



## **Universidad Católica Argentina**

### **Carrera de Especialización en Derecho Penal**

**Alumno:** *Gabriel Alberto Lanaro Ojeda<sup>1</sup>.*

**Asignatura:** *Tesina.*

**Tema seleccionado:** Propuesta de régimen penal para niñas, niños y adolescentes en la República Argentina frente al nuevo paradigma nacional e internacional.

**Título:** *“En búsqueda de las garantías penales para los adolescentes por vía de un régimen penal de responsabilidad penal limitada”.*

**Abstract:** El presente trabajo refiere a la reforma necesaria para un nuevo modelo de juzgamiento de los adolescentes en la República Argentina. Se analizan brevemente los antecedentes, los modelos, el contexto internacional, y la coyuntura nacional para finalmente señalar los estándares mínimos que deberían regir la materia en la actualidad.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación y Defensor ad hoc de la Defensoría General de la Nación. Editor, junto a la Dra. Marisa Urday Reynoso y los Dres. Gustavo Gabriel Caruso y Pablo Gustavo Barbirotto, de la sección “Derechos de la Niñez” en la revista de la Asociación Pensamiento Penal, desde el mes de abril del año 2009 hasta la fecha.

## INDICE

I.	Introducción.....	3
II.	Los modelos tutelar, mixto y el de responsabilidad limitada.....	5
III.	Panorama internacional.....	11
IV.	Argentina: Situación histórica y actual.....	16
V.	Propuesta y posible solución.....	68
VI.	Conclusión.....	77
VII.	Bibliografía y legislación.....	79

## **I. Introducción.**

El presente trabajo refiere a la reforma necesaria para un nuevo modelo de juzgamiento de los adolescentes en la República Argentina, para que sea respetuoso de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Analizamos brevemente los antecedentes, los modelos, el contexto internacional, y la coyuntura nacional, para finalmente señalar los estándares mínimos que deberían regir la materia en la actualidad.

El punto central de fundamentación radica en que la reforma constitucional de 1994 incorporó con jerarquía equiparada a su texto principal, en su artículo 75 inc. 22, la Convención sobre los Derechos del Niño, que en forma indirecta exige un sistema integral de justicia para menores, que, de acuerdo a nuestra interpretación, debe hacer desaparecer el modelo tutelar<sup>2</sup> –a la fecha sigue vigente en forma atenuada-, por un nuevo modelo que debería ser aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan menos de dieciocho años de edad.

Esta reforma es de gran trascendencia para la administración de justicia minoril, y debería tener como propósito darle plena vigencia a las garantías penales y procesales que se le reconocen internacionalmente a los jóvenes en conflicto con la ley. Asimismo, debe proveer una respuesta legítima al reclamo de “justicia”<sup>3</sup> de todos los sectores, que frente a la incongruencia del sistema suelen buscar en las niñas, niños y adolescentes una suerte de chivo expiatorio, lo que genera que el “derecho penal simbólico”<sup>4</sup> se ensañe con los menores en conflicto con la ley penal. La Convención sobre los derechos del niño tuvo recientemente un reconocimiento expreso desde la normativa interna, más allá de la ratificación hecha por el estado nacional mediante ley 23.849, en la ley 26.061.

---

<sup>2</sup> Nos referimos al de las leyes 22.278 -22.803- y 26.061, ya que pese a la derogación de la ley 10.903, en los hechos se sigue aplicando la lógica tutelar a la hora de imponer o no sanción a los adolescentes. Debo destacar que el trabajo se centra principalmente en este régimen por ser el imperante y el objeto de cambio.

<sup>3</sup> Winfried Hassemer. “Crítica al derecho penal de hoy”. Trad. de Patricia Ziffer. Universidad del externado de Colombia, marzo de 1998, p. 20 “...El derecho conforme al Estado de derecho y el derecho procesal penal constituye hoy no solamente un medio de persecución o de cruda “lucha” contra el delito; constituyen también un medio para garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de los derechos fundamentales de aquellos que intervienen en un conflicto penal...”.

<sup>4</sup> Winfried Hassemer. Se refiere al “Derecho Penal Simbólico” como aquel que se orienta hacia efectos políticos y no a la protección de bienes jurídicos. Entiende que es instrumental y advierte sobre su función de engaño. A su vez señala el problema de la pérdida de credibilidad que trae aparejado. Al respecto ver del mismo autor “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos” (En Pena y Estado, N° 1, 1991, ediciones PPU, Barcelona) y “Fundamentos del Derecho Penal” (Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosh, Barcelona, 1984).

Como sabemos, Argentina es una república federal conformada por veintitrés provincias y una ciudad autónoma. La reforma incorporó, como ya se dijo, la señalada convención, sin establecer plazos para adaptar el régimen imperante a sus exigencias, por lo que viene desarrollando un largo y sinuoso camino con miras a lograr tal fin.

En consecuencia el cumplimiento de ésta disposición en forma acabada todavía sigue pendiente, motivo por el que considero atinado analizar el tema y hacer una propuesta sobre el mismo. En esa inteligencia me animo a adelantar que el sistema que proponemos –y que ya tiene media sanción del Poder Legislativo-, sirve para brindarle una respuesta válida y productiva en términos sociales, tanto al menor imputado, como al ciudadano –por medio de medidas alternativas-, e incluso a la sociedad en su conjunto al hacer descender la sensación de impunidad imperante y lograr la reinserción social del joven.

Finalmente, creo oportuno destacar, y lo hago a lo largo del trabajo, que lejos de criticar las acciones de los Jueces<sup>5</sup> en la materia, entiendo que gracias a sus esfuerzos el derecho penal evolucionó a lo largo de los años humanizándose, ya que a lo largo de la historia entendieron con sensibilidad e inteligencia la problemática que nos ocupa, haciendo interpretaciones a fin de evolucionar por vía jurisprudencial a la especialidad frente a la falta de respuesta legislativa.

Por ello es que pongo mis más sinceras esperanzas en que sean ellos, desde su difícil y apasionante función, quienes sigan exigiendo avances en ese sentido.

---

<sup>5</sup> Destaco que a muchos de ellos los conozco personalmente y me consta su compromiso con la administración de justicia y la infancia.

## **II. Los modelos: tutelar, mixto y de responsabilidad limitada.**

En el mundo se señala históricamente que el primer Tribunal Juvenil fue creado en la Ciudad de Chicago, Illinois, Estados Unidos de Norteamérica, en 1899, bajo la premisa de que los menores debían ser juzgados y en su caso imponerles medidas de forma diferente a los adultos. Incluso el estado de Illinois creó un código específico para los menores de edad<sup>6</sup>. Luego, el modelo es retomado por varios países europeos. Surge entonces la jurisdicción especializada bajo el modelo tutelar y proteccionista, con la premisa de que los menores estaban fuera del derecho penal.

En la República Argentina la concepción tutelar del derecho de menores se fundamenta en la llamada “doctrina de la situación irregular”, según la cual, el menor de edad es considerado sujeto pasivo de la intervención jurídica, objeto y no sujeto de derecho. Entonces el Juez de Menores se torna una figura “*paternalista*”, que debe buscar una solución para ese menor –objeto de protección- que se encuentra en situación irregular o de peligro –para sí o para terceros-. Tal objetivo es logrado, dentro de ese modelo, por medio de la aplicación de las medidas tutelares, que tienen como fin la “recuperación social” del menor y no la sanción en términos preventivos especiales<sup>7</sup>.

Con ello lo que se está afirmando es que ese menor es un ser incompleto, inadaptado y que requiere de ayuda para su reincorporación a la sociedad. Algunos de los problemas que puede traer es la intervención judicial indiscriminada y arbitraria debido a las amplias facultades que se le otorgan al Magistrado y la discrecionalidad en su uso<sup>8</sup>. Este modelo tutelar también fue asimilado en la mayoría de las legislaciones penales dictadas, para regir en relación a las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en varios países del mundo.

En Argentina el sistema se implementa en base a la ley 10.903<sup>9</sup> –conocida como Ley Agote o Ley de Patronatos- en el año 1919. Su origen responde también a la inquietud de distintos hombres y mujeres de leyes por la triste realidad que

---

<sup>6</sup> Se creó en base al proyecto del Juez Harwey B. Hurd.

<sup>7</sup> Único fin constitucionalmente válido que se le puede dar a la pena de acuerdo al Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>8</sup> En la necesidad de ser justo, considero atinado destacar que gracias al buen tino, la pericia y buena fe de los operadores del sistema, las arbitrariedades no fueron desmedidas y por el contrario, los grandes cambios a favor de humanizar el régimen en muchas oportunidades provino de los propios jueces, sensibilizados por la realidad que les tocaba –y toca- juzgar.

<sup>9</sup> Ley de Patronato de Menores, Adla, 1889-1919, 1094. Promulgada el 21 de octubre de 1919.

percibían en la labor diaria. Siguiendo a la Lic. Ana María Dubaniewicz<sup>10 11</sup>, quien realizó como nadie la descripción de la evolución nacional en materia de minoridad, ya en 1913, el Dr. Seeber y sus colegas de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, reclamaron por nota al Ministro de Justicia que pusiera fin cruenta situación de los niños abandonados, procesados y condenados.

A raíz de ese llamado de atención y del aporte que hicieron autores estudiosos, se produce la sanción de la Ley 10.903, que se denominó Ley Agote por haber ese Agote quien luchó por su sanción<sup>12</sup>. La Lic. Ana María Dubaniewicz<sup>13</sup> calificó a esta etapa como el cuarto periodo de protección a la infancia (1919-1931). Para una mejor comprensión de la historia de la minoridad en nuestro país, considero atinado volver a citar a la Lic. Dubaniewicz, quien realizó un pormenorizado análisis de cada etapa, aunque el objeto de este trabajo se centra en el subsistema penal y no el asistencialista que corresponde al ámbito civil<sup>14</sup>.

En la década del ochenta existió una esforzada labor por parte de la Organización de las Naciones Unidas en favor de los derechos de los niños, procurando que los países tomaran medidas efectivas para garantizar la protección integral de sus derechos. El Alto Comisionado para la Protección de los Derechos Humanos y el Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia, realizó observaciones y recomendaciones con respecto a la vulneración de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad en los países de América.

---

<sup>10</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006)

<sup>11</sup> También obtuvimos información del trabajo realizado por Andrés Thompson, con la colaboración de María Andrea Campetella. “El “Tercer Sector” en la historia argentina”. Sala de lectura consejo latinoamericano de ciencias sociales (CLACSO) url: <http://www.clacso.org>. (1994)

<sup>12</sup> Aquí quiero abrir un paréntesis. Se suele demonizar al régimen tutelar que criticamos, pero lo cierto es que en aquel momento representó un gran avance y humanización para el régimen aplicable a los menores y, una vez más, fueron jueces y operadores los que impulsaron la reforma en beneficio de los niños.

<sup>13</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006)

<sup>14</sup> La Lic. Dubaniewicz sostiene que la historia de la protección a la infancia se divide en once períodos. Estos son 1600-1821, 1821-1891, 1891-1919, 1919-1931, 1931-1943, 1943-1958, 1958-1966, 1966-1973, 1973-1983, 1983-1989, y 1990-1997. El presente trabajo se centra en la sanción de la ley 10.908 –cuarto período- y su influencia hasta el día de hoy, pese a su derogación, en la inteligencia de que en materia penal pese a los cambios de maquillaje el régimen imperante siempre mantuvo la lógica tutelar, y los cambios destacados por la referida autora tienen que ver con la intervención en el ámbito civil, que nos resulta tan interesante como ajeno.

Posteriormente, con la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>15</sup>, se creó y sancionó el documento que obliga a los Estados a hacer efectivos los derechos y garantías niños y adolescentes, lo que motivó, lentamente, en el mundo<sup>16</sup> y en la República Argentina reformas legislativas, para convertir las leyes que regulan la materia, limitando la intervención tutelar en materia penal<sup>17</sup>. También se incluyeron garantías penales y procesales a favor de los menores, pretendiendo que el modelo siguiera funcionando bajo la concepción de un modelo ecléctico tutelar<sup>18</sup>, por lo que aún se aplica en gran medida, puesto que resulta verdaderamente difícil razonar fuera de un paradigma que tuvo mucho más de medio siglo de vigencia y en el marco de un sistema normativo que se destaca por la vaguedad y los vacíos legales<sup>19</sup>.

Una de las críticas a éste modelo fue que conservaba la intervención de algunas autoridades administrativas, dependientes del mismo Poder Ejecutivo, el Ministerio Público y el Consejo Tutelar –además del Poder Judicial-. El primero para la investigación de los hechos y el segundo para la integración, resolución, instrucción, aplicación, evaluación, conclusión y seguimiento del procedimiento a los menores, de forma tal, que en aras de una mayor protección al realizar un procedimiento especial y diferenciado del proceso penal que se les sigue a los adultos, resultaba violatorio de sus derechos de libertad y debido proceso legal, pues no los reconoce como sujetos plenos de derechos, tornando relativas algunas garantías individuales que la Carta Magna consagra<sup>20</sup>. Al ser inefectivas las garantías que restringen el arbitrio de la autoridad, los encargados de instrumentar el procedimiento no tienen que observar –o por lo menos hacerlo en forma más laxa- los principios de presunción de inocencia, in dubio pro reo, lesividad, igualdad

---

<sup>15</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, el 20/XI/1989. Aprobada en la República Argentina según ley 23.849, sancionada el 27/XI/1990. Promulgada tácitamente el 16/X/1990. Publicada en el B.O. el 22/X/1990.

<sup>16</sup> La gran mayoría de los Estados que ratificaron el instrumento tuvieron que dictar un nuevo régimen en consonancia con la Convención. Entre ellos el Reino de España y República Federal de Alemania.

<sup>17</sup> Cfr. Virginia Sansone. “Delincuencia juvenil. Nuevas tendencias jurisprudenciales”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal abril de 2007. (2007)

<sup>18</sup> En la República Argentina la sanción de la ley 26.061 y la derogación de la ley 10.903 fue en ese sentido. Pero siguió vigente el régimen de la ley 22.278, claramente tutelar. A ello se debe adunar que la ausencia de un orden jurídico claro, hace que las rutinas de los operadores no cambien, ya que mantienen la inercia del régimen derogado frente al vacío normativo.

<sup>19</sup> En este sentido, la derogación de la ley 10.903, dejando vigente la 22.278, y con la sanción de la 26.061, redundó en un vacío legal que solo mediante la interpretación y capacidad de los operadores pudo ensamblarse en un sistema que funciona pese a las grandes contradicciones que entraña.

<sup>20</sup> Tal es así que en muchos casos parece tener más garantías una persona mayor de edad que el propio niño tutelado.

procesal, carga probatoria y podían imponer medidas consideradas restrictivas de la libertad en base al riesgo personal –en términos de su vida privada- en que se encontraba el menor, no utilizando el riesgo procesal o la responsabilidad por el acto como presupuestos necesarios.

El sistema tutelar presenta una serie de irregularidades si se lo interpreta desde la óptica de la Convención de los Derechos del Niño, muy bien desarrollados por la Dra. María José Turano<sup>21</sup>. Las críticas versan, como dijimos, sobre la discrecionalidad<sup>22</sup> de los operadores, la sanción por la conducción de la vida y no por culpabilidad del acto, principalmente la disposición tutelar y la falta de un catálogo de penas alternativas y proporcionales<sup>23</sup>.

