticas, entando presente entre ellas la de Viñas²⁴ quien manifestó al respecto que ese cambio legal “favoreció la inacción e inoperancia total estatal en esa franja entre 14 y 16 años” y asimismo afirma que “pareciera que se ha venido a legislar o afianzar un vacío administrativo: cuando más delincuencia y más peligrosidad existe en los menores, se elude la corrección y se los pone en libertad, dejándolos librados a su propia suerte. No es ésta la forma de cumplir con una prevención especial y reducir la delincuencia del adulto joven”.

A su vez, la Convención del Niño consagra el principio de capacidad penal del ser humano menor de 18 años de edad cuando en su Art. 40 dice: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño que sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales...”. Por eso en el mismo artículo se establecen las garantías que deben rodear la situación del menor, entre las cuales está establecer una edad mínima (por debajo de los 18 años) antes de la cual se supondrá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (Art. 40 Inc. 3 ap. A). Así, la Convención deja librado el establecer esa edad mínima al derecho de cada Estado, y así debe ser, ya que el llamado interés superior del menor, de reconocimiento universal con la Convención, deberá ser respetado y protegido sin desmedro pero en consonancia a la propia realidad social de cada Estado.

En cuanto a la realidad personal podemos decir que hay un primer momento en que la dependencia del ser menor es total, pero más tarde va progresando, de manera que logra desprenderse y valerse en más o en menos por sí mismo para determinadas cosas, y siempre necesitando de un acompañamiento o guía que le vaya marcando las pautas a seguir. Que le muestre el camino, que le vaya enseñando, en definitiva, que lo eduque y lo conduzca a su plena formación. Esto refiere muy especialmente al ciclo del menor impúber que engloba la estadía en el seno materno, la pre-infancia, la infancia y la pre-adolescencia, en una enunciación que con mayor o menor ajuste científico todos entienden y todos palpan de la realidad sin ayuda de ninguna ciencia. Es la etapa que por la propia estructura social, y por más incursiones hacia fuera que se hagan, la dependencia familiar es la norma.²⁵

²⁴ Viñas, Raúl Horacio, “Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores” Editorial Ediar, Año 1984, Pág. 412.

²⁵ Aunque parezca la excepción ganando terreno, aquél es el norte que debemos tender, pese a la amenazada desintegración de la familia, pese a la situación económico-laboral que nos rodea, y que debe movilizar prioritariamente a la acción social del Estado y a la comunidad para reforzar la familia como núcleo esencial que la ley reconoce.

La culminación de ese ciclo, se da, aproximadamente a los 14 años, hasta donde el menor impúber ha venido sufriendo transformaciones bio-psico-espirituales que lo preparan para transitar su adolescencia, que es la etapa en que la dependencia antes mencionada se reduce, en que el menor toma sus propias decisiones, se independiza en su personalidad y con los límites adquiridos, con las pautas de su formación y sus características particulares, se introduce en la sociedad por sí mismo en forma más activa, en una sociedad organizada en la que deberá asumir sus responsabilidades de ser independiente, lo cual conlleva el respeto por los derechos humanos, libertades fundamentales y principios que rigen esa convivencia de la que forma parte como sujeto pleno de derechos.

Hasta los 14 años, la corrección familiar debe bastarse a sí misma ante la conducta²⁶ del menor; y si detrás de esa conducta estuviera la falta de idoneidad de quienes representan al menor, allí entrará en funciones el patronato para examinar ese vínculo de representación en interés del mismo en cuanto a su formación. Así se prepara un niño para el uso responsable de la libertad, especialmente para ese momento en que adquiere autonomía personal con capacidad de criterio en el que reevalúa reglas, normas, límites y valores ya asimilados.

Retomando el concepto de realidad social se advierte que la participación del menor abre un camino notorio en la adolescencia en una actuación positiva que merece reconocimiento e incentivo, y en una actuación que va desde la simple travesura en grupo u ocasional, a lo meramente ilícito o a una conducta ilícita penalizada. Esta última conducta mencionada es la que se incluye en la franja de la llamada delincuencia juvenil que tiene su tope máximo a los 18 años. Las edades que se han incluido predominantemente van entre los 14 y 16 años. Incremento en general que se da en hechos leves, en la proliferación especial del hurto callejero como en hechos de mayor gravedad, donde la violencia es una constante tanto en agresividad como en temeridad, por el empleo de medios peligrosos en sí mismos y el frecuente y acelerado uso y abuso del alcohol y drogas diversas previos al delito, y en menor medida, con la finalidad de obtenerlos.

Esa franja de delincuencia juvenil es un panorama que con similares características se nos impone a través de los medios de comunicación en variados lugares. No es un simple panorama observado a la distancia, sino una realidad en la que todos estamos inmersos ya que se nos impone abrumadoramente y es imposible desconocerla. Asimismo, esa franja va en crecimiento, es un síntoma que no hace otra cosa que alertarnos sobre lo mal que está la sociedad de los mayores. Es indicativo de fallas en la formación, cualquiera sea la razón de las mismas. Es, aún en crecimiento, un sector pequeño que merece atención especial e integral. Por ello, la respuesta desde lo jurídico debe buscarse a través del patronato, como tutela oficial a ejercer con la finalidad concreta de resolver la situación jurídica del menor de edad en tanto sujeto central de esa relación jurídico-penal.

- *Ahora...porque 14 y no 12 o 10: fijar la edad de 14 años antes estipulada no implica desconocer que la realidad a veces no coincide exactamente con la edad fijada y que haya situaciones de madurez por debajo de ese límite.*

El Proyecto de Reforma al Código Penal de 1891 suprimió la sujeción de la imputabilidad a la prueba del discernimiento y la estableció a partir de los 14 años. Los fundamentos que expresaron sus autores –Rivarola, Piñero y Matienzo– no han perdido vigencia y expresan lo siguiente: *“estamos persuadidos de que el discernimiento, la apreciación de la moralidad o inmoralidad de los actos, de ciertos actos, sobre todo, como los delitos, comienza generalmente antes de los 10 años. Empero, un menor de los 14, en virtud de sus cualidades personales diversas, de su desarrollo incompleto, de su escasa fuerza para resistir a las tentaciones, de los cambios que en él se han de operar necesariamente y de la serie de datos positivos que los diferencian de los mayores de edad –aunque comprenda la criminalidad de un hecho y lo ejecute a designio- no podrá ser equiparado a un menor adulto para responsabilizarlo de igual manera y someterlo a la misma penalidad. La aplicación a los impúberes, en algunos caso, cualesquiera que sean, de los medios represivos calculados y establecidos para los adultos, importa prescindir del primer elemento de las condiciones personales del agente que debe tenerse en cuenta para fijar la represión y dará siempre resultados negativos y perjudiciales a los impúberes y a la sociedad: a los primeros porque*

²⁶ Es la etapa en la que sí podemos hablar de conducta, porque siendo no imputable el menor, penalmente hablando, su accionar no podrá perseguirse como delito, ya que éste no se configura ni objetiva ni subjetivamente.

quedarán inscriptos en el grupo de los criminales y así habrán salvado uno de los mayores obstáculos que podría preservarlos del delito y a la sociedad porque habrá gastado simplemente su dinero, cuando no lo haya hecho para alimentar un reincidente futuro.

La ley tiene que ser en ese sentido una previsión que tenga en vista las circunstancias del mayor número. Todos los individuos tienen distintas modalidades: unos son más precoces que otros y en unos se desarrollan las facultades más temprano que en los demás”.²⁷

Por lo tanto, la incapacidad es sólo una figura legal de protección, no es sinónimo de inmadurez. Dentro de dicha etapa de minoridad el ser humano va creciendo y conjuntamente con ello, madurando progresivamente. La madurez entonces significa alcanzar el pleno desarrollo. Pero en dicho desarrollo hay quienes maduran más pronto física que psíquicamente, pero no lo logran afectivamente; hay quienes maduran gradualmente y simultáneamente en todos los aspectos o quienes no lo logran en ninguno. Así se habla entonces de menor impúber y de menor adulto señalando una edad que funciona como límite más aproximado y apoyado esto en un conjunto de características que mayoritariamente se dan.

Consecuentemente, esa etapa por debajo de los 14 años debe ser de exclusiva responsabilidad paterna y sólo en la medida que ésta falle y no le sea suficiente la orientación y ayuda que particularmente o a través de organismos administrativos pueda recibir, entrará subsidiariamente el patronato para tutelar al menor y brindarle los medios necesarios para su formación. Con la realidad personal y social, en torno a ese sujeto central, fijar el límite de imputabilidad a los 14 años resulta ajustado a las declaraciones y garantías que proclama y exige la Convención de los Derechos del Niño. Que el menor desde los 14 años, capaz de responsabilidad en forma genérica, capaz de culpabilidad en forma estricta, sea reconocido jurídicamente como imputable, es reconocerlo hoy en su dignidad de persona, en su potencial responsabilidad como pleno sujeto de derechos que exigen ser garantizados, más allá de su conducta delictiva.

Ante la comisión de un hecho sancionado por la ley penal, este menor debe ser sometido a proceso penal y ese debido y justo proceso es la real garantía de sus derechos. La reducción de edad de imputabilidad es inversamente proporcional a los fines garantistas del proceso penal en el marco tutelar de un sistema de menores y termina con la falsa pantalla que la ley actual propicia con las llamadas medidas tuteladas, que cuando son privativas de libertad no son sino el efectivo cumplimiento de una pena que legalmente no podría aplicarse.

Si se pretende que un menor que equivocó el camino por su propia decisión o impulsado por otros se rehabilite y retome el sendero correcto, el punto de partida no puede ser otro que considerarlo capaz de hacerlo, y que él mismo se reconozca como tal. Cometido el hecho se pretende que encause su vida de otra manera, y para ello con muy pocas variantes se le exige una buena conducta evaluando la misma según la mayor o menor responsabilidad que demuestre, según se adapte o no a una convivencia responsable. Pero eso tendrá sentido en cuanto consideremos que es capaz de actuar responsablemente. Si se considera a alguien capaz de retomar un camino con una base de responsabilidad, habrá que reconocer también que fue capaz de tomar el otro.

Una persona de 14 años que es acusada de infringir la ley penal, debe saber que será sometida a proceso penal, debe saber que si se lo priva de su libertad o se aplica cualquier otra medida alternativa será porque se ha demostrado su seria vinculación con el hecho, porque es capaz de responsabilidad penal; que se podrá defender debidamente; debe tener la posibilidad de entender que si es culpable debe reparar de alguna manera lo ocurrido (reparación en el sentido de asumir la responsabilidad) y comenzar a trabajar con su persona para revertir su vida, rehabilitarse personal y socialmente y advertir que existen valores que deben respetarse más allá de determinadas circunstancias; que hay una exigencia legal que debe asumir con las garantías suficientes para que esa responsabilidad se declare en la medida justa.

Hoy, las personas consideradas no punibles no gozan de garantías. Son privadas de su libertad por una apreciación valorativa de su personalidad y de los hechos sin que se pruebe debidamente si es en verdad culpable, valiendo más la gravedad del hecho que la real responsabilidad de quien pudo cometerlo, y en aras de protección, con una medida educativa, se lo priva de su libertad sin que pueda asumirlo debidamente; no será por responsabilidad que está sin libertad sino, ni más ni menos que por mala conducta.

²⁷ Mateo de Ferroni, Delia “Régimen Penal de Menores” Editorial Juris, Año 1998, Pág. 115.

De ello no surge ningún mensaje rehabilitador, sólo resentimiento, distorsión de la realidad y la sensación de que siendo inocente (aunque el hecho sea socialmente grave) porque no se lo podrá declarar responsable se lo castiga con una medida privativa de libertad que en realidad aparece como más severa que para aquél al que se puede declarar responsable de un delito con la garantía de su defensa y se puede conocer concretamente que no es inocente porque así fue declarado e iniciar a partir de allí su proceso de rehabilitación.

Este sistema de menores en su régimen penal con las correspondientes garantías que se reclaman desde los 14 años, a diferencia con el derecho penal como derecho de la pena, es el derecho a la protección especial en la aplicación de la ley penal de fondo, y la pena tal como surge del Código Penal no es de la esencia del régimen de menores. Sí lo es la pena en cuanto elemento que distingue el hecho delictivo del simple hecho ilícito, pero no tal como allí se concibe.

También, es necesario afirmar que la solución no pasa sólo por bajar la edad de imputabilidad, pero esto es un comienzo necesario en la realidad de hoy. Y debe ser el punto de partida en el contexto de un régimen penal de un sistema de menores, donde se respeten los principios propios y ajenos, la imputabilidad penal tenga su concepto adecuado, el proceso penal de menores cubra todas las garantías, y donde las legítimas medidas tutelares, durante y en el marco de ese debido proceso, estén concretamente establecidas, claramente reguladas y que en el caso de condenar, las penas establecidas no se limiten a lo dispuesto en el Código Penal, sino a un sistema de penas acordes a la protección especial que se brinda por vía de este sistema de regulación del patronato.

No reconocer la necesidad de bajar los límites de imputabilidad es una muestra de querer continuar con el paternalismo que ya no puede tener cabida en el proceso de menores.

Para el menor, si queda internado es un abuso de autoridad y una sobreprotección, que paradójicamente lo ingresa a un medio que no lo protege.

Para la sociedad, si queda libre es una impunidad y un riesgo, un peligro latente que se repitan los mismos hechos y provoca un rechazo lógico.

La cuestión es que debe brindarse una solución al momento presente.

Si simplemente pensamos que los chicos de 14 y 15 años no tienen la culpa de ser como son por las circunstancias familiares y sociales que les toca vivir y que primero debe solucionarse el problema familiar y social y con ello prevenir lo demás resultaría correcto, por lo cual se debe realizar también en forma urgente. Pero no se puede desconocer que esa es una tarea que llevará mucho tiempo, por lo cual no debemos engañarnos. Hay familias sin trabajo, hay deserción escolar pero no hay soluciones mágicas que actúen de inmediato. Apuntalar esa situación es imprescindible, indispensable y propio de la dignidad de quienes lo necesitan y de la responsabilidad de las autoridades que deben posibilitar los medios adecuados a tales fines. Pero mientras tanto, a los menores que delinquen cada vez más y con edades más bajas, se les debe dar la garantía de un justo proceso y la posibilidad de una defensa que pueda librarlos de la sospecha de culpabilidad o que permita la justa medida de esa culpabilidad. No se trata de que porque algo suceda se deba justificar legalmente. Sin descuidar las causas, hay que dar pautas legales que en definitiva tiendan a respetar el interés del menor posibilitando su formación integral. Y ese interés no podrá efectivizarse sino sobre una base de responsabilidad por parte del menor de edad en esa etapa de su vida en que sale a la sociedad de otra manera menos dependiente.

Así, la disminución de la edad de imputabilidad a los 14 años y el sometimiento de ese menor a proceso penal como garantía de sus derechos y fundamento de la tutelar a aplicar, se traduce en una mejor respuesta al impacto social de la delincuencia juvenil.

Si en otra circunstancia histórica los hechos nos muestran que la realidad social cambia en sentido contrario y se produce una disminución de esas conductas delictivas en tan temprana edad, será ese el momento de plantearse nuevas valoraciones y hacer las adecuaciones necesarias.

Conclusión: El enfoque moderno consiste en examinar si se puede considerar al menor, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial.

Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad muy temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. Por consiguiente es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel nacional.