Lo anterior, y ante la evidente falta de un debido proceso legal en el ámbito penal, lograron crear la voluntad política para derogar la ley de patronato –Ley 10.903-, sancionar la Ley 26.061, y media sanción para el proyecto integral, que intenta empezar a desterrar al modelo tutelar y generar

---

<sup>21</sup> María José Turano. “Inconstitucionalidad del Art. 1º de la ley 22.278: la consecuencia ineludible de la vigencia plena de la Convención sobre los Derechos del Niño”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal, 31 de marzo de 2008.

<sup>22</sup> Gault at 40: Los 40 años del Caso Gault.29 de mayo de 2007- (<http://justiciapenaladolescente3.blogspot.com.ar/2007/05/gault-at-40-los-40-aos-del-caso-gault.html>) Es importante traer a colación las expresiones sostenidas “*in re Gault*”, de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, 1967. “...El derecho del Estado, como “*parens patriae*”, a negar al niño derechos procesales disponibles para sus mayores fue elaborado desde la afirmación de que un niño, a diferencia de un adulto, tiene el derecho “no a la libertad sino a la custodia”. Él puede ser obligado a retornar con sus padres, a ir a la escuela, etc. Si sus padres fallan en realizar de forma efectiva sus funciones custodiales –esto es, si el niño es ‘delincuente’– el Estado puede intervenir. Al hacerlo, no priva al niño de ninguno de sus derechos porque él no tiene ninguno. Simplemente, le proporciona la ‘custodia’ de la que el niño es titular. Sobre esta base, los procedimientos que involucran menores de edad fueron descritos como ‘civiles’ y no ‘criminales’, y por lo tanto no sometidos a los requerimientos que restringen al Estado cuando busca privar a una persona de su libertad. Por consiguiente, los más altos motivos y los más iluminados impulsos, condujeron a un peculiar sistema para jóvenes, desconocido para nuestro derecho en cualquier otro contexto comparable. La base constitucional y teórica para este sistema peculiar es –por decir lo mínimo– discutible. Y en la práctica... los resultados no han sido enteramente satisfactorios. La historia del Tribunal de Menores ha demostrado nuevamente que la discrecionalidad desenfrenada, no importa cuán benevolentemente motivada esté, es frecuentemente un pobre sustituto para los principios y el procedimiento...”. En el fallo se estableció que todo niño imputado de delito tiene los mismos derechos que la Decimocuarta enmienda reconocía a los adultos, esto es derecho a un debido proceso, a guardar silencio, derecho a defensa y derecho a apelar de las resoluciones judiciales. El sistema vigente en ese país hasta ese momento era eminentemente tutelar. Los hechos del caso versaron sobre un chico de 15 años, Gerry Gault, de Arizona, que fue acusado en el verano de 1964, de hacer unas llamadas indecentes a una vecina y producto de una investigación en la que no se le informó de ningún derecho, sus padres no fueron avisados por la policía de su detención y otras prácticas similares, propias del derecho tutelar, se ordenó su internación en un establecimiento correccional hasta los 21 años. Un adulto condenado por el mismo hecho, podría haber sido condenado a una multa de 50 dólares o a dos meses de prisión. Claramente se violaban no solo las garantías del debido, sino el principio de proporcionalidad por responsabilidad del acto, puesto que un mayor se le imponía una pena sensiblemente menor, aun cuando al niño le era reprochable en menor medida la conducta disvaliosa. En destacado en primer voto, realizada por el justice Abraham Fortas.

<sup>23</sup> Virginia Sansone, “Delincuencia juvenil. Nuevas tendencias jurisprudenciales”. Sup. Penal abril de 2007. (2007). “...No es materia de este trabajo, ahondar sobre el principio de culpabilidad, pero no podemos dejar de mencionar que una conducción culpable de la vida no es una realización culpable del tipo, y sólo ésta es punible. Además, tal culpabilidad por la conducción de la vida disolvería el efecto limitador, propio del estado de derecho, del principio de culpabilidad, que consiste precisamente en su referencia o adscripción a la realización del tipo penal. La culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Al referirnos al principio de culpabilidad, que en éste ámbito penal debe operar bajo los límites de una capacidad de culpabilidad disminuida, por la especial circunstancia etaria, lo hacemos en el entendimiento de la culpabilidad por el hecho individual cometido. Esto significa: solo la culpabilidad existente durante la realización del tipo puede convertirse en fundamento de responsabilidad jurídico penal. Asimismo la imposición de sanción bajo los parámetros del artículo mencionado vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad por el hecho cometido, pues solo se evalúa la conducta posterior...”.



conciencia en los operadores para adoptar el modelo de responsabilidad limitada o imputabilidad penal juvenil, para juzgar a los menores a quienes se les presume la comisión de un ilícito, que el texto de la referida norma no hace más que reiterar el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Posteriormente tuvo media sanción un proyecto de Régimen Penal Juvenil<sup>24</sup> acorde a los estándares que proponemos, pero que a la fecha quedó paralizada. Los rasgos característicos de este nuevo modelo, son el mayor acercamiento a la justicia penal de menores -en lo que se refiere a derechos y garantías individuales- a la de mayores (que paradójicamente posee mejores estándares). Se da un refuerzo de la posición legal de los menores, y una mayor responsabilidad de los jóvenes adolescentes por sus actos delictivos, siendo la responsabilidad por el acto y la culpabilidad disminuida en razón de la edad<sup>25</sup> <sup>26</sup> los parámetros para asignarle una consecuencia punitiva a la conducta antijurídica. En el proyecto se limita al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal y se establece una amplia gama de sanciones como respuesta al conflicto con la norma penal, basadas en principios educativos - preventivo especiales, y la reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad.

Cabe hacer mención que éste nuevo sistema también debería tener como propósito ser la punta de lanza para la reforma integral de la justicia penal para adultos en Argentina, “...ser un verdadero banco de pruebas que permita observar de manera real los principios del sistema acusatorio y un derecho penal mínimo...”<sup>27</sup> <sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Proyecto elaborado por el Senador Nacional Gerardo Morales. El mismo reúne las características exigidas por la legislación internacional y se nota la influencia el modelo alemán y español. En lo personal considero que el mismo es una muy buena propuesta legislativa.

<sup>25</sup> Enrique Bacigalupo, “Derecho Penal, Parte General”. Hammurabi. 2ª edición totalmente renovada y ampliada. (1999). En relación a la atenuación de la pena en razón de la edad, sostiene que “...Se trata de una atenuación basada en una disminución de la culpabilidad por la inmadurez del autor. Los efectos son similares a los de las eximentes incompletas, con las que guarda cierta analogía, dado que el autor tiene una edad que permite responsabilizarlo, pero reconociendo que todavía su madurez no es total y que, consecuentemente, se debe considerar como un factor de atenuación del reproche en el que se basa la culpabilidad...”.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “*Mendoza y otros vs. Argentina*”, sentencia del 14 de mayo de 2013. La Corte sostuvo que la República Argentina, entre otras violaciones, expresó que la condena a prisión perpetua a menores de edad es un trato cruel e inhumano, entre otras cosas, por desproporcionado, y viola los Arts. 5.1, 5.2 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los Arts. 19 y 1.1 de la misma.

<sup>27</sup> Cfr. Jorge Arturo Mata Aguilar. “El derecho penal juvenil en México. La constitucionalización de las garantías penales de los adolescentes en México y la ley de justicia para menores del estado de Querétaro”. <http://www.monografias.com/trabajos53/derecho-penal-juvenil/derecho-penal-juvenil2.shtml>. En México, como en casi todos los países de Latinoamérica, las etapas de evolución en la materia fueron similares.

<sup>28</sup> Garantías penales efectivas, menor uso de la prisión preventiva, oralidad, intermediación y contradicción en el juicio, libre valoración de pruebas, publicidad y motivación sustancial de la sentencia, imposición de penas alternativas y mediación penal.

Este es el modelo al que consideramos como verdadero norte para guiar la construcción de un sistema acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño. Es verdaderamente importante destacar que el contexto internacional viró hacía el mismo desde hace tiempo<sup>29 30</sup>.

En síntesis, hacia el año 1919, comienza a regir en la República Argentina la Ley de Patronato de Menores –modelo tutelar-, siendo que el ámbito penal, desde 1921 y hasta mediados de la década del cincuenta<sup>31</sup>, la imputabilidad de los menores estuvo incorporada al Código Penal -Arts. 36 y concordantes-<sup>32</sup> que fijaba la edad de impunidad en de 14 años<sup>33</sup>. Luego fue modificado por la ley 21.338<sup>34</sup>, que en sus artículos 1 al 13 dispuso sobre el régimen aplicable a los menores que incurrieran en hechos que la ley califica como delitos. Estas disposiciones fueron posteriormente derogadas por la ley 22.278, que estableció el actual régimen, tutelar mixto, fijando la imputabilidad de los mismos a partir de los 16 años de edad.

Entendemos que a esta altura del desarrollo progresivo en materia de derechos humanos, la República Argentina debería asumir que el único modelo viable de acuerdo a la normativa internacional es el de responsabilidad limitada, tal como proponemos en el presente trabajo.

---

<sup>29</sup> Cfr. Mary Beloff. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23878.pdf>. En referencia al sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes.

<sup>30</sup> Los regímenes que consideramos modelos a seguir son el alemán (Ley Judicial Juvenil Alemana) y el español (Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores).

<sup>31</sup> Ley 14.394, sancionada el 14 de diciembre de 1954, promulgada el 22 de diciembre 1954, arts. 1 al 13 derogados por la Ley 22.278. En la ley 14.394 quedaban fuera del ámbito de intervención material los delitos que no excedieran de un año de prisión, de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación. En la ley 22.278/22.803 la despenalización es un tanto más generosa, pues se extiende a los tipos penales reprimidos con pena de hasta dos años de prisión.

<sup>32</sup> Ley 11.179, arts. 36 al39, derogados por la Ley 14.394.

<sup>33</sup> Han habido numerosos proyectos de reformas al Código Penal, entre otros, los parciales sobre el estado peligroso de 1924, 1926, 1928 y 1932 y el del senado de 1933 y los de reforma total de los Dres. Coll y Gómez (1936), de orientación positivista; de Peco (1941), neo – positivista y con una importante exposición de motivos; de 1951; y el de 1960, redactado por el Dr. Soler. Después del Proyecto de 1960, vino el de 1963, redactado por una comisión designada por el Poder Ejecutivo; el proyecto de 1973, elaborado por la comisión designada por resolución ministerial del 25 de octubre de 1972, el Proyecto de 1974, redactado por una subcomisión, que en general se aparta menos del Código Penal que los dos anteriores. Por último están el Proyecto de del Dr. Sebastián Soler de 1979 (Soler, Aguirre Cabral y Rizzi) y el que en 1994 propiciara el Poder Ejecutivo, sobre la base de las innovaciones que sugirió el Dr. Zaffaroni en su anteproyecto de reformas elevado al Ministerio de Justicia de la Nación el 15 de agosto de 1991. El último proyecto, dirigido por el Dr. Baigún, y en el que participaron los Dres. Chiara Díaz, De Luca, Erbetta, Ferreira, Hendler, Ochoa, Yacobucci y Tizó, coordinado, Dr. Alejandro Slokar –como Secretario de Política Criminal-, tuvo un gran impulso sobre el 2006, pero a la fecha, lamentablemente, perdió estado parlamentario.

<sup>34</sup> Ley 21.338, sancionada el 25 de junio de 1976. B.O. 1 de julio de 1976.

### **III. Panorama internacional.**

En el contexto internacional, y también en razón de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, los países miembros de las Naciones Unidas han efectuado de manera gradual la recepción de la Convención y reforma de sus leyes en el ámbito interno<sup>35</sup>.

De manera específica, los países miembros de la Unión Europea han promulgado e implementado desde mediados de los años ochenta, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, leyes y ordenamientos con respecto a los menores criminalizados, y la complementaron cuando en 1989 se suscribió la Convención. Es verdaderamente importante el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea” -15 de marzo de 2006-. En él se evalúa el estado y la perspectiva de la ya conceptualizada justicia penal juvenil en la Unión Europea<sup>36</sup>.

La mayoría de los países latinoamericanos<sup>37</sup> también han realizada significativas reformas en sus legislaciones, inmersos en el proceso de cambio en la forma de hacer justicia, derivado de la normalización democrática, supliendo la forma meramente punitivista del derecho penal que viene heredado de una tradición de años, para pasar a una lógica de protección integral de la niñez y la adolescencia<sup>38</sup>.

Caso ejemplar fue Brasil, que en 1990 promulgó uno de las leyes más avanzadas en materia de protección integral de los derechos de la niñez; “El Estatuto del Niño y Adolescente”, que ha servido de modelo en varios países de la región<sup>39</sup>. Otro

---

<sup>35</sup> Paradójicamente, los Estados Unidos de Norteamérica sin haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, ha generado el fallo “*in re Gault*”, hito jurídico que nuestra comunidad latinoamericana aún no iguala. (387, U.S. 1, 1967).

<sup>36</sup> Cfr. Jorge Arturo Mata Aguilar. “El derecho penal juvenil en México. La constitucionalización de las garantías penales de los adolescentes en México y la ley de justicia para menores del estado de Querétaro”. <http://www.monografias.com/trabajos53/derecho-penal-juvenil/derecho-penal-juvenil2.shtml>.

<sup>37</sup> Cfr. Mary Beloff. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23878.pdf>. En referencia al sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Se describen las reformas normativas llevadas adelante en Brasil, Perú, Guatemala, Nicaragua, Honduras, Bolivia, Ecuador, República Dominicana, Costa Rica, los anteproyectos y proyectos de Uruguay, Venezuela, Panamá, Chile. Nos animamos a agregar México.

<sup>38</sup> Cfr. Jorge Arturo Mata Aguilar. “El derecho penal juvenil en México. La constitucionalización de las garantías penales de los adolescentes en México y la ley de justicia para menores del estado de Querétaro”. <http://www.monografias.com/trabajos53/derecho-penal-juvenil/derecho-penal-juvenil2.shtml>. En México, como en casi todos los países de Latinoamérica, las etapas de evolución en la materia fueron similares.

<sup>39</sup> Cfr. Emilio García Méndez. “Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia”, México, Fontamara. (2001)

ejemplo se visualiza en Costa Rica, que el día 30 de abril de 1996 promulgó su “Ley de Justicia Penal Juvenil”<sup>40</sup>.

Si bien quedó demostrada la demora con la que la República Argentina inició el cambio de conciencia, de modelo, y la implementación de su sistema, creo que es una ventaja al poder examinar las experiencias positivas y los retrocesos que algunos de los países han experimentado, para no repetirlos. En tal sentido, es verdaderamente importante tener en cuenta la opinión del Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, que realiza observaciones a los informes periódicos que cada país rinde con respecto al cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño. La República Argentina recibió una serie de sugerencias al largo de estos años, algunas en el marco de las recomendaciones generales, pero otras muy duras en relación al caso concreto de la realidad propia del país<sup>41</sup>. Lo cierto es que todas ellas se encaminan en la necesidad de “aggiornar” el sistema para que pueda encuadrar en los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niños y de las Opiniones Consultivas<sup>42</sup>. En este sentido creo particularmente importante a la hora de pensar el sistema penal para menores la Opinión Consultiva nro. 17<sup>43</sup>, del año 2002, en la que se destacan diversas e importantes conclusiones<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. Mary Beloff. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23878.pdf>. En referencia al sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Se describen las reformas normativas llevadas adelante en Brasil, Perú, Guatemala, Nicaragua, Honduras, Bolivia, Ecuador, República Dominicana, Costa Rica, los anteproyectos y proyectos de Uruguay, Venezuela, Panamá, Chile. Nos animamos a agregar México.