Así, la legislación actual en este aspecto resulta inconstitucional, por ello se procederá de inmediato a señalar cuáles son los parámetros acertados y desacertados de la legislación vigente.

Aciertos y desaciertos de la legislación actual:

En cuanto a la ley 22.278, actual reguladora del Régimen Penal de Menores, como se adelantó en el marco teórico, constituyó el reflejo de la situación existente en el país en el año 1980 en el cual fue sancionada. Fue el exponente del paradigma de la situación irregular y asimismo, sus regulaciones fueron y son hoy en día, incompatibles con las garantías constitucionales del debido proceso penal.

Un claro reflejo de esta situación irregular que se menciona lo encontramos en la creación de dos expedientes paralelos o simultáneos referentes al menor que ha ingresado en la órbita penal como consecuencia del delito. Así, por un lado se forma el expediente actuario a través del cual se materializa la secuencia del proceso, las actuaciones realizadas en él y demás datos de relevancia respecto del mismo y por otra parte, se procede a la formación de un expediente tutelar que obviamente tiene por finalidad un seguimiento del menor en cuanto a sus comportamientos, aprendizajes, formación, educación, capacitación y demás tratamientos a los que se lo somete.

Se puede hacer una crítica también en lo referente a la discrecionalidad que ostenta el juez en el transcurso de la investigación, ya que como se evidencia en la ley el principio de especialidad se encuentra plasmado en ella pero otorgándole amplias facultades al magistrado respecto de la persona del menor, ya que puede decidir la sobre el menor como mejor le parezca. En cuanto al principio de legalidad y culpabilidad, los mismos en el caso de los menores, sirven para fortalecer el derecho penal de autor y no de acto.

Otra advertencia que debe resaltarse es la posibilidad que se le confiere al juez de disponer del menor de 16 años cuando el mismo se encontrare en peligro moral o falta de asistencia. Entonces, por un lado se establece que la imputabilidad comienza a partir de los 16 años, y por el otro se otorgan facultades al juez para que disponga del niño en el caso que lo considere adecuado prescindiendo de ese límite de imputabilidad a tal efecto. Se advierte de esta forma otra grave incongruencia de la ley y la carencia de un espíritu protector, ya que se “disfrazan” t encubren las penas privativas de libertad bajo cualquier otro nombre, pero dichas medidas tienen en la realidad una función y finalidad congruente con las penas privativas de libertad.

Con respecto al estudio de este apartado, coincido plenamente con Mirta Susana Gómez, quien sabiamente sostiene que el “Régimen Penal de la Minoridad” responde al “modelo tutelar, también llamado de situación irregular, cuya característica principal es tratar a niños y adolescentes como meros objetos que requieren protección. Es así como en nombre de esa protección y justificándose en este fin altruista, se le niegan las garantías constitucionales de las que goza el adulto y se actúa coactivamente sobre ellos, con la excusa de su tratamiento y resocialización”²⁸.

La legislación aplicable en la actualidad en nuestro país no respeta el modelo de la protección integral de derechos que resguarda a los jóvenes, y que nació a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Por ello estamos claramente frente a un flagrante supuesto de inconstitucionalidad.

La ley 22.278, al igual que sus antecedentes normativos, se caracteriza por dar amplias facultades de “disposición” a los magistrados sobre la persona del niño, instaurando así por razones de política criminal, un sistema de medidas privativas de libertad que se encubren bajo el nombre de tratamientos tutelares y reeducativos, tal cual se afirmó anteriormente.

En el marco de esta ley, la actuación judicial no se agota en la averiguación de la verdad y aplicación de la ley penal, sino que junto al procedimiento penal se encuentra presente el procedimiento tutelar que

²⁸ Gómez, Mirta Susana, “El siglo de los niños”. ¿O la construcción de un mito?, publicado el 14/12/06 en el Dial- DCA77, Página 2.

persigue los fines ya explicitados, de averiguación de las condiciones personales, familiares y ambientales del niño, para discernir si se encuentra en condiciones irregulares; ello mediante las dos vías de conocimiento que dispone dicha ley, la del contacto directo y personal y la de los estudios y peritaciones convenientes.

Mirta Susana Gómez, funcionaria del Ministerio Público Fiscal de Santa Rosa, La Pampa, en su artículo citado da una acertada fundamentación de la afirmación antes mencionada, en torno a la realidad que la legislación nacional se enrola dentro del modelo tutelar, lo cual es puesto de manifiesto mediante las siguientes bases:

- *La normativa se incluye dentro del paradigma ético-biologicista.* Ello por cuanto la ley 22.278 adhiere en su contenido al “positivismo criminológico de fines del siglo XIX y principios del XX y su cientificismo: ...” informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales...”. (Art.1). Es necesario identificar y controlar el comportamiento de los jóvenes que se desvían de los estándares sociales. Para ello y como auxiliares del juez aparecen médicos, psicólogos, asistentes sociales. Fundamentalmente, la idea de tratamiento y resocialización están presentes: “Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso de ser necesario hasta la mayoría de edad (Art.4)”²⁹. Para apreciar el diagnóstico del menor entra en juego la idea de “peligrosidad”, más que la gravedad o significancia del hecho cometido. Y la misma ley considera idóneas para contrarrestar dicha peligrosidad las medidas de seguridad o las penas indeterminadas que puede dictar el magistrado en base a las facultades que la propia ley le confiere optando por “ordenar las medidas que crea convenientes respecto al menor”. En cuanto a la disposición definitiva, ésta podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad” (Art.3)
- *El niño es objeto de derecho, no un sujeto de derecho.* Tanto la ley como el Código Procesal Penal se refieren al menor y receptan al mismo como menor-objeto y se lo considera incapaz e inimputable. Se lo define como aquel que atraviesa procesos de judicialización o institucionalización, luego de que fracasan los mecanismos de socialización primarios, como la familia y la escuela.
- *Se protege una cosa, no los derechos del sujeto.* Se presenta al niño como necesitado de protección, y en el caso que carezca de la misma, la legislación pretende cubrirla mediante la tutela, siendo el resultado de ello la represión más que la protección. El lenguaje utilizado lo objetiva y evidencia claramente, “se pondrá al menor, se dispondrá del menor”.
- *El modelo institucional está concentrado en el juez de menores.* Se concentra el sistema en el juez de menores, que reúne las tareas de protección y represión. Asimismo, el niño no ingresa al sistema judicial bajo el principio de legalidad, sino también por riesgo, peligro moral o material o predelinuencia. El juez carece de parámetros que delimiten su actuación, gozando de un amplio margen de discrecionalidad para disponer del menor.

Por lo tanto, esta ley “no responde con los parámetros prescriptos en el ordenamiento superior: La Constitución Nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño, como así todos los Pactos Internacionales de Derechos Humanos son ignorados totalmente.

Finalmente, resta decir que la ley habilita la intervención coactiva del Estado en relación a los niños infractores a la ley penal y aquellos que se encuentran desamparados, sin realizar un tratamiento que los diferencie ya que prevé para ambos casos, idénticas formas de intervención.

Define el texto legal a los niños en situación irregular diciendo que son aquellos que se encuentran en estado de “abandono, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presentan problemas de conducta”, quedando incluidos en esta categoría, como se desprende del propio texto de la ley, los menores que poseen sus necesidades básicas insatisfechas, en lo material y en lo afectivo.

Esta forma de tratamiento de la situación, que no diferencia entre lo que el niño hizo y lo que es, evidencia la influencia neta del positivismo criminológico, que dio lugar al desarrollo de la doctrina de la situación irregular. Es el Estado, por medio de los jueces, quien reemplaza la autoridad paterna y aplica políticas asistencialistas.

²⁹ Gómez, Mirta Susana, “El siglo de los niños”. ¿O la construcción de un mito?, publicado el 14/12/06 en el Dial- DCA77, Página Mirta Susana Página 3.