<sup>41</sup> Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos notificado a la Argentina el 5 de julio del presente año “Mendoza y otros c/ Argentina”.

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió por la inconstitucionalidad de la prisión perpetua a menores en Argentina, en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones”. Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, No. 260.

<sup>43</sup> Corte Interamericana de Derecho Humanos, Opinión Consultiva n° 17 (2002). “Condición jurídica y derechos humanos del niño”. Solicitud de opinión consultiva de la Comisión Interamericana. En 2001 la Comisión Interamericana solicitó a la Corte una Opinión Consultiva, afirmando que en distintos países americanos los derechos y garantías reconocidos por los arts. 8 y 25 de la Convención (protección judicial y garantías judiciales) no son plenos respecto de los niños en jurisdicción penal, civil y administrativa, pues los Estados, al dictar medidas de protección a favor de los menores (art. 19 de la Convención), debilitan sus garantías judiciales, es decir, cuando cumplen su obligación de dictar medidas especiales a favor de los menores para suplir su situación de inferioridad, hacen pasar a segundo plano sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, lo que implica que éstas pueden ser menoscabadas, y con ello afectar también otros derechos que dependen de esas garantías, como los derechos a la integridad personal, la libertad, la dignidad y la protección de la familia. La Opinión que solicita, entonces es que la Corte, en base a la interpretación que cabe dar a los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, determine si las medidas especiales establecidas en el art 19 de la Convención constituyen “límites a la discrecionalidad de los Estados” respecto de los niños. Dice la Comisión que estas medidas que adoptan los Estados y que afectan las garantías judiciales, son: los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos, por lo cual su intervención (por sí o por sus representantes) en juicio civil como penal se reduce o anula; esa carencia de juicio es presumida por el funcionario, que, al tomar decisiones que cree basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías; las condiciones familiares del niño (situación económica, falta de recursos y de educación) pasan a ser factores centrales para decidir la responsabilidad del niño en jurisdicción penal o administrativa, o cuando hay que adoptar medidas que afecten derechos como la libertad o el derecho a la familia; finalmente, la consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos familiares) puede usarse para aplicar medidas que están normalmente reservadas para figuras delictivas, aplicables sólo bajo debido proceso. La Comisión pide que la Corte se pronuncie además sobre si las siguientes medidas son compatibles con los arts. 8 y 25: la separación de menores de sus padres o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso, que sus familias no pueden educarlos y mantenerlos; la pérdida de

Cualquier sistema construido sobre esa base se encuentra dentro de los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, y por eso tiene puntos de conexión de sistemas comparados, como el vigente en el Reino de España<sup>45</sup> o en la República

---

libertad a través de la internación del menor en establecimientos de custodia, por considerar que están abandonados o que son proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad (causales que no son figuras delictivas); la aceptación de confesión del menor en sede penal sin las debidas garantías; la tramitación de juicios administrativos en los que se definen derechos del menor, sin la garantía de defensa; y la determinación de sus derechos en procedimientos administrativos y judiciales sin la garantía a ser oído y sin considerar su opinión y preferencias.

<sup>44</sup> Las conclusiones fueron: 1.- Que de acuerdo con el derecho internacional de los Derechos Humanos, en el cual se enmarca el Art. 19 de la Convención, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección. 2.- Que la expresión “interés superior del niño” a que alude la Convención sobre los derechos del Niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para elaborar y aplicar las normas relativas a la vida del niño. 3.- Que el principio de igualdad consagrado por la Convención sobre Derechos Humanos no impide que se adopten medidas específicas respecto de los niños, porque estos requieren de un trato diferente dadas sus condiciones especiales. Ese trato diferente debe orientarse a proteger los derechos de los niños. 4.- Que la familia es en ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, por lo que el Estado debe apoyar a la familia adoptando medidas que le permitan a ella cumplir esa función primordial. 5.- Que debe preservarse y fortalecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que haya razones para separarlo de la familia en función de su interés superior. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. 6.- Que para atender a los niños el Estado debe contar con instituciones que tengan personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia en estas tareas. 7.- Que el respeto del derecho a la vida de los niños abarca no sólo prohibiciones, entre ellas la de la privación arbitraria (Art. 4 de la Convención), sino también que deben adoptarse medidas para que la vida de los niños se desarrolle en condiciones dignas. 8.- Que la verdadera y plena protección del niño significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, y los Estados parte en los tratados internacionales de Derechos Humanos deben adoptar medidas positivas para proteger los derechos de los niños. 9.- Que los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos deben adoptar medidas positivas para proteger a los niños contra malos tratos, por parte del Estado o de particulares. 10.- Que en los procesos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de menores se deben cumplir los principios del debido proceso, lo que abarca la garantía del juez natural, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa. 11.- Que los menores de 18 años a quienes se atribuye una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los que corresponden a los mayores. 12.- Que la conducta indicada en el punto anterior debe estar descrita en la ley penal, y otros casos, como abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad deben ser atendidos en forma distinta a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas, pero en esos casos también hay que observar el debido proceso. 13.- Que pueden emplearse vías alternativas de solución de controversias que afectan a los niños, pero esos medios alternativos no podrán alterar o disminuir sus derechos.

<sup>45</sup> Cfr. Virginia Sansone y Fernando Fiszer. “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España”. Revista de derecho penal, Rubinzal-Culzoni Editores, número 3 del año 2003. (2003). En cuanto al paralelismo entre el Reino de España y la República Argentina en la materia, es destacable que ambos países atravesaron períodos por demás similares. Efectivamente, en España el denominado Derecho Penal de Menores puede ser enmarcado en tres períodos: uno de corte netamente tutelar, otro de transición o transformación y el tercero de resguardo y respeto a los derechos y garantías. El primero comienza a principios del siglo XX, con la sanción de la Ley de Bases, del 2 de agosto de 1918 –inspirada en la Ley Belga del 15 de mayo de 191245- y el articulado de la Ley del 25 de noviembre del mismo año, nació el primer Tribunal de Menores en España, con asiento en la ciudad de Bilbao, que comenzó a actuar el 8 de mayo de 1920. Posteriormente surgieron otros en ciudades como Valencia y Almería, para extenderse paulatinamente por toda España. La legislación fue evolucionando hasta la confección del texto refundido de la Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores, del 11 de junio de 1948 y el Reglamento para su ejecución. La Constitución promulgada en 1978 trajo consigo principios informadores de las normas procesales, garantizando, entre otros, el principio de legalidad y el derecho al debido proceso adjetivo. En particular, ha reconocido los derechos de los menores, de forma clara y reiterada, recogiendo un amplio abanico de protección a la familia; a pesar de lo cual, la primera modificación sustancial que registra la legislación de menores, la encontramos en la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial –del 1 de julio de 1985-45. Como desarrollo de los principios constitucionales –el artículo 39.4 de la Constitución española establece: “Los niños gozaran de la protección de los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”- se han producido profundas transformaciones, como ser la obligación de reconocerle raigambre constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 1.386 (XIV) de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 199045. El segundo período, de transición o transformación, tiene su inicio con la sentencia 36/1991, del Pleno del Tribunal Constitucional, del 14 de febrero45, que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, regulador del procedimiento ante estos órganos. En la misma se sostuvo que esta ley, en cuanto asignaba a los Tribunales funciones tanto de instrucción como decisorias (artículo 15), implicaba una vulneración del principio constitucional, del artículo 24 de la Constitución española, de imparcialidad judicial. Se produjo así un vacío legislativo, que hizo necesario proporcionar a los Juzgados de Menores, nuevas normas de procedimiento, por lo que el Gobierno envió un proyecto de reforma parcial de la legislación, que dio origen a la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, nro. 4/1992, del 5 de junio. El tercer período tuvo su inicio el 13 de enero de 2001, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000, de 12 de enero). La misma cristaliza la evolución ocurrida en la materia, consagrando el modelo de responsabilidad penal que supone la vigencia de principios básicos del Estado de Derecho, como el principio de legalidad en su triple proyección sustantiva de tipicidad de la infracción y sanciones, así como procesal, con vigencia de derechos fundamentales, como los de presunción de inocencia, derecho de defensa y el de tutela judicial efectiva. Con esta ley, se regulan los aspectos sustantivos y procesales en la depuración de la responsabilidad penal de los menores. Entendemos que se inspira en la protección del menor, más que en la defensa social, e introduce principios novedosos en el ordenamiento jurídico, como son, fundamentalmente, el principio de oportunidad –en el ejercicio de la acción penal-, el monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Fiscal, la conciliación, mediación y reparación con la víctima, la instrucción penal por parte del Ministerio Fiscal, y un catálogo de medidas educativas/sancionadoras, diferentes a las penas del Código Penal. Al respecto se recomienda la lectura de “La Ley Orgánica

Federal de Alemania<sup>46</sup>, en los que inspiramos nuestra propuesta.

En este sentido, y debido a similitud de idiosincrasias, es importante destacar la “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España”<sup>47</sup>, la que, siguiendo el pormenorizado análisis efectuado por la Dra. Virginia Sansone y el Dr. Fernando Fiszer<sup>48</sup>, establece un sistema de responsabilidad penal, en el cual se garantiza al menor el respeto de todos sus derechos fundamentales y principios constitucionales. Gracias a esa reforma España abandonó el antiguo sistema tutelar –similar al nuestro-, para consagrar el denominado “sistema de garantías”; que es el que rige en la mayoría de los Estados de Derecho. Se dejó de lado la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa –por lo que no tienen o lo que no saben o no son capaces-, redefiniéndose de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho, y les reconoce todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales, sin desconocer una edad mínima para la punibilidad y el trato especial en razón de la edad.

Asimismo los referidos autores<sup>49</sup> señalan que, debido a la reforma, se jerarquizó la función del Juez -algo en lo que también coincidimos-, en tanto a que éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, su función es la de “juzgar” con toda la extensión de dicho término y no la de obrar como un padre asistencialista en términos de tutela. La ley española establece, como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven, un catálogo de medidas alternativas a la privación de la libertad –que se torna verdadera *ultima ratio*-. Las mismas van desde la advertencia y la amonestación, hasta los regímenes de semi-internación. Sé que algunos sectores pueden ser críticos frente a una postura como la que asumimos, ya que muchos bregan por posturas abolicionistas –que generan grandes y atinados diagnósticos, pero son de difícil aplicación, sobre todo a nivel de política criminal- y los que defienden la

---

Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España” publicado en la Revista de derecho penal, Rubinzal-Culzoni Editores, número 3 del año 2003. Los autores, Virginia Sansone y Fernando Fiszer, desarrollaron con gran claridad el paso de sistemas, por lo que se recomienda la lectura de su artículo que aquí transcribimos en parte.

<sup>46</sup> Ley de Tribunales de Jóvenes alemana (JGG).

<sup>47</sup> Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en el Reino de España (LO 5/2000). Entró en vigencia el 13 de enero del 2001.

<sup>48</sup> Cfr. Virginia Sansone y Fernando Fiszer. “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España”. Revista de derecho penal, Rubinzal-Culzoni Editores, número 3 del año 2003. (2003)

<sup>49</sup> Cfr. Virginia Sansone y Fernando Fiszer. “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España”. Revista de derecho penal, Rubinzal-Culzoni Editores, número 3 del año 2003. (2003)

máxima intervención –principalmente los que militan en la industria del control del delito o aquellos oportunistas devotos del derecho penal simbólico-<sup>50</sup>.

Tal como refiere la Dra. Mary Beloff<sup>51</sup>, el derecho penal mínimo surge como la única alternativa posible para justificar en nuestra sociedad la administración de los conflictos violentos mediante reacciones estatales coactivas. Su importancia se hace más evidente a la hora de analizar y dar respuesta a los problemas sociales definidos como criminales en el contexto de la tarea siempre inacabada de construcción de un Estado y una sociedad democrática.

Creemos que ese es el camino que debe desandar la legislación nacional, ya que la experiencia Española fue y es muy buena, generando incluso, la proliferación de medidas alternativas de solución de conflictos y un auge en la mediación penal, dentro del contexto del derecho penal minoríl. Por ello es que abogamos por su influencia en nuestro subsistema penal.

---

<sup>50</sup> Cfr. Mary Beloff. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23878.pdf>

<sup>51</sup> Cfr. Mary Beloff. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23878.pdf>.

#### **IV. Argentina: Situación histórica y actual.**

Brevemente resumiré lo períodos de protección de la infancia en nuestro territorio, ello siguiendo el esquema profusamente elaborado por la Lic. Ana María Dubaniewicz<sup>52 53</sup>, pese a que nuestro trabajo se centra en los períodos posteriores a la sanción de la ley 10.903 y su influencia proyectada hasta la actualidad en materia estrictamente punitiva, ya que lo que pretendemos es la fundamentación de un sistema de responsabilidad juvenil limitada. Debo decir que el trabajo referido<sup>54</sup> merece ser leído por todo abogado que necesite comprender en forma cabal y comprometida los orígenes del derecho de la minoridad, su desarrollo, vaivenes y su posible futuro. Por tal motivo, su cita resulta ineludible para este trabajo.

En esa línea, el primer periodo de protección a la infancia se establece entre los años 1600 y 1821<sup>55</sup>, y se inicia con las mismas Leyes de Indias. El origen de nuestras instituciones que hoy ejercen la asistencia del menor en estado de carencia o abandono, se remonta a nuestra dependencia de los Reyes de Castilla y Aragón –sostiene Dubaniewicz-, cuyo poder central estaba en España. Toda esa época dejó huellas profundamente cristianas y su móvil fue la caridad, que sirvió como único fundamento filosófico de la marcha y organización de las obras de bien público. Del Rey dependían las Leyes de Indias<sup>56</sup>, entre las que figuraban iguales derechos sobre la división de tierras para el aborígen y el español; el que debía ser bien tratado y no sujeto a servidumbre, así como no podían ser enajenados ni ser puestos en venta en las haciendas, entre otras condiciones de justicia<sup>57</sup>. En cuanto a la situación de los menores abandonados, el Rey Carlos IV por Real Cédula les concedía legitimidad civil.

---

<sup>52</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997)

<sup>53</sup> También obtuvimos información del trabajo realizado por Andrés Thompson, con la colaboración de María Andrea Campetella. “El “Tercer Sector” en la historia argentina”. Sala de lectura consejo latinoamericano de ciencias sociales (CLACSO) url: <http://www.clacso.org>. (1994)

<sup>54</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) De la misma autora también es recomendable la lectura de "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997)

<sup>55</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997)

<sup>56</sup> Coincidimos con la autora, Ana María Dubaniewicz, en que esas humanas disposiciones fueron desvirtuadas por los conquistadores. Lamentablemente los hechos suelen desvirtuar el espíritu de la ley y sus autores.