Así, los “menores” son considerados objetos de protección, y no sujetos de derechos, y con el objetivo de protegerlos y beneficiarlos se admite el desconocimiento de sus derechos humanos fundamentales, por lo que la aplicación de esta ley viola principios de raigambre constitucional, como lo son el de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, debido proceso y derecho a un juez natural y tutela judicial efectiva.

Finalmente, todo lo desarrollado nos lleva a concluir que dichas irregularidades son consecuencia de una aplicación bastarda del Régimen Procesal de Responsabilidad Juvenil, la cual se basa en los siguientes 5 supuestos:

- 1) La utilización sistemática y abusiva de la prisión preventiva de niños y adolescentes de entre 16 a 18 años en Institutos Penales Cerrados;
- 2) La aplicación del Art. 64 de la Ley 13.634 que permite el encierro por vía de las “medidas de seguridad” de niños no punibles (menores de 16 años) en Institutos Penales Cerrados;
- 3) La utilización alternativa de “medidas de seguridad” (menores de 16) o bien de la prisión preventiva (16 y 18), pero con encierro-internación en clínicas o comunidades terapéuticas con la correspondiente autorización del Juzgado;
- 4) La detención policial de niños y adolescentes en comisarías, en razón de figuras tales como: contravenciones, averiguación de identidad, “entrega de menor”;
- 5) La prisionización y confinamiento de niños por aplicación de condenas irracionales y perpetuas.

Seguidamente procederé al estudio de la tan mencionada y cuestionada doctrina de la situación irregular.

Análisis de la Doctrina de la situación irregular.

¿El menor como sujeto de derecho o como mero objeto-cosa procesal?

Como punto inicial podemos señalar que los jóvenes deben desempeñar una función activa y de relación dentro de la sociedad, no siendo considerados meros objetos de socialización y control, sino que por el contrario deben ser partes integrantes de la sociedad en la que se encuentran inmersos, procurando el reconocimiento de sus derechos para poder ejercerlos eficazmente y asumiendo sus obligaciones para que el orden jurídico los contemple como verdaderos sujetos activos, participativos y creativos con capacidad para modificar su propio destino; no actuando como meros entes receptores de las decisiones adoptadas por los superiores.

Respecto al tema, expresa Emilio García Méndez que “...se sientan de este modo las bases de una cultura estatal de la asistencia, que no puede proteger sin una previa clasificación de naturaleza patológica, una protección que sólo se concibe en los marcos de las distintas variantes de la segregación y que por otra parte reconoce al niño, en el mejor de los casos, como objeto de la comprensión pero de ningún modo como sujeto de derechos...”³⁰.

Partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos.

En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la “situación irregular”- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo.

En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Estos derechos especiales que tienen los menores por su condición de tales, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye

³⁰ García Méndez, Emilio (coord.), “Adolescentes y responsabilidad penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Año 2001, Página 215.

un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en especial de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica.

En lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los Artículos 37 y 40 de la Convención.

Así planteadas las cosas, debemos dejar de lado aquélla doctrina que indirectamente está pregando la cosificación del sujeto y su correlativa reducción a una mera cosa. El derecho penal de autor o de personalidad, de claro signo autoritario, es abiertamente rechazado por nuestra Constitución, que siempre ha considerado al ser humano como un ente dotado de conciencia moral y, por ende, capaz de escoger entre el bien y el mal. Esta incuestionable inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional.

Entonces, de acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la situación en que hubiese actuado y en relación a sus capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los ya realizados la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. A fin de cuentas, se sancionaría al individuo (con pena de muerte inclusive) no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. Pero aumentar la pena por la peligrosidad no siempre implica condenar a alguien por un hecho futuro, que no ha iniciado y ni siquiera pensado, sino que más bien debe utilizarse como un parámetro a tener en cuenta para el establecimiento de la pena pero no para crear la categoría de delincuente potencial o futuro.

Análisis de la personalidad psicológica del menor delincuente.

Debido a que la imagen del menor delincuente debe formarse con diversos parámetros, nos centraremos ahora en el estudio de los dos pilares básicos de la formación de la persona, cuales son la psicología y la sociología.

En base a la teoría pregonada por el eminente profesor de sociología, Albert Cohen, se afirma la existencia de una “asociación diferencial”, por medio de la cual se sostiene que “un individuo se transforma en delincuente o criminal en razón de un exceso de asociación de modos de conducta delincuente, respecto de modos no delinquentes”. Lo cual significa que la delincuencia es un modo de conducta comunitaria, como el gusto por determinados alimentos, creencias religiosas o dialectos. Se deviene por lo tanto en delincuente por el modo en que se adquiere cualquier otro tipo de conducta y por participación en el grupo en el cual este modo de conducta ha sido institucionalizado. Frente a esta teoría se oponen las llamadas teorías “psicogenéticas”, con su principal expositor Sutherland, las cuales explican a la delincuencia como una función de algún aspecto de la personalidad del infractor, es decir, de sus impulsos, objetivos, estructura del carácter, tendencias neuróticas, conflictos íntimos. Puede decirse que la oposición de estas teorías es notoria: mientras la de la transmisión cultural le atribuye precisamente a la sociedad y a sus transformaciones sociales la formación de personas en delinquentes, la psicogénica afirma que el individuo se transforma en delincuente por un proceso interno, individual y ajeno a las influencias sociales y externas.

Sin embargo, a pesar de las diferencias que se evidencian entre ellas, se puede afirmar que tienen algo en común: la preocupación por el modo en virtud del cual los individuos se transforman en delincuentes; tratando ambas sobre las transacciones y el ambiente que rodea al individuo pero con las siguientes diferencias:

- 1) Los escritores psicogénicos pusieron énfasis más especialmente en el primitivo ambiente familiar y la dinámica psicológica interna.
- 2) Los sostenedores de la teoría de la transmisión cultural subrayan el aspecto ambiental descriptible como "normas de cultura" y atenuaron su preocupación por la dinámica psicológica.

Analizaremos ahora las relaciones existentes entre la psicología y la sociología: Inicialmente podemos sostener que las condiciones ambientales adversas llevarán al comportamiento antisocial sólo cuando haya existido previamente un estado de delincuencia latente o una formación caracterológica antisocial. Así es como el problema de rastrear las motivaciones psíquicas del hecho delictuoso del menor ha de conectarse con la indagación exhaustiva de su emplazamiento vital en su circunstancia social y familiar. Aquí la *psicología* ha de mirar a la *sociología* buscando el impacto de una situación histórica concreta sobre las estructuras caracterológicas. Psicología y sociología surcan el área de la realidad que configura la conducta del menor delincuente, en una máxima interrelación de sus planteos; la primera, manifestando la más íntima plasmación de la vida psíquica, y la segunda, averiguando de qué modo tal plasmación deviene como dialéctica de modos de vida insertados en el tiempo histórico concreto del proyecto humano.

Por ello puede afirmarse que estando en presencia de una consideración integral del delito, en base a los diferentes factores contribuyentes para la manifestación del mismo, la ley penal podrá brindar las soluciones más razonables y efectivas para su tratamiento, debido a que hay que tener en cuenta que el mismo no es un hecho aislado, sino que trasciende la figura delictual para encontrarse con la personalidad del menor que ha realizado el acto y así, conociendo en profundidad al mismo se decide la medida más adecuada.

Circunscribiendo el análisis al campo psicológico, debido a que el código moral del menor resulta de la identificación con sus padres, se explica que si estos últimos ejercían conductas antisociales, su comportamiento determina en el menor un estilo de vida similar.

A su vez, la superación defectuosa del complejo de Edipo ocasiona neurosis generadoras de un tipo de delincuencia de auto-punición, caracterizada porque en el niño y el adolescente persisten oscuros sentimientos de culpabilidad, los que se descargan en actos delictuosos con los que el menor busca inconscientemente ser punido para aliviar así su tensión emocional culpable. Esto explicaría satisfactoriamente la reincidencia delictual, que funciona en un verdadero círculo vicioso en que la punición es buscada a causa de la culpabilidad, pero donde ella desencadena reacciones agresivas mal toleradas a causa de esta misma culpabilidad, y por consiguiente, generadora nuevamente de comportamientos auto-punitivos.

El psicoanálisis encuentra en el acto antisocial del menor la resolución de conflictos inconscientes infantiles, cuyos orígenes han de rastrearse en la circunstancia familiar, afirmando que "*No es el delito, sino una reacción afectiva originada por un conflicto*"³¹.

Históricamente se han seguido tres criterios psicológicos para precisar la noción de menor delincuente. En primer lugar se considera el aspecto cronológico, como lo enuncia el Código Penal Argentino, fijando una edad mínima por debajo de la cual el menor es inimputable y una edad máxima a partir de la que el sujeto que ha infringido la ley deja de considerarse menor delincuente porque entra en la categoría de mayor de edad.

En segundo lugar existe un criterio penológico que se detiene a analizar la modalidad delictiva y las características psicológicas del menor para clasificarlo o no como un menor delincuente.

Bonnet sostiene que "se entiende por menor delincuente todo aquel que infringe la ley penal antes de haber alcanzado el límite de edad que el Código Civil de su país fije como comienzo de la mayoría de

³¹ Pedro R. David, *Sociología Criminal Juvenil*, Sexta Edición Actualizada. Editorial LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2003. Página 165.

edad”.³² En base a dicha definición podemos afirmar que la edad mínima por debajo de la cual el menor es inimputable no puede ser tomada en cuenta por una definición genérica de delincuente menor, porque esa condición jurídica no influye en la esencia del tema.

En efecto, medie o no imputabilidad, el menor que ha delinquirido no deja de ser delincuente y tampoco deja de ser menor en el sentido de la ley civil. Por lo tanto, el que viola la ley penal antes de haber cumplido la mayoría de edad debe ser considerado como menor delincuente, siendo esto un concepto totalmente distinto de ser imputable o no.

Desde el punto de vista del estudio de los factores etiológicos de la delincuencia juvenil son de interés las conclusiones de los esposos Sheldon y Eleanor Glueck, en 1960. Su trabajo “Unraveling Juvenile Delinquency” (causales de delincuencia juvenil), presentando en el 4º Congreso Internacional de Criminología en La Haya, señala 5 factores que permiten pronosticar la conducta delictiva del menor: 1) Deficiente control del padre hacia el menor; 2) deficiente control de la madre hacia el menor, 3) escaso afecto de la madre hacia el menor; 4) escaso afecto del padre hacia el menor; 5) carencia de integración o cohesión familiar.³³

Como se puede observar claramente, otro grupo de causales se encuentra constituido por los factores familiares ya que representan el 70% de los casos de conflictividad, y son las siguientes: carencia afectiva paterna y/o materna, disociación familiar, distorsión de la denominada función familiar en la civilización actual, inaccesibilidad de los hijos hacia los padres recargados de trabajo, sobresaturación de ambientes habitados por familias de muchos miembros que viven en espacios reducidos. Existen también los llamados factores de orden social general como son la elevación del costo de vida, el hecho de que los niños deban trabajar tempranamente por necesidades económicas para aliviar así las tensiones del hogar, entre otras cosas.

Por último también se ha analizado como factor causal delinencial el fenómeno de las bandas que aparecen como sustitución de un marco familiar insuficiente: los integrantes encuentran en ellas una compensación a sus carencias y un medio que les brinda afectividad de los amigos, una autoridad por jerarquía y sentimientos de seguridad que mitigan la ansiedad y la soledad.

Como corolario de lo anteriormente dicho, en cuanto a la parte sustancial o de fondo del ordenamiento jurídico, lo que considero adecuado es la creación de la imagen del menor delincuente en base a parámetros que engloben diferentes criterios de clasificación subjetivos, como son los antecedentes familiares, educativos, ambientales, así como también elementos de valoración psicológica y médica, junto con la combinación de elementos objetivos que permitan la configuración de la responsabilidad en forma independiente de aquellos criterios mencionados, para luego combinarlos y crear una imagen o figura del menor que será posteriormente juzgado, teniendo como marco de referencia una edad determinada, pero no aferrándose completamente a ella y prescindiendo de dichos criterios de evaluación. La edad mínima a los efectos de establecer la responsabilidad penal, varía en función de factores históricos y culturales. Por ello mismo los mismos son imprescindibles y no pueden ser dejados de lado al analizar el comportamiento o accionar del joven delincuente.

Finalmente, las características psicológicas y sociológicas son o sirven como parámetros y lineamientos no para justificar, sino para interpretar la conducta de los menores delinquentes. Pero no debemos recaer en la afirmación que todo menor que presente dicha conducta será delincuente, y menos aún en la conclusión de que quién no posea dichas características no será considerado como tal. Consecuentemente, dichos patrones deben servir para caracterizar, pero no para etiquetar a los menores en base a las acciones cometidas.

³² Bonnet, Emilio F. P., “Medicina Legal”, Buenos Aires, López Libreros, Año 1984, Página 124.

³³ Di Bari, José Santiago; Castellino, María Cristina; “El menor delincuente”, anuario I.N.P.Y.C.C, del Instituto de Neuro Psiquiatría, psicología y ciencias conexas, Vol. 1, N° 1, Buenos Aires, 1987, Página 15.

Características psicopatológicas del menor delincuente:*Posición de diversos autores al respecto:*

- Aichhom describió al menor delincuente agresivo, caracterizado principalmente por su resistencia y odio a toda autoridad, por su indiferencia y falta de respeto por la propiedad ajena y por su absoluta desconsideración con los restantes miembros de la sociedad. En todos los menores analizados, este autor encontró presentes dos factores sociales en común: la desintegración del vínculo familiar y la existencia de factores ambientales negativos que llevaron a la formación del carácter antisocial del menor.
- Friedlander, por su parte, caracterizó a otra clase de menor delincuente: el niño descarriado. Los mismos son jóvenes que al llegar a los 14 años o antes aún viven una vida inmoral (pasando por la vagancia y llegando a la prostitución) y que en los últimos años se han convertido en un problema difícil para los padres y las autoridades competentes. Superficialmente podría creerse que el problema sólo obedece a factores ambientales, pero en todos los casos sin excepción este autor afirma haber descubierto los signos de una caracterología antisocial anterior a la pubertad y ni un solo caso en que el núcleo familiar no presente accidentes psicopáticos.
- Por otro lado, Edl y Wineman también han estudiado detalladamente a los menores, dando casi por sentado que el motivo principal de sus hechos delictivos es el odio. El origen del odio hacia el mundo, tiene según este autor, tres alternativas. Lo social, por la desigualdad de nivel y clases existentes por naturaleza en la sociedad, por desintegración familiar o miseria crónica. La psicopática, presente en personalidades fundamentalmente perversas, histéricas e inestables, y la última causa que es psicógena (conflictual o neurótica), se da por no sentirse queridos o valorados ni por los padres, ni por los maestros ni por los empleadores. Teniendo como referencia estos casos neuróticos, podemos apreciar que el sujeto comete delitos no por lucro, sino para vengarse de la sociedad y de su familia, buscando una forma de canalizar sus sentimientos. Así la impotencia que sienten a causa de la disconformidad con su vida misma y su familia, la exteriorizan actuando delictivamente.
- Por último, también se ha analizado el tema de los menores integrantes de bandas delictivas. Estos tienen como rasgos típicos el ser insociables, difíciles de conformar, groseros, violentos, discutidores permanentes, indisciplinados. Por todo esto comienzan teniendo algunos síntomas constantes, tales como disturbios en la escuela, hogar o lugar de trabajo. Abandonan por lo general su casa en reiteradas ocasiones, se reúnen con malvivientes, y ese mismo joven que comenzó con simples disturbios, cuando ya forma totalmente parte de la banda, termina siendo el protagonista de los delitos más aberrantes y violentos cometidos por menores.