<sup>57</sup> La Lic. Dubaniewicz, en la obra citada, distingue que era a la mujer y al niño a quienes se pretendía cuidar en todo sentido: les estaba prohibido a las indias solteras pernoctar en casa de sus amos y ser nodrizas o amas de los hijos de los españoles, en razón de que “la leche de la madre pertenece a su hijo”. Toda la Legislación de Indias estuvo inspirada dentro de la doctrina de los católicos sociales de aquella época.



Posteriormente, el hospital militar que figuró con diversos nombres -San Martín, Santa Catalina y otros-, estaba destinado a ser Hospital de Hombres, y fue levantado por Juan de Garay. En él se recluían varones carentes de recursos, siendo durante mucho tiempo la única institución encargada de prodigarles asistencia, y siempre en forma precaria. Estaba a cargo de los Padres Betlemitas y de los de la Hermandad de la Santa Caridad, sostenido por el Cabildo. A este hospital, lo siguió en 1611 la fundación del Hospital de Mujeres<sup>58</sup>.

En 1699, siendo Capitán General de las Provincias del Río de la Plata, Agustín de Robles Lorenzana<sup>59</sup>, se gestionó ante el Cabildo la cesación del Hospital San Martín de hombres, para instalar una casa destinada a niñas huérfanas y desvalidas. En 1755, el Hermano Mayor de la Hermandad de la Santa Caridad D. F. Álvarez Campana, fundó casi a sus expensas y previo permiso secular eclesiástico, un nuevo Colegio de Huérfanas sito en la calle San Miguel, hoy Bartolomé Mitre, comenzando su actividad con veinticuatro asiladas.

En 1779 se inauguró la Casa de Niños Expósitos dispuesta por el Gobernador Virrey Vértiz, distinguido también por haber creado el protomedicato que dio origen a nuestro sistema sanitario en 1780. Siguiendo las normas de instituciones similares de España, los niños abandonados se recibían en un “torno”, que era una cuna donde se depositaban los bebés en forma anónima, a fin de evitar el infanticidio. Al finalizar el mandato del Gobernador Virrey Vértiz, esta institución fue entregada a la Hermandad de la Santa Caridad<sup>60 61</sup>.

Previo a cualquier generalización, convendría situarnos en la época psico-socio-cultural correspondiente a este período. La implementación del “torno”, resultó una eficaz medida para muchas personas, que ya no llevarían sobre sus conciencias la culpa por la muerte o desistimiento de sus hijos no deseados. Brindo clemencia para esos bebés que tendrían la posibilidad de que alguien se responsabilizara por ellos. También la

---

<sup>58</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

<sup>59</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

<sup>60</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

<sup>61</sup> Andrés Thompson, con la colaboración de María Andrea Campetella. “El “Tercer Sector” en la historia argentina”. Sala de lectura consejo latinoamericano de ciencias sociales (CLACSO) url: <http://www.clacso.org>. (1994)

fundación de instituciones para niños expósitos y huérfanos, resultó una solución alternativa y sustitutoria de sus ámbitos familiares, de los que la incipiente sociedad no podía o no quería hacerse cargo. Así los chicos fueron internados en instituciones para su protección y cuidado, mediante la caridad<sup>62</sup>. Claramente la raíz tutelar de todo sistema en nuestro país proviene desde nuestros propios orígenes y están signadas por la caridad y asistencia. Debo decir que no le quito valor, todo lo contrario, pero considero que estas son medidas atinadas en el marco de un proceso civil, mas no en uno penal. Lo consideramos inconstitucional en cuanto impone una sanción punitiva por el riesgo, irregularidad, o conducción de la vida de un niño y no por la culpabilidad por el acto<sup>63</sup>.

El segundo período de protección a la infancia, tal como desarrolla la Lic. Ana María Dubaniewicz<sup>64</sup>, es el comprendido entre los años 1821 y 1891. Lo más relevante del mismo, desde mi punto de vista, es que en 1821, durante el gobierno de Martín Rodríguez, se crea el cargo Letrado de Defensor de Pobres y Menores, siendo éste el primer funcionario judicial especializado en minoridad. El 1º de julio de 1822, por decreto del Gobernador Rodríguez refrendado por Bernardino Rivadavia, Ministro de Gobierno, se suprime la Hermandad de la Santa Caridad, en consideración a que la administración de los hospitales pertenece a la alta policía de gobierno<sup>65</sup>. Se nombra en su lugar una Comisión para que entienda en la reglamentación del establecimiento, que en adelante sería sostenido por el erario público como “Colegio de Huérfanas de La Merced” y más tarde como Casa de Huérfanas “Crescencia Boado de Garrigós”<sup>66</sup>.

En la Ciudad de Buenos Aires, en 1823, y por orden de Bernardino Rivadavia, se crea la “Sociedad de Beneficencia”, a la que se encomienda la dirección e inspección de la Casa de Niños Expósitos. La Ley de Reforma del Clero y la creación de esta entidad, son medidas basadas en otras similares de la España de Carlos III. La Sociedad de Beneficencia imita a las Juntas de Damas propiciadas por el Ministro Conde de Floridablanca, y evidencia la influencia de la Sociedad Filantrópica Francesa que

---

<sup>62</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

<sup>63</sup> Virginia Sansone, “Delincuencia juvenil. Nuevas tendencias jurisprudenciales”. Sup. Penal abril de 2007. (2007).

<sup>64</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

<sup>65</sup> Cfr. Andrés Thompson, con la colaboración de María Andrea Campetella. “El “Tercer Sector” en la historia argentina”. Sala de lectura consejo latinoamericano de ciencias sociales (CLACSO) url: <http://www.clacso.org>. (1994)

<sup>66</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

Bernardino Rivadavia conoció en Europa. Con la instalación de esta sociedad, el Estado respalda económicamente a la mujer delegándole una institución de carácter intermedio y con sentido filantrópico. Comienza a producirse una gradual intervención del gobierno en las áreas de la educación y bienestar femeninos<sup>67</sup>.

La Constitución Nacional de 1853 tuvo un rol destacado en la materia. Posteriormente ha habido reformas en los años 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994. En todas ellas de una u otra forma contemplaron los derechos de las personas pertenecientes a sectores vulnerables.

En este período histórico, vemos con claridad la interrupción de las prestaciones y funciones de asistencia institucional, debido a cambios en la estructura gubernamental, con la inestabilidad que trae aparejada para los desvalidos, como así mismo para las personas responsables por ellos. También fue imbuido por un sentido de “beneficencia”, como el nombre lo indica. Esta entidad recibió aporte estatal por parte de los réditos de las decenas de loterías, además de los ingeniosos eventos organizados para recaudar fondos, sumados a legados y donaciones de personalidades de esa época, lo que permitió hacer figurar a encumbradas señoras y señores, y la comunidad les otorgó poder social y de decisión respecto de la vida y futuro de los niños a su cuidado. Aun así, su obra fue notable, loable; su acción perduró en el tiempo. La iniciativa de instaurar la Oficina Abierta de orden confidencial, blanqueó el abandono de los niños y permitió ayudar a esas madres desorientadas las más de las veces, instándolas a conservar el vínculo materno-filial, hecho que antecede al actual “Programa de Prevención del Abandono y Maltrato”. Al independizarse la caridad de lo religioso, se modificó el sistema de atención a los niños, que bajo preceptos morales y de ejercicio de la virtud, hizo hincapié en la preparación de la mujer para casarse y del varón para ejercer un oficio, algo que respondía a la idiosincrasia de la época<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Cfr. Andrés Thompson, con la colaboración de María Andrea Campetella. “El “Tercer Sector” en la historia argentina”. Sala de lectura consejo latinoamericano de ciencias sociales (CLACSO) url: <http://www.clacso.org>. (1994)

<sup>68</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

El tercer período, siguiendo la línea de análisis de la Lic. Dubaniewicz<sup>69</sup>, es el comprendido entre los años 1891 y 1919, en donde surge, primeramente, el “Patronato de Asistencia a la Infancia”. En diciembre de 1890, a instancias del Intendente Municipal Pedro Bollini, fue nombrada una comisión especial conformada por los doctores Coni, Podestá, Ramírez, Penna, Piñero y Martínez, a fin de estudiar las cuestiones relativas a la protección y asistencia a la infancia, considerando que no existían leyes o disposiciones para proteger a los niños desde el nacimiento hasta la pubertad<sup>70</sup>. Esta Comisión debía investigar la proporción del abandono en la Capital Federal en relación con la mortalidad infantil; la influencia del “torno libre”<sup>71</sup> en el abandono de recién nacidos, y los medios para prevenirlo, y además organizar la asistencia a la infancia.

En marzo de 1892, la Comisión presentó los resultados de sus trabajos, y adjuntaron la propuesta de creación de un servicio especial denominado “Patronato de Asistencia a la Infancia”, cuyos propósitos y organización se detallan en el proyecto de decreto y mensaje<sup>72 73</sup>.

---

<sup>69</sup> Conf. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>70</sup> Conf. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>71</sup> Torno: cuna donde se depositaban los bebés en forma anónima, a fin de evitar el infanticidio. El “torno” fue introducido en el año 1196 a instancias del Papa Inocencio II, en el Ospedale di Santo Spirito. Este vocablo que proviene del latín “tornus” y del griego “tornos”, significa “giro - vuelta”. De allí que el infante fuera dejado en esa especie de receptáculo o ventana que al girarla, quedaba hacia el interior en donde se recogía al bebé.

<sup>72</sup> Conf. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). Este Patronato dependería de la Intendencia Municipal, y entre otros ítems incluiría: 1) Ejercer el patronato sobre niños enfermos, pobres, defectuosos, maltratados y moralmente abandonados. 2) Vigilar por medio de inspectores la lactancia mercenaria y dictar una reglamentación adecuada. 3) Concentrar los esfuerzos de las sociedades caritativas en el mejoramiento de las condiciones en que viven los niños pobres, en cuanto a la alimentación, vestimenta, educación, instrucción, vivienda y otras circunstancias. 4) Difundir nociones de higiene infantil. 5) Reglamentar el trabajo de la mujer en la industria. 6) Fomentar la creación de asilos maternos para mujeres pobres durante el embarazo y parto (única existente en el Hospital Rivadavia de la Sociedad de Beneficencia). 7) Crear salas-cuna o crèches (guarderías) para menores de 2 años, a fin de que las madres puedan trabajar. 8) Crear escuelas de imbéciles e idiotas en instituciones anexas a los manicomios. 9) Crear una escuela para ciegos y otra para tartamudos. 10) Inspeccionar la higiene de las escuelas públicas y particulares. 11) Crear dispensarios para tratamientos ambulatorios de niños en los barrios pobres. 12) Reglamentar el trabajo de los niños en la industria. 13) Favorecer la creación de sociedades protectoras de la infancia en las parroquias. 14) Ejercer la tutela de los niños maltratados o en peligro moral, considerando bajo esta denominación a aquellos que son objeto de malos tratos físicos habituales y excesivos; a los que a consecuencia de negligencia grave de los padres están privados de los cuidados indispensables; a los que se entregan a la mendicidad, vagancia y libertinaje, y a los empleados en oficios peligrosos, especialmente aquellos niños cuyos padres tengan mala conducta notoria y escandalosa: se embriaguen, sean mendigos, condenados por crímenes o robo, o ultrajen las buenas costumbres, entre otras situaciones críticas. Avalarían estas fundamentales sugerencias de la Comisión Especial, y las conclusiones a las que finalmente, y tras dos años de profundo estudio arribaron, el respaldo de las estadísticas. Además de los objetivos del Patronato a crearse, la Comisión Especial detalla las Medidas para prevenir la morbilidad y mortalidad infantil: solucionar el problema de ilegitimidad que conlleva a la ausencia de cariño, a la falta de alimentación conveniente, a la carencia de abrigo, al abandono de la educación e higiene del niño, y al peligro de muerte en el claustro materno. Según el Dr. Coni, “el 13,8% de nuestra mortalidad general les corresponde como tributo doloroso que pagamos a nuestras deficiencias de higiene pública y administrativa”. Urge filtrar el agua bebida en casas públicas, colegios e inquilinatos; aislar a los enfermos contagiosos creando instalaciones especiales; realizar imprescindiblemente desinfección en establecimientos públicos o privados y vacunación obligatoria; reformar las disposiciones vigentes sobre mujeres de mala vida; inspección veterinaria de carnes en los mataderos, e inspección higiénica y médica en los colegios, que se convierten en un medio favorecedor de la propagación de las enfermedades contagiosas; edificar estas escuelas en condiciones de luz y ventilación adecuadas, y favorecer a

El 23 de abril de 1891, el Intendente Municipal decretó la obligatoriedad de declarar, al médico municipal, si el niño nace muerto, a fin de que quede registrado en un libro especial para el “Registro Civil” y la “Oficina de Estadísticas”, ello a fin de prevenir, registrar y perseguir el infanticidio. Finalmente, el 24 de abril de 1891 fue suplantado el torno<sup>74</sup> por la “Oficina Libre”; se acordaron socorros a las madres, y sólo se podrían retirar a los niños hasta cuatro años después de entregados, quedando esta oficina bajo la administración de la “Sociedad de Beneficencia”<sup>75</sup>.

El “Patronato de la Infancia” fue una entidad, inspirada en el informe de la comisión especial sobre “Patronato de Asistencia a la Infancia”. Fue creada como asociación privada el 12 de mayo de 1892 con el fin de proteger a la niñez contra el abandono, la ignorancia, la miseria, enfermedades, vicios, malos tratos y los “ejemplos inmorales”. Gran parte de su obra<sup>76</sup> —que se extiende hasta nuestros días—, estuvo destinada a corregir los efectos del abandono mediante la tutela de menores huérfanos, abandonados o indigentes<sup>77 78</sup>. En cuanto al marco normativo de la época, se destaca que abolido el

---

las empresas que construyan viviendas para obreros según planos de la Intendencia; dictar una reglamentación general sobre el trabajo en las fábricas que asegure la salud de los obreros y niños, siendo en el caso de estos últimos la edad de trabajar a partir de los 12 a 14 años con 6 horas de tareas diarias, y los de 14 a 16 años de 8 horas con reposo de una hora al mediodía, debiendo presentar el certificado de grado escolar mínimo que prescribe la Ley de Educación Común sancionada en 1884, bajo el Gobierno del Presidente Domingo Faustino Sarmiento.

<sup>73</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). La Comisión Especial presentó varios proyectos, entre ellos el Proyecto de Ley de Creación del Patronato de Asistencia a la Infancia; otro que prohíbe incluir a los niños en el trabajo nocturno, y en los días domingos y festivos; de vacunación obligatoria y sobre la protección de la mujer en la industria; Proyecto de Ordenanza sobre niños de conventillos y casas de inquilinatos; de Estatuto de la Sociedad Central de Protección a la Infancia; de Reglamento para la construcción de una sala-cuna modelo; Proyecto de Ley acerca de hospitales de niños, y otros de importancia.

<sup>74</sup> Torno: cuna donde se depositaban los bebés en forma anónima, a fin de evitar el infanticidio. El “torno” fue introducido en el año 1196 a instancias del Papa Inocencio II, en el Ospedale di Santo Spirito. Este vocablo que proviene del latín “tornus” y del griego “tornos”, significa “giro - vuelta”. De allí que el infante fuera dejado en esa especie de receptáculo o ventana que al girarla, quedaba hacia el interior en donde se recogía al bebé.

<sup>75</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

<sup>76</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). Internados para varones: “Manuel Aguirre” (Balcarce 1119). Para niños de 1 a 6 años, “Luis Ortiz Basualdo” (Balcarce 1181). Para niños de 6 a 10 años, con jardín de infantes y escuela primaria, “A. Devoto y E. Pombo de Devoto” (Lacar 3550). Para niños de 8 a 12 años, Escuela Industrial de Claypole. Para chicos de 12 a 18 años, con capacidad para 400 internos. Internados para niñas-mujeres: “T. A. de Lezica” (Paraguay 2567), Pabellón “E. de Lavallol” (Mansilla 2568), “Belisario e I. Ortiz Basualdo” (Ecuador 1151). Cada uno de estos establecimientos estaba equipado para dar asistencia de 300 a 350 niñas. Externados: Salas-cuna. Para niños de hasta 7 años cuyas madres trabajan, Escuelas Patrias (Barrio Obrero de Nueva Pompeya). Para 500 niños que permanecen en ellas durante el día “para aislar a los menores de los peligros y tentaciones de la calle”, Escuela de Artes y Oficios “Plácido Marín”. Fundada en 1938 para instruir a futuros obreros varones y mujeres, con capacidad para 600 alumnos, Escuela de Madres y Puericultura (Balcarce 1179). “Se salva a un niño y se gana una madre”, es el lema con el que alojan a la madre con el niño. Consultorios externos y dispensarios: Se realizaban en promedio 300 consultas diarias por menores pobres, siendo más de 60.000 los niños atendidos anualmente.

<sup>77</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). A todos los menores que estaban bajo el Patronato de la Infancia se los asistía mediante el servicio médico y odontológico, y en los talleres se los beneficiaba con una remuneración por sus trabajos, a fin de prever su futuro una vez finalizada su estadía escolar.

Cabildo de la Provincia de Buenos Aires, el 20 de diciembre 1821 se creó la Justicia Ordinaria, nombrando un letrado que desempeñaría la función de “Defensor de Pobres y Menores”<sup>79</sup>, pues se suprimieron los “Asesores Letrados”.

Por Decreto del 3 de noviembre de 1823 sobre tutela de huérfanos, se le dio intervención al Defensor General quien, juntamente con la “Sociedad de Beneficencia”, intervino en el amparo de los niños abandonados. En 1829 el Gral. Juan José Viamonte refrenda este decreto y otorga función social a las Defensorías Oficiales, y su objetivo era velar por las fortunas de una clase interesante de la sociedad y salvarlos de la voracidad de un mal tutor o de litigios complicados. El 29 de diciembre de 1829, el gobierno del Brigadier General Juan Manuel de Rosas refunde la Defensoría de Pobres con la de Menores, creando el cargo de Agente Letrado de dicha Defensoría el 16 de octubre de 1830<sup>80</sup>.

Estos actos dieron proyección a una ulterior preocupación por la defensa de los incapaces a través del Ministerio Público, que culminó con la sanción de la Ley 10.903 - “Patronato de Menores”-. Claramente en los albores de la República Argentina, incluso sin una Constitución Nacional, ya existía la preocupación por proteger a la infancia, brindándole un trato diferenciado con fines tuitivos. En abril de 1846 se reglamentaron las atribuciones del Ministerio de Pobres y Menores y; en 1864 se vuelven a reglamentar las facultades y deberes de los funcionarios que debían intervenir en cuestiones de menores<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). El Patronato editó sus “anales” a partir de 1892 y hasta 1914, constituyendo esta publicación una “Revista de Higiene Infantil” que abarcaba especialmente los temas referidos a: salud, higiene escolar, difusión de los servicios de dispensarios, oficina de nodrizas, exposición teórica permanente de higiene infantil, ejercicios físicos para chicos, lactancia materna y sus beneficios, estadística de las enfermedades infecciosas, escuela de artes y oficios para adolescentes, vacunación y revacunación, protección a los menores maltratados o moralmente abandonados, mujer obrera, trabajo de los niños, situación de los menores en las defensorías, instituciones de minoridad en el exterior, mendicidad, caridad preventiva, alcoholismo, situación de los pobres respecto del Estado, infancia criminal, personalidad del niño, proyecto contra la miseria, el niño ante la justicia, el niño muerto, el niño en el asilo, y otros temas que aportaron soluciones y sugerencias para la protección de los menores.

<sup>79</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). Esta original institución, novedosa y pionera, pasó a nuestro Código Civil como apéndice de la tutela en el Título XIV, bajo la denominación Ministerio Público de Menores, para garantizar sus derechos personales y sus bienes. La representación promiscua que detenta se extiende a todo proceso judicial en el que se vean afectados los derechos de un menor o un incapaz.

<sup>80</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>81</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

Los proyectos de organización y procedimiento de De la Plaza y Rosas -1866- y del Dr. Domínguez -1867-, conocidos como “Ley de los Tribunales de la Capital nro. 1893” coincidían, en lo atinente a las facultades y poder atribuido a los Señores Defensores, con el concepto histórico establecido por el Gral. Juan José Viamonte en 1829. La ley 1893 organizó los Tribunales de la Capital Federal; reglamentó las funciones de los Defensores de Menores e Incapaces, y les confirió facultades comparables a las de los Jueces de Menores<sup>82</sup>.

El Código Penal que entró en vigencia el 1 de marzo de 1886, y que fue posteriormente derogado en 1921<sup>83</sup>, establecía como índice de imputabilidad en caso de delitos cometidos por menores el del “discernimiento”; puntualmente en el artículo 81, inc. 2 establecía: “...están exentos de pena los menores de 10 años...”, y el inc. 3 agregaba: “...quedan también exentos de pena los mayores de 10 años y menores de 15, a no ser que hayan obrado con discernimiento...”. La edad de 15 a 18 años se consideraba como atenuante<sup>84</sup>. Este Código Penal fue muy criticado dado que no autorizaba medidas en el ámbito penal sobre el menor inimputable absuelto o sobreseído<sup>85</sup> –algo con lo que hoy

---

<sup>82</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

<sup>83</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). El primer proyecto de Código Penal en Argentina fue encargado por el Poder Ejecutivo al Dr. Carlos Tejedor, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, quien presentó la parte general del código en 1865. Tejedor basó su trabajo en doctrina y leyes de países como España, Alemania y Francia, y estableció la división de las infracciones según el sistema del código francés, es decir, en crímenes, delitos y contravenciones. Según el constitucionalista Juan Fernando Armagnague en su libro “Historia del derecho”, este proyecto no fue aprobado por el Congreso, pero algunas provincias como Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe lo adoptaron como propio años después, ante la carencia de un código a nivel nacional (El Proyecto Tejedor, no fue sancionado como código nacional, pero en virtud de la autorización concedida por el viejo Art. 108 de la Constitución Nacional, fue adoptado como código penal por once provincias). En 1868, el Presidente Domingo Faustino Sarmiento firmó un decreto por el cual se creó una comisión compuesta por tres abogados y destinada a revisar el proyecto del Dr. Carlos Tejedor. Los integrantes fueron los Dres. Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García. En 1881 presentaron un nuevo proyecto de Código Penal, en el cual se abandonaba la división de delitos en públicos y privados, como señalaba el código del Dr. Tejedor; y suprimió la división de las infracciones, las cuales se agruparon en el genérico de delitos. Este proyecto corrió la misma suerte que el anterior ya que no fue aprobado por el Congreso, pero sí adoptado como propio por la provincia de Córdoba. El Congreso sancionó el primer Código Penal Argentino en 1886 sobre la base del proyecto de Carlos Tejedor. El Código entró en vigencia en 1887 y remarcaba la división de las infracciones en delitos y faltas e incluía a la pena de muerte como castigo, aunque con ciertas restricciones. Existieron proyectos para reformar este código en los años posteriores, ya que se buscaba llenar los vacíos que existían en el de 1886, así como también incorporar los últimos y más novedosos aportes en cuanto a la legislación criminal a nivel internacional. De esta forma, en 1891 y en 1906 se crearon comisiones encargadas de estudiar el Código de 1886. En 1903 se sancionó la Ley 4.189 que reformaba algunos aspectos, pero la modificación más importante se produjo en 1917. En ese año se desarrolló un proyecto sobre la base de los proyectos de 1891 y 1906, el dictamen fue tratado por el Senado y recibió sanción como Código Penal el 30 de septiembre de 1921. Se promulgó como Ley 11.179 el 29 de octubre de ese mismo año y entró a regir a partir del 30 de abril de 1922. Este es el Código Penal vigente actualmente en nuestro país, con más de novecientas modificaciones.

<sup>84</sup> Günter Stratetnwerth. “Derecho penal, Parte general I, El hecho punible”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo S. Sancinetti. Hammurabi. Cuarta edición. (2005). Siguiendo la jurisprudencia italiana de la baja Edad Media, aquella desarrolló una tripartición que, en el fondo, rige aún hoy; tan sólo se han desplazado los límites de la edad. Se distinguía entre *infantes* (hasta los siete años), que por regla general quedaban impunes, *impúberes* (entre 7 y 14 años), quienes según fueran *infantae proximi* o *puberti proximi* eran regularmente impunes o regularmente punibles, **aunque de modo atenuado**, y finalmente, los *menores* (de 14 a 25 años), quienes por regla general –excepto en casos de escaso exceso de los catorce años o *magna stupiditas* –eran tratado como adultos.

<sup>85</sup> María José Turano. “Inconstitucionalidad del Art. 1º de la ley 22.278: la consecuencia ineludible de la vigencia plena de la Convención sobre los Derechos del Niño”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal, 31 de marzo de 2008. (2008). Es más que interesante el análisis que hace la Dra. Turano en el citado artículo, ya que el proyecto de Código Penal no preveía las medidas de

coincidimos en forma absoluta-, y exigía la comprobación sobre la concurrencia o inexistencia del discernimiento, causa difícil de establecer. Los menores varones huérfanos, abandonados o delincuentes, eran enviados a la “Casa Correccional para Menores Varones”, habilitada el 1 de enero de 1898 por la ley 2.904, transformada luego en la “Cárcel de Encausados” y más adelante en prisión nacional<sup>86</sup>.

Por resolución del 31 de mayo de 1898, su director fue autorizado a alojar en los calabozos a menores de 15 años que observaran “*mala conducta o sospechosa*”, sin un plazo límite. La noción tan discutida de disposición tutelar comenzaba a tomar forma. La custodia de los menores del territorio del sur fue encargada a los Padres Salesianos, como tarea retribuida. La “Sociedad de Beneficencia”, la “Obra Don Bosco”, la “Sociedad de Conferencias de San Vicente de Paúl”, el “Patronato de la Infancia” y otras pocas instituciones privadas afrontaron el problema de la infancia desvalida de acuerdo a la orientación personal de sus dirigentes<sup>87</sup>.

Existieron hombres de notoriedad reconocida, preocupados por el porvenir del niño y su situación. Después de Bernardino Rivadavia, Carlos Pellegrini escribió en 1863: “...*La generación que viene imita los ejemplos de la que se va... debe arrancarse al hijo del padre corrompido, para que la conducta de éste no pueda pervertir la de aquél...*”. En su tesis de 1869, se refiere al empleo del niño para el trabajo, en lugar de que asista a la escuela. Los términos pueden ser un tanto altisonantes de acuerdo a los parámetros actuales, pero no dudamos de la buena intención y la honesta preocupación por la niñez que entrañan sus dichos. En la misma época, Domingo Faustino Sarmiento, siendo gobernador de San Juan, resolvió por decreto reiterar a los padres de familia, la orden que se les había dado, de que envíen a sus hijos a la escuela, bajo pena de que en caso

---

disposición que si incluye la ley 22.278 y que son el principal blanco de sus críticas, con las que coincidimos. Lo verdaderamente paradójico es que este proyecto que ya tiene más de setenta años, tenía muy en claro que la reacción penal sólo se justificaba en relación a la imputación de una conducta criminal, mas no en casos de riesgo o abandono de menor, algo que quedaba en la órbita estrictamente civil.

<sup>86</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). Todavía de pie, resistiendo el paso del tiempo y el abandono, con su fachada enfrentando a la avenida Caseros, columna vertebral del barrio de Parque de los Patricios. La “Casa de Corrección de Menores Varones”, se erigió con aspecto de fortaleza almenada ocupando la manzana delimitada por esa avenida y las calles Pichincha, Rondeau y 15 de Noviembre. Comenzó a funcionar en 1898 y los registros hablan de muchos cambios de nombre: “Casa de Corrección de Menores Varones”, en 1898; “Asilo de Reforma de Menores Varones” desde 1902, “Cárcel de Encausados” en 1905, “Prisión Nacional” en 1909, “Cárcel de Encausados” desde 1922, “Prisión Nacional” en 1941, “Dirección Nacional de Institutos Penales” desde 1958, “Cárcel de Encausados en 1960” y finalmente “Prisión de la Capital Federal” desde 1967. Sus orígenes establecimiento correccional se remontan a la primera mitad del Siglo XIX. En 1830 en la antigua quinta de “Navarro Viola”, situada en lo que hoy es avenida Caseros al 2265, ya alojaba a menores varones. Curiosamente, al igual que con la misión que le dio origen, la vieja cárcel se cerró como “Prisión de la Capital Federal” -U.16-, alojando jóvenes adultos entre 18 y 21 años.

<sup>87</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)



de no hacerlo, los Jueces de Paz procederían a dar los niños a Tutor o Patrón que lo haga. En 1881, ejerciendo como Superintendente General de Educación, tuvo la iniciativa de crear un “Establecimiento Educacional de Artes y Oficios y de Agricultura para la Infancia Delincuente y Abandonada”, de acuerdo con lo que observó en Estados Unidos de Norteamérica y la República Oriental del Uruguay. En 1884, el Dr. Zubiaur propició la fundación de colonias para menores abandonados en la inteligencia de querer la protección del niño, su educación, lo que equivale al desarrollo uniforme de su triple ser: físico, moral e intelectual. Estas extraordinarias ideas de avanzada para la época, la acción oficial y la iniciativa privada no consiguieron conmover la conciencia pública en favor del buen trato a la infancia<sup>88</sup>.

Desgraciadamente las Defensorías de Menores se fueron convirtiendo en agencias de colocación de pequeños sirvientes en casas de familias de situación económica acomodada. Los menores abandonados, procesados y condenados, llenaron el Departamento de Policía, la cárcel correccional de la calle Caseros y el reformatorio de Marcos Paz<sup>89</sup>. En 1904 el Dr. Meyer Arana reorganizó el “Reformatorio de Marcos Paz”, como “Instituto Educacional de Menores Varones Abandonados, Rebeldes y Condenados por Delitos”, por iniciativa del Ministro de Justicia e Instrucción Pública, Dr. Joaquín V. González. Por gestiones del Director de la “Casa Correccional”, en marzo de 1905 se creó la oficina médico-legal en el mencionado instituto<sup>90</sup>. Gracias a su trabajo, se adelantó el concepto de la menor responsabilidad del niño con respecto a sus

---

<sup>88</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

<sup>89</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997) De los tormentos sufridos por los niños en la “Casa Correccional”, da una idea la crónica periodística del diario La Prensa en diciembre de 1900, con motivo del procesamiento de su director, el Sr. Bertrana, cuyo texto manifestaba que los golpes al joven se suspendieron, “porque la víctima había desfallecido y no daba señales de vida”. La triste y análoga situación de los niños asilados en el reformatorio de Marcos Paz, fue pintada con lujo de detalles en la película nacional “Y mañana serán hombres”, donde se ponen de relieve los dos sistemas educativos: “el antiguo, de castigo y el actual (1944) y único que ennoblece”. Claramente, pese a la tradición tuitiva, en los concreto empezaba a avizorar el exceso de poder punitivo.