Los mayores de 14 años llegan a formar parte de estas bandas por diversas motivaciones psicológicas complejas, generalmente facilitadas por una personalidad psicopática o neurótica. La mayoría de ellos son inestables y sus acciones indican que se tratan de inadaptados sociales que tienen tendencia a huir de los mundos que les toca vivir. Esto último es justamente uno de los factores principales en los que los menores se escudan para justificar sus comportamientos delictivos, intentando provocar un sentimiento de lástima para con el juzgador; sin embargo podemos apreciar que ese mismo factor muchas veces no les juega a favor, sino precisamente todo lo contrario, ya que el mismo no es tenido en cuenta por la sociedad, para la cual el hecho de que les haya tocado transitar una vida dura, se encuentra muy lejos de ser un motivo suficiente para exonerarlos de responsabilidad por el acto cometido. Por lo tanto, estos menores necesitan unirse porque sólo así, al verse reflejados en los demás obtienen una imagen similar a su propia personalidad. Existe en ellos un sentimiento de inferioridad que los aleja de grupos donde podrían desarrollarse más positivamente. Este tipo de bandas, es según Parrot, peligroso porque se forma con menores que se han opuesto agresivamente a sus padres y que buscan unirse a otros aún más agresivos para enfrentar todo lo que represente autoridad y orden social, haciéndolo si es necesario por medio del delito.

Finalmente, el tercer criterio, denominado preventivo-social considera delincuente real o en estado potencial a todo menor abandonado o desvalido.

Como criterios generalizadores y concluyentes podemos mencionar las acertadas afirmaciones precisadas por el jurista Pedro David, el cual dice que:

- “No debe perderse de vista que toda división de factores es arbitraria, que en la práctica ellos se ligan totalmente los unos a los otros, y en particular que los factores sociales no tienen ninguna acción sobre la delincuencia juvenil si no se integran con los factores individuales propios que los tornan eficaces”.
- “Las primeras influencias ambientales dejan su marca en la mente infantil, y por otra parte, no hay conflicto mental alguno que no se deba tanto a los factores ambientales cuanto a los psicológicos”.
- “El delito, para el juez de menores, no reviste solamente una importancia jurídica, sino también un interés psicológico indiscutible. Deviene así un vasto campo de estudios psicológicos, y se evade del rigor formal del Código después de que el juez descubre, a través del mismo, la personalidad del que lo ha emitido”.³⁴

2) Punibilidad.

Sistema de penas: Debate acerca de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad.

***Interrogante:** ¿Es correcto y adecuado aplicarles a los menores el mismo régimen penal que rige el proceso de las personas mayores de edad?*

Como primer aproximación al tema podemos afirmar que la igualdad del menor con los adultos no debe buscarse en el grado de responsabilidad sino más bien en el de las garantías, pues si bien es verdad que ciertos menores son penalmente responsables, también puede afirmarse que dicha responsabilidad es distinta a la de los adultos. Y es que si una de las manifestaciones esenciales del principio de igualdad ante la ley es la exigencia de la igualdad entre iguales y la diferenciación entre ambos grupos, no puede admitirse en ningún caso una equiparación absoluta entre menores y adultos. Siendo la igualdad un derecho reconocido por nuestra Constitución Nacional que consiste en que todos los habitantes del Estado sean tratados de igual forma, siempre que se encuentren en las mismas condiciones y circunstancias, se puede afirmar que en nuestro sistema no existe la igualdad absoluta, la que conduciría al igualitarismo. Por lo cual, sólo se exige el mismo trato para aquellos que se encuentran en idénticas situaciones. Dando relevancia a las disimilitudes y divergencias que existen entre menores y adultos se logrará darles a los primeros un trato humano, acorde a esta igualdad no absoluta consagrada por la Carta Magna. No es posible juzgar con igual severidad a las personas que aún no han alcanzado la madurez necesaria para internalizar las normas, asimilarlas y en virtud de ello comportarse conforme a derecho.

Asimismo, en los últimos tiempos hemos asistido a la implementación de políticas criminales tendientes a la instauración de medidas alternativas a la pena privativa de libertad en los regímenes para adultos, como por ejemplo la probation, intentando posicionar al encierro como medida de última aplicación, por lo que sería un total contrasentido, la búsqueda de sistemas más humanitarios para ser aplicados en adultos y un endurecimiento y dureza punitivas respecto de los menores.

Pero, en realidad lo que parecería que muchos no entienden es que lo que distintos sectores de la sociedad claman, no es dureza punitiva para los menores, ni tampoco que las penas que recaigan sobre ellos por los delitos cometidos, sean equiparadas a las de los adultos, sino que reclaman algo tan simple como justicia, que se penalice al autor de un delito, no necesariamente de la misma manera que a un adulto, pero que se lo penalice; ya que éste es o debería ser uno de los objetivos básicos de la política criminal.

El Dr. Sajón expresa que: “No se trata del Estado contra el joven o la sociedad contra el niño. Aquí es el Estado y la sociedad por el menor, para garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos, oportunidades y por tanto su buena inserción en la comunidad”³⁵. Su teoría tiende a suavizar la aplicación de la norma jurídica penal para con los menores, aplicando una política criminal totalmente humanizadora tendiente a la resocialización del niño infractor.

³⁴ Pedro R. David, Sociología Criminal Juvenil, Sexta Edición Actualizada. Editorial LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2003. Página 163.

³⁵ Sajón Rafael, “Derecho de Menores”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 1995, Página 154.

En los casos de comisión de delitos, puede advertirse claramente que la comprobación del hecho punible se convierte en un dato secundario frente a la variable “personalidad del menor” de cuyo caso habrá de depender la imposición o no de medidas absolutamente indeterminadas en su clase, limitadas solamente por la imaginación del magistrado y por la adquisición de la mayoría de edad. Nótese que el concepto de “peligrosidad” (rasgo típico y característico de la ideología tuitiva), se halla claramente presente en el espíritu de la normativa (Art. 4 de la ley 22.278), toda vez que la imposición de la pena queda supeditada, entre otras cosas, a la conducta del menor posterior al hecho. En efecto, al menor se le concede la oportunidad de reaccionar favorablemente a los estímulos de adaptación dictados durante un tratamiento tutelar no inferior a un año de duración para poder ser absuelto, aún cuando se hallare probada su responsabilidad en el hecho delictivo. Con esto podemos apreciar que la conducta del mismo prevalece sobre los restantes aspectos mencionados por la ley. De esta manera, puede afirmarse que la peligrosidad delictiva del incapaz reemplaza a la culpabilidad como fundamento de la sanción.

Retomando el tema de la diferenciación de trato entre mayores y menores debemos decir que la misma se da en cuanto a la protección que les corresponde a éstos (menores), ya que los demás derechos existentes les corresponden por igual, es decir, por el sólo hecho de ser persona. Esta es la razón de ser de la implementación de un régimen especial, separado y diferenciado del de los mayores. Ese derecho a la protección no es tal porque se trate de seres incapaces³⁶ en el sentido de inferiores, sino por las especiales características bio-psicológicas de la etapa de minoridad en su conjunto y según los ciclos que va atravesando. La incapacidad del menor de edad es una medida de protección, tanto para él como para sus representantes naturales, como para el resto de la sociedad, que no invalida la capacidad real del sujeto de desenvolverse según la etapa que transita. Así, en el caso de que nos encontremos ante una conducta típica, antijurídica y culpable atribuible a un niño y/o joven no se debería aplicarle al mismo el derecho penal de adultos, sino las medidas previstas en el derecho penal de menores, teniendo en cuenta el principio básico que pregona que la pena más eficaz no es la más larga ni la más dura. La pena más adecuada puede ser la que se centra en el caso concreto que ha dado lugar a la comisión del hecho delictivo.