<sup>90</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). A la Argentina le correspondió el honor de organizar los primeros estudios psicológicos del niño delincuente o abandonado en América. Es importante destacar que el positivismo comenzaba su auge. En 1906 el Dr. Carlos de Arenaza hizo una compilación de las primeras decenas de estudios, dejando constancia de que “...las deficiencias del hogar y la incapacidad e indignidad de los padres, son las causales de delito más frecuentemente halladas en los menores delincuentes estudiados. En ocasiones esa ignorancia es causa de excesiva dureza, de castigos brutales, de intolerancia, de injusticia, que provocan la rebeldía del niño y su abandono o fuga del hogar paterno...”. Estas conclusiones fueron ratificadas luego de 24 años por “The White House Conference” de New York (Trabajo de Menores en E.E.U.U.), cuando estableció en 1930 que “...la delincuencia juvenil no es sino un síntoma de las dificultades de la familia, del hogar, de la escuela, del trabajo y del ambiente, que obran directamente sobre el cuerpo y el alma sensible del niño, perturbando su normal desarrollo y arrastrándolo al abandono y a la delincuencia...”. La oficina médico-legal presentaba la historia completa de cada encausado en todas las fases que interesan a la ciencia criminal, y sus informes servían de elementos de juicio al juez. Esta Oficina estaba destinada a adultos y menores; el estudio minucioso de las particularidades de los mismos, sumado al conocimiento de sus antecedentes, llevaron a la identificación de cada niño y a la evaluación certera –en términos positivistas- de sus posibilidades de reforma.

actos, y de la mayor responsabilidad del Estado y de la Sociedad frente al abandono y su conducta, reconociéndose la necesidad de prevenir precozmente en las causas de la delincuencia, y en procurar al joven oportunidades de rehabilitación. Se preparaba además el camino a las nuevas legislaciones orientadas hacia la protección antes que a la punición, y a la prevención antes que a la corrección.

El Proyecto del Código Penal de 1906 establecía la irresponsabilidad absoluta de los menores de 14 años: pero establecía que si revestía “peligrosidad”<sup>91</sup> podía destinárselo a establecimientos correccionales de menores<sup>92</sup>. Uno de los graves defectos –visto desde nuestra coyuntura- de este proyecto consistía en considerar a los mayores de 14 años en idéntica situación a la de los adultos.

Claramente, hacia 1890, aún no se habían encontrado soluciones eficientes para prevenir y erradicar el abandono de los menores y las situaciones de peligro material o moral a que se hallaban expuestos; muy por el contrario, un mayor índice de delincuencia y trabajo de los menores en la calle, a destajo y en horarios nocturnos, acrecentaron sus pesares. Era una consecuencia clara de la revolución industrial que no le era ajena a la República Argentina. Increíblemente, los temas que debían ser tratados en ese entonces según el informe del Dr. Coni, eran similares a los actuales: niños enfermos, pobres, defectuosos, maltratados, abandonados; trabajo de los chicos de y en la calle; desatención a los discapacitados, de la salud, mortalidad infantil, desprotección de las madres solteras y adolescentes; déficit y promiscuidad habitacional, de higiene sanitaria, carencia de asesoramiento legal, atención y cuidado de los ancianos; ilegitimidad, robo y venta de bebés; interrupción de la escolaridad, desnutrición, situación de menores en comisaría, y otras endemias<sup>93</sup>.

Respecto del ordenamiento legal, este período aportó basamento jurídico a la acción privada y a las primeras figuras del Defensor de Pobres y Menores (1821), Defensor General (1823), Defensor de Menores e Incapaces (1891); con el Código Penal de 1886 y su figura de “discernimiento” para los niños mayores de 14 años, la creación de los

---

<sup>91</sup> Nótese la influencia del “positivismo científico” en la época. Se dejan de lado los principios constitucionales de legalidad, reserva, culpabilidad por el acto, inocencia y debido proceso.

<sup>92</sup> Como ya señalamos, estamos frente al auge del positivismo, por lo que la peligrosidad no era vista como inconstitucional, al igual que las medidas de seguridad. La discusión, si bien excede la obra, ronda el tema, y es parte ineludible del razonamiento en términos de tutela penal.

<sup>93</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997)

Tribunales de la Capital Federal, y en 1905 con la creación de la Oficina Médico Legal, cuyos informes psicológicos y sociales serviría al Juez como elementos de juicio a fin de evitar la internación, reemplazándola por el sistema de “Libertad Vigilada”<sup>94</sup>. La creación de figuras defensoras, instituciones y organismos, llegó a un punto de inflexión y coincidencia sobre la no culpabilidad de los niños frente al delito, abandono y otras situaciones tristes en las que se veían involucrados, derivando esta responsabilidad, según el Dr. Arenaza, a las deficiencias del hogar, la incapacidad de los padres y a que desde muchas instituciones de bien público, en donde se promovió con frecuencia el desmembramiento de la familia, cuando la estructura de la misma es disfuncional pero todavía recuperable<sup>95</sup>.

El cuarto período para analizar va desde el año 1919 hasta 1931, pero su influencia tanto normativa como en el ámbito de sus rutinas, sigue vigente de una u otra manera. Como ya adelantamos, y siguiendo la obra de la Lic. Ana María Dubaniewicz<sup>96</sup>, en 1913, el Dr. Seeber y sus colegas de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, reclamaron por nota al Ministro de Justicia que pusiera fin a la bárbara y cruenta situación de los niños abandonados, procesados y condenados<sup>97</sup>. A raíz de ese severo llamado de atención y del aporte que hicieron autores estudiosos del Ministerio Público de Menores<sup>98</sup>, se produce un hecho de transcendencia nacional: el 21 de octubre de 1919 se sanciona la Ley 10.903 o “Ley Agote de Patronato de Menores”, por haber sido ese Diputado Nacional por el Partido Conservador quien obtuvo su sanción<sup>99</sup>. La Ley Agote fue reglamentada el 24 de octubre de 1919, estableciendo los

---

<sup>94</sup> Antecede al actual CAMET -centro de admisión de menores en tránsito-.

<sup>95</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997)

<sup>96</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997)

<sup>97</sup> Un vez más destacamos la sensibilidad de Jueces, Fiscales, Defensores Oficial y Letrados frente al tema.

<sup>98</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997). La autora destaca las obras del Dr. E. M. Naón: “El Ministerio Público comparado”; la del Dr. F. González: “El Ministerio Público de Menores”; y el Dr. J. L. Araya: “La función del Ministerio Pupilar”.

<sup>99</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997). La nueva Ley de Patronato de Menores modificó las disposiciones del Código Civil sobre Patria Potestad y Tutela; reglamentó las funciones de los Defensores de Menores; acordó facultades a los Jueces para disponer preventiva o definitivamente de todo menor que hubiere incurrido en contravención o delito o fuere víctima del mismo; autorizó a los Jueces a imponer penas disciplinarias a los padres culpables de negligencias graves con sus hijos; estableció que los tribunales de apelación en lo criminal y correccional de la justicia nacional y ordinaria de la capital y territorios nacionales, pueden designar uno o más jueces que entiendan en los procesos en que se acuse a menores de 18 años, reglamentando la forma de cooperación policial en los sumarios o informaciones respectivas, la cooperación de los particulares o de establecimientos públicos y privados, y la vigilancia que corresponde a los jueces.

requisitos de información previa respecto de la situación del menor y su familia; la forma y lugares de detención de los menores; el secreto de las audiencias judiciales; las condiciones de libertad vigilada, y la cooperación de las instituciones tanto oficiales como privadas. Poco después, el 28 de octubre de 1919, acordó además designar los Jueces de Menores en lo Correccional de Instrucción y de Sentencia. El Departamento de Policía de la Capital habilitó el 1 de mayo de 1920 la Alcaidía de Menores en la calle Tacuarí, en donde fue nombrado como director el Dr. Arenaza, quien organizó un establecimiento de recepción y clasificación, incluyendo un cuerpo de delegados para el servicio informativo de vida y costumbres de los menores y sus familias, los cuales se desempeñarían a requerimiento de los Jueces de Menores<sup>100</sup>.

La Ley 10.903 proclamó que “el delito del niño es un desgraciado episodio imputable a la ignorancia o incapacidad de sus familias; a la miseria, la enfermedad o el vicio, y sobre todo al olvido en que el Estado dejó al niño, víctima de la indiferencia o incompreensión social”. De aquí en adelante las leyes por las que habría de juzgarlos serían de educación y no de castigo, algo que parece razonable, salvo por los excesos y la limitación arbitraria de derechos y garantías que trajo aparejados<sup>101</sup>.

Una vez habilitada la “Alcaidía para Varones Menores”, restaba sólo resolver el problema de las menores mujeres, situación ésta que el Dr. de Arenaza<sup>102</sup> reclamó en 1923, y en reiteradas oportunidades, hasta verla concretada en 1938, con la inauguración del “Hogar Santa Rosa”, de recepción y clasificación. Previo a la inauguración del “Hogar Santa Rosa”, la reclusión de las niñas abandonadas, delincuentes o en peligro moral, se realizaba en el “Asilo San Miguel” y en la “Cárcel Correccional de Mujeres”.

---

<sup>100</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). La autora señala además que previo a la organización de la Alcaidía para varones menores, los chicos detenidos en la vía pública eran llevados a calabozos de comisarías y de allí a los “depósitos de contraventores” los cuales, según el Dr. Coll<sup>100</sup> constituían: “...verdaderos antros de miseria y corrupción...”, recordando a las conciencias que “...en estas dependencias se ostenta la bandera nacional...”.

<sup>101</sup> Al respecto es recomendable leer a: Zulita Fellini. “Derecho Penal de Menores”, Ad-Hoc. (2007); María José Turano. “Inconstitucionalidad del Art. 1º de la ley 22.278: la consecuencia ineludible de la vigencia plena de la Convención sobre los Derechos del Niño”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal, 31 de marzo de 2008. (2008); Virginia Sansone, “Delincuencia juvenil. Nuevas tendencias jurisprudenciales”. Sup. Penal abril de 2007. (2007).

<sup>102</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

El 11 de julio de 1921, la Cámara de Apelaciones formó un cuerpo de delegados con carácter “*ad honorem*” para la Libertad Vigilada<sup>103</sup>; posteriormente fueron creados los cargos rentados de los Inspectores de Asistencia de Menores en Libertad Vigilada dependientes de dicha Cámara, debido al fracaso de la tarea realizada anteriormente.

Con este modelo los Jueces podían “disponer” del menor hasta los 21 años, si se hallaba moral o materialmente abandonado, o en peligro. Estas dos funciones, reclusión o libertad vigilada, son las formas de aplicación de la Ley 10.903, que a su vez determinó como “abandono material o moral o en situación de peligro moral”, a la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o vagancia; la frecuentación del niño en sitios inmorales o de juego, con ladrones, gente viciosa o de mal vivir, o que trabajaren antes de los 18 años en lugares públicos<sup>104</sup>.

La aplicación de la Ley 10.903 se apartaba de la faz jurídica y trascendía a lo social, considerando ante todo la salud física y moral de los menores. Fue incorporada posteriormente a los Códigos Civil y Penal, por ende, gozaba de la primacía que le confiere el artículo 31 de la Constitución Nacional. Los “beneficios” de esta ley fueron malogrados en parte por no haberse votado los fondos necesarios para crear establecimientos de amparo a la infancia, de lo que se desprende que el tribunal puede resguardar al niño, siempre y cuando se creen las instituciones que integran el texto legal de esta ley de protección a la infancia<sup>105</sup>.

El 30 de septiembre de 1921 se sancionó la Ley 11.179<sup>106</sup> como Código Penal, regulando el régimen penal para menores, siendo que fijó la edad de punibilidad en catorce años. En 1922 se reformó el Código Penal, y se eximió de pena al menor de 15 años; por lo que quedan modificadas en sentido más favorable las disposiciones que rigen a los menores autores de delito, aunque sin guardar concordancia con la ley 10.903. El 10 de octubre 1923 se creó la “Sección Menores” en el palacio de justicia,

---

<sup>103</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>104</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>105</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>106</sup> Ley 11.179, sanc. 30/9/1921, prom. 29/10/1921, empezó a regir a partir del 30/4/1922.

con el propósito de formar una especie de policía de la infancia, pero su existencia fue precaria y efímera, al clausurarse en 1926.

Un caso interesante es el de la “Asociación Tutelar de Menores”, institución privada que surge al sancionarse la ley 10.903 en 1919, y que fue organizada por el Dr. Agote. Su principal mérito consistió en haber implementado por primera vez en nuestro país el régimen familiar, por oposición al de agrupación numerosa o de pabellones. La Asociación Tutelar<sup>107</sup> admitía sólo pupilos confiados por jueces, defensores, y becados por el Patronato Nacional de Menores. También en el período se sancionó la ley 11.317<sup>108</sup> sobre “Trabajo de Mujeres y Menores”, la misma fue sancionada el 30 de septiembre de 1924 y reglamentada por decreto en mayo de 1925.

Cabe recordar que en 1915 se dictó la primera ley que dio protección a quienes ejercían tareas en su domicilio; —en su mayoría mujeres— y en 1940 se la amplió. Numerosas situaciones de trabajo a destajo, con pagas insuficientes, en habitaciones insalubres y sucias, y la más de las veces con enfermos viviendo en ellas, llevó a denominar “horrores” a este tipo de tareas. Las obligaciones por parte de los empresarios de tener salas-cunas en los establecimientos; de proporcionar a la mujer tiempo para dar de mamar a su hijo; las elevadísimas indemnizaciones por accidentes de trabajo insertas en disposiciones de las leyes de protección; la Ley de la Silla (1931), el seguro de maternidad (1934), y otras complementarias, protegen aspectos visibles y fundamentales del trabajo de la mujer y del niño que pueden complementarse y perfeccionarse. Lo importante en relación a nuestro trabajo es que la legislación laboral en su totalidad, contribuyó así a disminuir las posibilidades de abandono de menores<sup>109</sup>.

De esta forma se llegó a la ley de amparo a la niñez a la que se ajustó su tratamiento: la 10.903 -Patronato de Menores-. Esta norma tomó tal magnitud como primera defensora y rectora de los derechos de los niños, que las instituciones intentaron cumplimentarla y la honraron por su justeza. Reglamentó en forma positiva los requisitos de información previa al juez, libertad vigilada, y en especial que los institutos de internación conserven

---

<sup>107</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>108</sup> La Lic. Dubaniewicz explica que el Dr. Augusto Bunge se inspiró en la Convención de Washington para proyectar esta ley junto a otros legisladores. Las leyes de Indias también habían regulado históricamente el tema.

<sup>109</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

un estilo de régimen familiar, por oposición al sistema congregado numeroso o de pabellones<sup>110</sup>.

El quinto período de protección a la infancia es el que se desarrolló entre los años 1931 y 1943, y tiene como eje al “Patronato Nacional de Menores” creado por Decreto del 24 enero de 1931<sup>111</sup>, que en realidad sólo significó el cambio de nombre de la “Comisión Honoraria de Superintendencia” creada en 1924. La Comisión, debía proponer medidas administrativas para que todos los establecimientos oficiales con menores de ambos sexos comprendidos en las Leyes de Patronato, pasaran a depender de la nueva Comisión de Superintendencia, dando preferencia a los alojados en alcaidías de menores, debiendo trabajar con los Jueces y Defensores de Menores.

El Patronato Nacional de Menores quedó bajo la dependencia del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, permaneciendo bajo su administración los institutos para menores abandonados y delincuentes, con facultades para la “colocación” en familia de los chicos que salían de los mismos y a quienes debía incorporar a la sociedad encauzándolos en oficios o profesiones<sup>112</sup>. Bajo esa administración se realizó la “Primera Conferencia sobre Infancia Abandonada y Delincuente”<sup>113</sup> (1933) y marcó un importante período evolutivo para la protección de la minoridad abandonada. El Dr. Coll presentó en esta conferencia un “Anteproyecto de Ley sobre Patronato de Menores” que propiciaba la creación de tribunales de menores en la inteligencia de que se necesitaba una ley nacional de fondo, inspirado en la “*Children Act*”<sup>114</sup> de Inglaterra,

---

<sup>110</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>111</sup> Conforme “El monitor de la Educación”, en “Breve Historia de la Protección al Niño Argentino”, de Rita Nuevas –Consejo Nacional de Educación, 1961-, el Patronato Nacional de Menores tiene su antecedente primero en la Comisión Honoraria de Superintendencia que para administrar la Colonia Nacional de Menores Varones de Marcos Paz se creó por Decreto del 2 de octubre de 1915. Quedó disuelta poco tiempo después, hasta que en el año 1924, se restableció, agregando a sus funciones la administración del Instituto Tutelar de Menores. El 24 de enero de 1931, la Comisión cambió de nombre y pasó a constituir el Patronato Nacional de Menores.

<sup>112</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>113</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>114</sup> Siguiendo a la Lic. Dubaniewicz, es destacable que la ley de 1908 de los niños, también conocida como “Ley de la infancia y la juventud”, que forma parte de la “Carta del Niño” fue una pieza de legislación gubernamental aprobada por el gobierno liberal, como parte del paquete de reformas liberales del Partido Liberal británico. La ley se conoce informalmente como la “Carta del Niño” y fue rodeada de controversia en su momento. Se estableció tribunales de menores e introdujo el registro de padres adoptivos, regulando así “*baby-farming*” y a su vez trató de acabar con el infanticidio. Las autoridades locales también se otorgaron poderes para mantener a los niños pobres al salir de las casas de trabajo y protegerlos del abuso. La ley también impide los niños que trabajar en oficios peligrosos, les impedía comprar cigarrillos y entrar a bares (para evitar los malos hábitos). La ley también impedía a los niños aprender los “trucos del oficio” en las cárceles de adultos, donde los niños eran a menudo enviados por un tiempo si habían cometido un crimen. En cambio la “Carta del Niño” había asignado reformatorios lo que condujo a muchos ayuntamientos la creación de servicios sociales y orfanatos.

e instó a corregir la anarquía jurisdiccional de los establecimientos de protección, colocándolos bajo la dependencia del Patronato Nacional de Menores, al que se le adjudicaban diversas instituciones, algo que pretendió ser un gran avance.

Lentamente surgió la conciencia sobre asistencia al menor egresado, principalmente por los conceptos vertidos por el Dr. de Arenaza en un artículo sobre “Asistencia al Menor Egresado”, describe en 1941 el tránsito brusco que significa pasar de la vida de internado a la vida libre, señalado en todos los tiempos como el momento más delicado de la reeducación correccional. Expresaba que la vida monótona de las instituciones, en que todo está previsto, la despreocupación de tenerlo todo al alcance de la mano contribuye a que el menor pierda la iniciativa y el hábito de pensar<sup>115</sup>. Es así que a lo largo de la asistencia al egresado ha sido, por lo general, precaria o prácticamente no ha existido; y el Patronato Nacional de Menores la realizó en forma incompleta. Comenzó a existir asistencia a los menores en la familia por parte del “Patronato Nacional de Menores” que aspiraba a llevar su acción como complemento de la obra que realiza la “Dirección de Maternidad e Infancia” desde 1936. El problema mayor que se le presentaba a la Comisión Honoraria que lo dirigía, tal enseña la Lic. Dubaniewicz<sup>116</sup>, se debe a que por carecer de personería jurídica, estaba autorizado a internar menores y a colocarlos en instituciones privadas mediante becas, pero no podía disponer de suma alguna para asistir al niño en el hogar. Existía –y en alguna medida sigue existiendo- por parte de los padres, tutores o guardadores de los chicos que presentan alguna dificultad de conducta, una marcada tendencia a desprenderse de ellos y a procurar que el Estado se haga cargo de su educación. Claramente la voluntad de los operadores en fomentar la participación y ayuda del estado en el seno del hogar era bien intencionada y buscaba evitar la institucionalización de la niñez, cuyas consecuencias negativas conocemos.

En este período existieron un gran número de proyectos de ley en torno a la minoridad en sentido amplio, tal como desarrolla la Lic. Dubaniewicz<sup>117 118</sup>. Otro hito del período

---

<sup>115</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>116</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>117</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>118</sup> Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997). En 1916 los Dres. R. Gache y E. Bullrich presentan un Proyecto de Código de Menores que contempla todas las situaciones de amparo de la minoridad, desde la vida uterina hasta el momento en que la ley civil reconoce la mayoría de edad. El 27/9/1929, el diputado



fue la “Segunda Conferencia sobre Infancia Abandonada y Delincuente”, que se celebró en el año 1942, por iniciativa del Patronato de la Infancia en su cincuenta aniversario, y con el auspicio del Patronato Nacional de Menores. El principio básico de esta conferencia fue el criterio de “Educación en función del hogar”<sup>119</sup>, ya sea en establecimientos con sistema de casas-hogares o con la ayuda a los padres en la educación de sus hijos.

Se destaca en el presente tramo de la protección a la infancia a nivel nacional, que reglamentado por la Ley 10.903, el sistema de casas-hogares comenzó su trayectoria en 1919 como método que implementaría posteriormente el Patronato Nacional de Menores, pasando también a ser éstas las casas de los chicos que antes “habitaban” en comisarías mezclados con los mayores<sup>120</sup>.

La obra del Patronato ha logrado trasuntar los lábiles valores éticos y morales anteriores, impartiendo a sus asistidos un trato humanitario. Se toma lentamente al niño y al joven como una persona digna de ser ayudada y apoyada, pero, igualmente, y pese a sostener esta entidad la postura de no desmembrar el hogar del niño, basada en la conclusión primordial de la “Primera Conferencia sobre Infancia Abandonada y Delincuente” de 1933, en 1942 el Patronato se enorgullecía de amparar a un número importante de menores internados. Es importante tener en cuenta la cultura de usos y costumbres de esta época.

---

Spinetto presenta el Proyecto de Ley de Patronato de Menores con autoría del Dr. Coll. El 9 de mayo de 1932 los diputados B. S. González y B. Loyarte hacen lo propio con un Proyecto de Departamento Nacional de Asistencia al Niño. El diputado Dr. Mario Antelo es el autor del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1933, que contiene disposiciones sobre menores. En 1934 C. Saavedra Lamas presenta un Proyecto de Ley sobre Asistencia y Previsión Social, proponiendo a manera de síntesis las conclusiones votadas por las 36 secciones de la Primera Conferencia Nacional de Asistencia Social, celebrada en noviembre de 1933. El 4 de junio de 1937 el Poder Ejecutivo envía un mensaje al Congreso sobre un Proyecto de Ley para crear nueve casas-hogares en distintos puntos del país. El 8 de julio de 1937, un Régimen de la Minoridad correspondiente al Proyecto de Código Penal, es presentado al Ministerio de Justicia por los Dres. J. E. Coll y E. Gómez: establecen la sanción indeterminada o a determinarse posteriormente en los casos de peligrosidad, al cumplir el menor los 21 años. No declara este proyecto la inimputabilidad de los menores de 18 años. Los proyectos del diputado B. S. González sobre Patronato de Menores, el del senador Dr. Ramón S. Castillo sobre Asistencia Social y Patronato de Menores, y los del Poder Ejecutivo del 27 de septiembre de 1938 sobre Tribunales y Protección de Menores, responden con ligeras variantes a los principios de los proyectos presentados por el Dr. Coll en la Primera Conferencia sobre Infancia Abandonada y Delincuente de 1933. Sin embargo, excelentes planes quedaron paralizados en las Cámaras del Congreso, y otros aumentaron la descentralización administrativa en perjuicio del niño.

<sup>119</sup> Los temas considerados bien podrían colmar la agenda actual, tal como sostiene atinadamente la Lic. Dubaniewicz. Se consideró gestionar ante el Congreso de la Nación la redacción del Código o Estatuto del Niño, se sugirió la coordinación de las obras de asistencia creando un organismo centralizador de instituciones, se puso de relieve el problema de la familia desvalida y la necesidad de actuar frente a ella a fin de evitar la indigencia material o moral que pervierta a los menores. En cuanto a la acción de las autoridades, previó una política especial para niños dentro de la organización policial, con tareas propias de protección. Finalmente, se tomó la asistencia del niño en la familia, no como medida paliativa, sino dirigida a la reconstrucción moral y material, y como último recurso, la separación del niño de sus padres.

<sup>120</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

Lo importante del período, tal como señala la Lic. Ana María Dubaniewicz, es que fue enmarcado por una profunda preocupación por dar sustento legal al amparo del menor, habiéndose presentado importantes proyectos de ley, de los cuales la mayoría (como sucede en la actualidad) no fueron tomados en cuenta<sup>121</sup>.

El sexto período de protección a la infancia<sup>122</sup> atraviesa los años 1943 a 1958. Se inició el 21 de octubre de 1943 con la creación de la Dirección Nacional sobre el anterior Departamento Nacional de Higiene, con sus delegaciones provinciales y territoriales. Es ésta la primera modificación en materia de organización sanitaria y asistencial tendiente a la centralización de la materia. Luego se crea en 1943 la “Secretaría de Trabajo y Previsión” durante el gobierno del Gral. Pedro Pablo Ramírez, designándose como titular al Coronel Juan Domingo Perón; y mediante el Decreto 21.306, del 9 de agosto de 1944, los internados educacionales o de asistencia social deben inscribirse obligatoriamente en la Dirección Nacional de Salud Pública y Asistencia Social. La decisión se llevó a todo el país con posterioridad.

El Dec. 30.656, del 15 de noviembre de 1944, tuvo en especial consideración el bienestar de las clases económicamente débiles, estableciendo en cuatro capítulos las disposiciones referidas a las clases mencionadas, ante los riesgos de enfermedades profesionales, maternidad, desocupación, accidentes de trabajo, invalidez, vejez y muerte. El 30 de noviembre de 1944, por Decreto 31.589 se especificó que todo lo referente a beneficencia y asistencia social pasara a depender de la “Secretaría de Trabajo y Previsión”<sup>123</sup>. El 26 de diciembre de 1944, por Decreto 24.640 se suprimió el Departamento Nacional de Higiene, y las direcciones y comisiones creadas por leyes de la Nación pasan a depender de la “Dirección Nacional de Salud Pública”, cerrando así un ciclo de cincuenta y tres años de actividad de dicho Departamento<sup>124</sup>. En 1948 se

---

<sup>121</sup> Algunos de estos proyectos, los más fuertes, lograron sobrevivir e integran nuestra historia constituidos en leyes.

<sup>122</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>123</sup> La Lic. Dubaniewicz explica que se desdobló así el ente de control técnico de la Sociedad de Beneficencia: los establecimientos sanitarios, de higiene y hospitalarios pasan a ser controlados por la Dirección Nacional de Salud Pública (ex-Dirección de Salud Pública y Asistencia Social), y los hogares e instituciones de beneficencia quedan sujetos a la Secretaría de Trabajo y Previsión a través de la Dirección General de Asistencia Social. De la Dirección Nacional de Salud Pública dependen a su vez cuatro departamentos: Higiene y Profilaxis General, Asistencia Médica y Medicina Preventiva, Medicina Fiscal y Administración. De la Dirección General de Asistencia Social, dependen la Comisión de Ayuda Escolar, el Patronato Nacional de Ciegos, la Dirección de Subsidios, la administración de contratos que fueran acordados a personas y asociaciones de beneficencia y asistenciales, así como también los correspondientes a la Lotería Nacional.

<sup>124</sup> La Lic. Dubaniewicz explica en la obra citada que esta centralización implicó una mayor intervención estatal y el control de todas las instituciones sociales y de salud a través de dos entes, la Dirección General de Asistencia Social, dependiente del Ministerio de Trabajo y Previsión, y la Dirección Nacional de Salud Pública, dependiente del Ministerio del Interior, quedando la Sociedad de Beneficencia supervisada por estos dos órganos estatales.

creó por Decreto 13.341 la Dirección Nacional de Asistencia Social<sup>125</sup>. La Dirección de Menores se ocupó de incorporar todos los establecimientos de menores de la ex-Comisión Honoraria del Patronato Nacional de Menores y otros pertenecientes a los Ministerios de Justicia e Instrucción Pública, Interior y Relaciones Exteriores y Culto, como también los de la Sociedad de Beneficencia de la Capital y otras entidades privadas.

La Constitución Nacional sancionada en el año 1949, elevó la Secretaría de Trabajo y Previsión al rango de Ministerio, bajo cuya dependencia permaneció la Dirección Nacional de Asistencia Social con atribuciones para dirigir y administrar todos los establecimientos y entidades asistenciales, controlar las sociedades o asociaciones de beneficencia y proponer subsidios al Poder Ejecutivo. La Sociedad de Beneficencia quedó incorporada a la Dirección Nacional de Asistencia Social, y sus bienes muebles e inmuebles y/o de cualquier otra naturaleza fueron transferidos juntamente con su personal, créditos de presupuesto, cuentas especiales y demás. Esto trajo aparejado un cambio en el concepto tradicional de beneficencia, por el de asistencia y servicio social, pero evidenció un paternalismo estatal caracterizado por la intervención directa del Estado en asuntos protectores<sup>126</sup>.

Entrando al tema que es objeto del trabajo, en cuanto a la asistencia a la minoridad abandonada, huérfana o delincuente –en aquel momento el trato era prácticamente igualitario–, se tomaron medidas en torno a la reorganización de todos los institutos convirtiéndolos en hogares abiertos a la comunidad, se buscó la dignificación del menor, su instrucción en colegios del Estado, su capacitación especializada y la creación de una bolsa de trabajo. A su vez el Estado asumió un rol activo en materia de educación y salud gratuita.