Concluyendo el análisis de este punto, podemos precisar que más allá de la discusión acerca de cual sería la “mejor” sanción o medida aplicable a los menores, considero más adecuado y efectivo, que la misma sea contemporánea e inmediata a la comisión del hecho, para que él mismo pueda apreciar la gravedad de su acción y percibir que está siendo responsabilizado por su conducta. Por ello mismo la principal tarea consiste en inducir al menor a que admita y se forme la convicción de que ha realizado una conducta lesiva a los valores éticos, sociales y jurídicos de la comunidad a la que pertenece y que es éste el motivo por el cual es merecedor de una sanción. Por lo tanto, aplicar penas duras no es lo determinante para ponerle fin al delito. Como punto prioritario y primordial debe resolverse qué hacer con los chicos en conflicto con la ley penal, ya que la solución no pasa solamente por fijar una edad y una pena máxima, los cuales son puntos necesarios en la materia pero no los más trascendentes. Sino que detrás de la pena y de la edad tiene que venir el intento de la sociedad por procurar la “rehabilitación”. Si fuese de otra manera y no se intenta lograr este objetivo, la pena podrá ser menor o mayor, pero el efecto rehabilitador y reintegrador seguirá siendo nulo e inaplicable.

En consecuencia, un sistema de responsabilidad penal juvenil deberá orientarse hacia la reintegración del niño/joven y a encaminarlo nuevamente hacia su bienestar, contemplando alternativas que le proporcionen una conciencia constructiva de sus actos y una voluntad de superación.

Diferentes tipos de sanciones.

La pena privativa de libertad, por diferentes razones, tiene un carácter estigmatizador, es decir, segrega o tiende a segregar al sujeto. Por lo tanto, su aplicación al menor de 18 años, quien ya tiene limitada su posibilidad de participación, resulta altamente perjudicial, pues va a destruir sus procesos de formación participativa y a impedir, en definitiva, que el joven llegue a participar efectivamente. La pena privativa de libertad, tal como su nombre lo indica, consiste en privar de libertad de tránsito al individuo sentenciado.

³⁶ Mateo de Ferroni, Delia “Régimen Penal de Menores” Editorial Juris, Año 1998, Pág. 97.

Se diferencia de la “*prisión preventiva*” porque la pena privativa es resultado de una sentencia firme y no de una medida transitoria como sucede con aquélla. Además, su fin es distinto: la pena privativa de libertad tiene como fin castigar (penar) al condenado por el delito que ha cometido, mientras que la prisión preventiva tiene la finalidad de evitar una posible fuga del acusado o el entorpecimiento de la investigación.

Por otro lado, las medidas de seguridad atienden a la peligrosidad del sujeto (prevención especial): El individuo que comete un injusto pero no puede ser culpado por un defecto en su culpabilidad (teoría del delito), es susceptible de recibir una medida de seguridad para evitar nuevos injustos.

Por su función se pueden agrupar en:

- Medidas terapéuticas: Buscan la curación.
- Medidas educativas: reeducación.
- Medidas ascurativas: Inocuidación y resocialización.

Para la aplicación de una de ellas se tienen en cuenta las características que presenta el sujeto que ha cometido el hecho típico y antijurídico

Tratamientos tutelares: son los medios por los cuales los organismos de protección procuran dar una solución a los problemas y malas conductas del menor, previa adecuación de tales medios al caso concreto. Dentro de ellos, podemos encontrar una subdivisión que los clasifica en institucionales y no institucionales y a su vez, podría afirmarse que a ellos se agrega otro que adquiere cada vez mayor trascendencia y que es un derivado del primero: el postinstitucional.

La distinción se funda en que el menor deba ingresar o no en un establecimiento de reeducación.

Tratamientos no institucionales:

- La Libertad Vigilada: es una medida tutelar que procura solucionar el problema del menor alejándolo del medio al cual pertenece. Se basa fundamentalmente en dejar al mismo en su situación natural no sólo para detectar sus verdaderos problemas, sino también para canalizar la conducta del niño o de terceros que influyen sobre él, mediante una correcta labor del funcionario encargado del tratamiento. Este funcionario tiene además de la tarea de vigilar al menor, la de realizar en su favor una acción altamente social y educativa, para lograr su eficaz y plena reinserción en la sociedad. Se trata de una medida que acompaña al menor en su vida habitual y diaria, orientándolo y poniendo de manifiesto los factores determinantes de su conducta.
- Guarda y Custodia: es la tenencia de un menor por quien no es su representante legal, brindándole asistencia material y espiritual. Su función es actuar como un medio tutelar por el cual un tercero sin derecho de representación, o un organismo ejecutivo de protección, se convierten en tenedores de un menor para darle asistencia integral y proveer a la formación de su personalidad. Se diferencia de la custodia, la cual es denominada guarda remunerada, precisamente por la gratuidad del cargo de guardador.
- Tutela Oficial: en cuanto a la misma, el Art. 8 de la ley 10.903 de Patronato del Estado establece: “todo menor confiado espontáneamente por sus padres, tutores o guardadores a un establecimiento de beneficencia privado o público quedará bajo tutela definitiva del Consejo Nacional del Menor, en jurisdicción nacional y de la autoridad que se designe en jurisdicción provincial”. Por lo cual, dicho instituto se pone en marcha cuando los padres o encargados del menor, en forma voluntaria, lo ponen a disposición de alguno de los tipos de establecimientos nombrados para que se encarguen de la crianza, cuidado y educación del mismo.
- Libertad Compromisoria: se trata de un tratamiento no institucional que, en caso de menores de cierta edad, apela a su promesa de buen comportamiento formulada ante el organismo de protección. Es una medida dirigida a lo íntimo del joven, quien al realizar la promesa de manera formal adquiere una noción clara de la responsabilidad contraída y de lo que debe poner de sí mismo para superar su delicada situación. En caso de infracciones o conductas leves, es un medio que proporciona resultados eficaces.
- Tratamientos Institucionales: en algunos casos, debido a las características que presenta el menor o acorde con la magnitud de su problema, resulta necesaria su internación en un establecimiento adecuado al respecto, que esté destinado precisamente a la actividad reeducadora del mismo. El

fin principal de dichos establecimientos es superar el estado de abandono en el que se encuentra el menor y lograr una corrección de su personalidad, pero no a través de un sistema rígido y severo, sino por medio de un ambiente que brinde asistencia material y espiritual conforme con las pautas de moralidad que existen en un hogar normal.

Su modalidad de puertas abiertas constituye una de las características más importantes de esta forma moderna de tratamiento institucional, haciendo posible las actividades laborales, educacionales, asistenciales, que otorga el medio, para que el menor logre de esta forma insertarse e integrarse en la sociedad que lo rodea. A su vez se puede advertir, que estos sistemas se pondrán en aplicación o no según la gravedad de la conducta, características y acciones llevadas a cabo por el menor. No es adecuado ni para él ni para la sociedad, brindarle este tipo de asistencia cuando no está preparado para ello ni la merece, porque de esta manera se desvirtuaría la finalidad del mismo y se encubriría la realidad de hechos. Ahora bien, cuando el caso presenta otras peculiaridades se debe proceder a otro tipo de tratamiento, acorde con las circunstancias. Por eso, no siempre es posible colocar a un menor en un lugar tan positivo, ya que en ocasiones la gravedad de la conducta y la ausencia de respuesta a otros tratamientos, determinará indefectiblemente la internación del menor en establecimientos de puertas semicerradas, durante un período determinado (que es aconsejable poner en conocimiento del menor) y en el cual se encontrará sometido a un régimen progresivo de reeducación. Son, o mejor dicho, deben ser, institutos que suplan la incapacidad del menor y le proporcionen una formación que le permitirá afrontar la convivencia y superar su situación carencial.

Asimismo pueden diferenciarse las casas de tránsito de los establecimientos de destino. Las primeras tienen por finalidad fundamental el estudio de la personalidad del menor, su clasificación y la determinación de aptitudes y otros elementos, para determinar el sistema de tratamiento. Los establecimientos de destino, a su vez, pueden aplicar las técnicas de tratamientos progresivos, con una posibilidad de variación en cuanto a su estructura en relación a lo regímenes abiertos o semicerrados.

Como variantes de las casas de tránsito y poniendo énfasis en su dependencia no administrativa sino judicial, denominan Sajón y Achard “centros de observación” al establecimiento o instituto de estudio y de exploración de la personalidad biológica, psicológica y social del menor que funciona como órgano judicial dependiente del Tribunal de Menores o de la corte juvenil y que orienta al juez o a su Corte sobre el tratamiento más adecuado para la reeducación, readaptación o rehabilitación del menor.³⁷

Finalmente debemos mencionar la necesidad de que exista un régimen de **tratamiento postinstitucional** para que el egreso de un menor de un establecimiento reeducativo no se vea frustrado por su contacto con la realidad social a la cual retorna. Por ello mismo se proyectó un régimen de acompañamiento tutelar post-institucional que procure insertar definitivamente al menor en el medio social y complementar la tarea de protección con los lineamientos que fueron llevados a cabo según el sistema aplicado. Dicho tratamiento, por la finalidad que persigue y debido a que pretende constituirse en un medio de complementación de la tarea asistencial cumplida, constituye una eficaz herramienta en orden a la prevención.

³⁷ Sajón-Achard, “Centro de observación para menores inadaptados sociales”, en Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N° 152, año 2005, Página 16.

Conclusiones.

Los jóvenes delinquen. Es una realidad, un hecho empírico que a pesar del espíritu de protección de la infancia que pueda tener el lector, un doctrinario o cualquier persona de nuestra sociedad; no puede negarse, y evitar tomar posturas frente a las infracciones cometidas por los menores no va a lograr una disminución en la tasa de delincuencia ni será un paso adelante en la búsqueda de una respuesta para esta problemática. Por ello mismo, una respuesta se debe dar. Considero que la misma debe ser fijada *y evaluada en base a los siguientes lineamientos:*

- 1) El Estado debe accionar buscando el bienestar de todos los componentes de la comunidad. En cuanto al joven infractor debe actuar para incluirlo en la sociedad; en referencia a la víctima para evitar que la misma se ocupe personalmente de reparar el daño sufrido por el delito y en razón de la sociedad, para que ésta encuentre la justicia en las manos del derecho. La respuesta del Estado debe basarse en la ley, pero en una ley que busque lograr que el joven se conecte responsablemente con el delito, logrando su cooperación en la reparación del daño sufrido por la víctima, garantizando el derecho de defensa del menor y su seguridad una vez que ingrese al proceso penal.
- 2) En cuanto a la edad de imputabilidad podemos afirmar que la regulación vigente no es apropiada conforme con la realidad que hoy nos toca vivir. La baja de la misma debe ponerse en funcionamiento rápidamente. Es imprescindible fijar una edad que opere como patrón o marco inicial y sea el punto de partida o referencia a tener en cuenta, otorgando seguridad jurídica y precisión respecto del tema. La lógica misma indica que es correcto bajar la edad de imputabilidad, ya que el ordenamiento civil así lo ha hecho recientemente por considerar que la capacidad del menor ha pasado a adquirirse a una edad más temprana que la que se encontraba regulada anteriormente. Y es por ello, que en un mismo ordenamiento no puede considerarse al menor capacitado para comprender una determinada clase de acciones e incapacitado para otras.
Por lo tanto se debe bajar la edad de imputabilidad a 14 años por los fundamentos expuestos en el apartado referente al tema, procurando asimismo que dicha reducción, tenga como finalidad la corrección del menor y no únicamente su represión o castigo.
- 3) Que las autoridades a cargo de la educación de los menores tengan en cuenta que se encuentran en presencia de un ser en formación que a pesar que ha cometido un delito no deja de serlo y que por ello mismo debe encontrar en el sistema penal una respuesta que procure y logre educarlo para su futura reinserción en la sociedad.
- 4) Que el menor tome conciencia del acto realizado y logre comprender que ha lesionado los intereses de un semejante y de la sociedad con su conducta y así asuma la responsabilidad de no volver a optar por el mismo camino.
- 5) Evaluar la pena aplicable al menor en cuanto a su capacidad de comprensión del hecho realizado y la voluntariedad al cometerlo, entendiendo que no debe pensarse al menor por lo que es, sino por el acto que ha realizado en base al grado de reprochabilidad que sea aplicable en el caso.
- 6) Que la sanción o medida aplicable al joven sea contemporánea e inmediata al hecho cometido.

Los problemas y cuestionamientos son muchos, lo que hace falta ineludiblemente son respuestas eficaces a dichos interrogantes.

Sintetizando lo anteriormente desarrollado y como corolario de este trabajo de investigación se concluye diciendo que cuando el ESTADO no da respuestas serias, la SOCIEDAD da respuestas brutales; es por ello que la solución debe ser brindada en forma urgente y prioritaria, ya que los niños y jóvenes de hoy son el futuro de mañana.

Bibliografía.

- Beloff Mary, en Artículo sobre Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos, Buenos Aires, Año 2009.-
- Bonnet, Emilio F. P., "Medicina Legal", Buenos Aires, López Libreros, Año 1984.-
- Creus, Carlos "Derecho Penal, Parte Especial" Tomo I, 6º edición actualizada y ampliada, 1º reimpresión, Editorial Astrea.-
- D'Antonio, Daniel Hugo, "Derecho de Menores", Editorial Astrea, T. 1, Buenos Aires, Año 1999.-
- D'Antonio Daniel Hugo, "El menor ante el Delito", Editorial Astrea, 2º Edición, Buenos Aires, 1992.
- Di Bari, José Santiago; Castellino, María Cristina; "El menor delincuente", anuario I.N.P.Y.C.C, del Instituto de Neuro Psiquiatría, psicología y ciencias conexas, Vol. 1, Nº 1, Buenos Aires, 1987.-
- García Méndez, Emilio (coord.), "Adolescentes y responsabilidad penal", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Año 2001.-
- Gómez, Mirta Susana, "El siglo de los niños". ¿O la construcción de un mito?, publicado el 14/12/06 en el Dial- DCA77.-
- Kaplan Louise J. "Adolescencia, el adiós a la infancia", Edit. Paidós, 2da. Reimpresión, 1996.-
- López Puleio, María Fernanda Artículo: "Análisis del control formal e informal de la conducta antisocial del menor", (publicado en la Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Guatemala, 1991).-
- Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal. Fundamentos, T. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.-
- Mateo de Ferroni, Delia "Régimen Penal de Menores" Editorial Juris, Año 1998.-
- Palomba Federico, "El sistema del nuevo proceso penal del menor", 1º Edición, mayo de 2004, Buenos Aires, Argentina.-
- Pedro R. David, Sociología Criminal Juvenil, Sexta Edición Actualizada. Editorial LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2003.-
- Piaget, J. "Psicología y Psicopedagogía", Barcelona, Editorial Ariel, Año 1971, 2º Edición.-.
- Raffo, Héctor Ángel, "Menores infractores y libertad asistida", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Año 2000.-
- Sajón Rafael, "Derecho de Menores", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 1995.-
- Soler Sebastián, "Derecho Penal argentino", T. 2 Pág. 19, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1970.-
- Viñas, Raúl Horacio, "Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores" Editorial Ediar, Año 1984.-
- Zaffaroni Eugenio R. "Tratado de derecho penal, parte general" T. IV, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985.-
- Zulita Fellini, Derecho Penal de Menores, Editorial AD-HOC, Primera Edición, 1996, Buenos Aires, Argentina.-