La Constitución Nacional de 1949 fue promulgada durante el gobierno del General Juan Domingo Perón y suprimida en 1956 por el gobierno del Gral. Pedro Eugenio Aramburu. Esta Carta Magna intentó mostrar una diferencia sustancial entre los postulados de la Constitución de 1853 de orden liberal –en términos decimonónicos–, en

---

<sup>125</sup> La Lic. Dubaniewicz destaca que en agosto de 1949 se reglamenta la Ley de Creación de esta Dirección, y para su funcionamiento se estructuraron 7 direcciones dependientes de una secretaría general, a saber: Dirección de Ayuda Integral. Dirección de Menores. Dirección de Servicios Sanitarios. Dirección de Prevención de la Ceguera y Asistencia de no Videntes. Dirección de Obras. Dirección de Administración. Dirección de Personal.

<sup>126</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006) y "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997).

la que el individuo es considerado sólo como ciudadano, no como trabajador, padre y esposo, y en la que por otra parte no se habla de familia, ni de clases sociales, ni de organizaciones profesionales, y la Constitución de 1949 en la que se pretendía afianzar el concepto de que el individuo vive en comunidad, es trabajador, padre, madre, pareja, y tiene familia, las familias integran municipios, constituyen clases sociales y se reúnen en asociaciones profesionales. Esta última norma estaba basada en estos principios, y legisló sobre los derechos del trabajador, derechos de familia, de la ancianidad, derecho a la cultura y a la educación.

Asimismo en este período, en la etapa de posguerra, se empezó a internacionalizar el marco normativo en forma muy prolífica con instrumentos que tienen plena vigencia hasta nuestros días. La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) en diciembre de 1948<sup>127</sup>, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana en 1948, y ratificada por Argentina según Decreto - Ley 9983/57<sup>128</sup>. También la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Tercera Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948. La República Argentina adhirió a esta Convención con reservas al artículo 9º y 12, por Decreto - Ley 6286/56.

Este período de protección infantil resultó rico, productivo y vertiginoso. El Estado acapara la asistencia infantil, juvenil, de adultos y vejez desvalida. Se visualizó una acción integradora a nivel nacional, en todos los niveles, tanto asistencial, sanitario, habitacional, laboral, de recreación, educacional, de leyes previsionales y sociales, de modernización y creación de nuevas instituciones en distintos puntos del país<sup>129</sup>. Se realizaron tareas preventivas y de atención inmediata a situaciones de riesgo social. Claramente, y más allá de coincidir o no con la ideología imperante, la protección de

---

<sup>127</sup> Adopta la "libertad e igualdad en dignidad y derechos como ideal común para todos los pueblos y naciones", que inspirándose en ella, y a través de la enseñanza y la educación, aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación efectivos, tanto entre los Estados Miembros, como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción. En su artículo 3º postula que "la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". En su artículo 25 proclama que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". Respecto de la Maternidad e Infancia... "tienen derecho a cuidados especiales todos los niños nacidos en matrimonio o fuera de él".

<sup>128</sup> En su Preámbulo afirma: "Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos, porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría... la moral y las buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura".

<sup>129</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006) y "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997).

sectores vulnerables, y especialmente la niñez, fue el tema central de gran parte de la época. A su vez surgieron nuevos Convenios Internacionales que apelaban a nuestra conciencia humana, a la vez que nacen más fundaciones y entidades de beneficencia privadas.

El séptimo período de protección a la infancia comprende los años 1958 a 1966<sup>130</sup>. Si inicia en 1958, con el gobierno del Gral. Pedro Eugenio Aramburu, que por Decreto-Ley 5285 convierte la Dirección de Menores en un ente autárquico denominado “Consejo Nacional del Menor”, dejando así de pertenecer a la Dirección Nacional de Asistencia Social. Luego, en 1960, el gobierno del Dr. Frondizi, creó el “Consejo Nacional de Protección de Menores” por Ley 15.244 y su Decreto Reglamentario 1143/60<sup>131</sup>, que llevó adelante un gran número de obras verdaderamente trascendentes<sup>132</sup>. La competencia del Consejo Nacional por imperio de la Ley 15.244, en cuanto a menores se refiere, atañe a toda la actividad de los organismos auxiliares de justicia que cumplían la Policía Federal y las Defensorías de Menores, así como las

---

<sup>130</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006) y “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken. (1997).

<sup>131</sup> En 1963, tal como destaca la Lic. Dubaniewicz, el Consejo publicó un importante documento detallando los cinco primeros años de labor realizada bajo la presidencia del Dr. Juan Carlos Landó. Señala en primer término y en 53 puntos el conjunto de creaciones y modificaciones de importancia básica realizadas, destacándose las fundaciones y rehabilitaciones de institutos y servicios, de las Casas de Recepción y Clasificación, las delegaciones seccionales, los consultorios externos, el funcionamiento de los cuerpos de inspección, vigilancia y seguridad; el reordenamiento y tipificación de los institutos, y el trabajo directo, que ha pasado de la atención de 5300 menores internados en 1958, a suministrar apoyo y otras formas de amparo a más de 30.000, operando su acción en 1963, sobre 100.000 menores aproximadamente. Cuenta con 40 institutos y acciona en todo el país por medio de la ayuda federal y de las funciones de Coordinador Federal que le corresponden. Asimismo, el Consejo asevera que en la Capital Federal y sus alrededores, existen no menos de 500.000 menores que necesitan de una acción proteccional urgente, pero que careció de recursos suficientes desde su comienzo.

<sup>132</sup> La Lic. Dubaniewicz las enumera. Destaca la habilitación del Instituto de Recepción y Clasificación de Menores “Santa Rosa”. Rehabilitación del Instituto “Domingo Faustino Sarmiento”. Habilidadación del Instituto “Dr. Juan José O’Connor”. Toma por transferencia de la Policía Federal, del Instituto “Dr. Luis Agote”. Rehabilitación del Instituto “Mariano Ortiz Basualdo”. Rehabilitación del Instituto “Nuestra Señora del Pilar”. Transformación del Instituto “General José de San Martín” en Establecimiento de Recepción y Clasificación para varones menores de 14 años, a fin de no mezclar esta población con los casos de mayores de edad que presentan graves trastornos de conducta, provenientes del Instituto “Dr. Luis Agote”. Habilidadación de la Guardería y Delegación “Presidente Bernardino Rivadavia” para 60 menores, y 60 alumnos en actividad post-escolar, con campo de deportes para los chicos del Barrio Obrero. Habilidadación de las Delegaciones n° 1 (Villa Devoto) y n° 3 (Liniers), ambas con actividades post-escolares, deportivas y recreativas. Colaboración con personal y material para el funcionamiento de los torneos deportivos organizados por la Policía Federal. Construcción y habilitación de los Consultorios Externos con servicios médico-clínicos, psiquiátricos, de oftalmología, odontología, psicología, radiología general, atención bucodental y laboratorio. Creación del Cuerpo de Control y Vigilancia (Policía de la Minoridad). Creación del Registro Nacional de Guardas. Habilidadación desde segundo a quinto año en los cursos oficiales de Bachillerato Agropecuario en el Instituto “Ángel T. de Alvear”, y Comercial y Técnico en el “Carlos Pellegrini”. Habilidadación del Régimen de Colocación Familiar. Habilidadación de las colonias de vacaciones “Oscar Ferrari” y “Rómulo Otamendi”. Remodelación, refacción y/o instalación o renovación de los sistemas de agua caliente, cocina y lavadero mecánico en trece institutos. Creación de la División Automotores. Habilidadación de los Talleres Centrales que se encontraban clausurados: carpintería, mosaiquería, imprenta, entre otros. Habilidadación del Depósito Central para elementos de consumo de materiales de conservación. Habilidadación de Gabinetes de Psicología en diez institutos. Habilidadación del Servicio Social en todos los institutos que lo han requerido. Asignación de Visitadoras Sociales a los hospitales y maternidades de la Capital e instituciones privadas que albergan menores dependientes del Consejo. Mediante convenio con la Asociación “Bernardino Rivadavia” se recibió la biblioteca con 45.000 volúmenes. Edición del Boletín Informativo, Revista (en impresión) y Leyes.

demás obligaciones que imponía la mencionada ley<sup>133</sup>. En este período, lamentablemente, hubo una gran proliferación de institutos de menores.

En 1962 se creó el “Consejo Nacional de Asistencia Social”, durante la presidencia del Dr. José María Guido, en reemplazo de la “Dirección Nacional de Asistencia Social”, en la inteligencia de que el desarrollo de la asistencia social se encontraba indisolublemente ligado a una política de mejoramiento económico, como parte de un mismo proceso, toda vez que las contingencias desintegran la capacidad económica y creadora del hombre, destruyen su fibra moral, dislocan las instituciones sociales básicas y comprometen el bienestar general, la aptitud de crecimiento y defensa de las individualidades. La Dirección Nacional de Asistencia Social y el Instituto de Servicios Sociales dependientes de la Escuela Nacional de Salud Pública, pasaron a constituir con sus servicios, personal, bienes muebles e inmuebles, este Consejo Nacional de Asistencia Social.

Se siguieron rubricando Declaraciones, Convenciones y Pactos Internacionales complementarios de derechos y garantías. En el período se destacan la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>134</sup>, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965 y aprobada por la República Argentina por Ley 17.722, del 7 de noviembre de 1985<sup>135</sup>.

Nuevamente las entidades específicas de amparo de nuestros chicos en problemas cambian una y otra vez de nombre, de titular, de personal, de ideología, de lugar físico. Claramente se debe a que los actores no saben si incluir a los menores dentro del sistema de asistencia social o de los institutos de menores –verdaderas cárceles para niños-. Una de las más exitosas y truncas iniciativas estatales para “desembarazarse” del

---

<sup>133</sup> La Lic. Dubaniewicz destaca el alojamiento y tratamiento de todo menor procesado, víctima de delito o dispuesto por los tribunales del crimen y civiles. Informaciones sobre cumplimiento de la ley 10.903 para los tribunales ordinarios. Informaciones en los juicios de tutelas, tenencia, adopción, venias supletorias, disensos, divorcios cuando hay hijos menores, y otros. Comparendos, capturas y citaciones con uso de la fuerza pública. Información para el Registro Nacional de Incapaces. Participación en la Comisión Auxiliar Calificadora del Instituto Nacional de Cinematografía.

<sup>134</sup> La Lic. Dubaniewicz sostiene en las obras citadas que también se ha tenido en cuenta el Convenio relativo a la “Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación” aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en 1958; la Convención relativa a la “Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en 1960, y las políticas gubernamentales basadas en el odio racial y la supuesta superioridad, como las del Apartheid. En su Parte II, artículo 8º, se constituye un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, compuesto por expertos elegidos por los Estados-Parte entre sus connacionales, quienes se comprometen a presentar al Secretario General de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas u otras que hayan adoptado y que sirvan para hacer efectivas las disposiciones de la Convención.

<sup>135</sup> Convención “afirma solemnemente la necesidad de eliminar rápidamente en todas partes del mundo la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones, y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad de la persona humana”.

aparato burocrático estatal, la representó el caso de las fundaciones, pero fracasó al ser presa fácil de partidismo político. Si bien en el período se tomaron medidas que demostraron la preocupación de la dirigencia y sociedad de la época por el tema, lo cierto es que tal esfuerzo se centró en el modelo de institucionalización de la infancia, lo que trajo desde nuestro punto de vista un retroceso en la materia.

El octavo período, de acuerdo al orden e inteligencia de la Lic. Ana María Dubaniewicz<sup>136</sup>, es el comprendido entre los años 1966 y 1973. En 1966, durante el gobierno del Gral. Juan Carlos Onganía, es reemplazado el Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública por el Ministerio de Bienestar Social, estructurado sobre la base de tres Secretarías, la de Seguridad Social, la de Vivienda y Salud Pública, y la de Promoción y Asistencia a la Comunidad. Esta última se transformó, disuelto el Consejo Nacional de Asistencia Social, en el ámbito oficial de desempeño profesional de los asistentes sociales, y tenía jurisdicción sobre el Consejo Nacional de Protección de Menores y los Hogares para Ancianos y Ciegos<sup>137</sup>.

En 1969 se realizó el “Congreso del Menor Abandonado - Problemas socio-económicos y jurídicos”<sup>138</sup>, con el auspicio de la Secretaría de Estado de Promoción y Asistencia de la Comunidad, y organizado por la Liga Procomportamiento Humano. Se determinaron un número importante de conclusiones, pero siempre desde la óptica del menor como objeto de derecho y no como sujeto de derecho pleno, pero digno de trato especial por su edad. Las principales, siguiendo a la Lic. Dubaniewicz<sup>139</sup>, fueron: a) Que los problemas agudos de conducta del menor se originan por dificultades en las relaciones familiares, en particular por carencias afectivas y morales; se pide en especial la aplicación efectiva de las sanciones previstas en la Ley 10.903 en materia de incumplimiento de los deberes paternos. b) Que debe modificarse la Ley 14.394,

---

<sup>136</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>137</sup> En 1968, se introduce un nuevo organigrama de la Secretaría de Promoción y Asistencia a la Comunidad con la proposición de dos direcciones generales, una de las cuales, la Dirección General de Asistencia Comunitaria, comprende a su vez con categoría de Departamento cuatro servicios nacionales, incluyendo entre éstos, al Servicio Nacional de la Minoridad y el de la Familia y la Mujer.

<sup>138</sup> La Lic. Dubaniewicz explica que en la apertura del mismo, el Secretario de Promoción y Asistencia de la Comunidad Dr. Santiago de Estrada, explica que “frente a un caso concreto —un menor en la calle— no se puede hacer nada de inmediato. El menor es nada más que un expediente y como tal duerme en un cajón; su tratamiento tiene que postergarse de viernes a lunes”. Los temas de las ponencias del Congreso fueron: Menores con graves problemas de conducta en el hogar. **El menor autor o víctima de delito**. El menor en los establecimientos públicos. El menor en la calle. El menor en establecimientos privados. La adopción.

<sup>139</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

manteniéndose el límite de la impunidad de los menores y su régimen penal dentro del sistema tutelar y preventivo, con especialización de los Jueces de Menores; la reforma del Código Penal y la recopilación y actualización de las leyes punitivas de protección. Asimismo que se debe propiciar la derogación de la ley 10.903 en cuanto a menores víctimas de delito o autores de contravenciones, y la creación de establecimientos para el cumplimiento de esta ley allí donde no existiesen. c) Se debe promover la elaboración de un Código del Menor; recurrir a la internación como último recurso en establecimientos de capacidad reducida que permitan una participación activa de los chicos en la comunidad; aplicar métodos educativos basados en la individualidad, confianza y respeto por la personalidad y toma de conciencia para afrontar las responsabilidades; proveer a los establecimientos existentes de los elementos necesarios para su actualización funcional: reformas edilicias, material didáctico, terapia ocupacional y recreativa. Se ha de propiciar la asistencia post-institucional y la creación de hogares de sistema abierto para madres solteras con habilitación paralela de guarderías. d) Que los problemas del menor en la calle provienen en general del abandono, ignorancia o desidia de la familia o de sus circunstancias socio-económicas; defectos en la organización escolar; falta de ocupación útil y adecuada del tiempo libre, y defectuoso ordenamiento laboral para la capacitación del menor. e) Los establecimientos privados deben adecuarse a la época en que vivimos, aplicando sistemas modernos de internado, promoviendo hogares sustitutos o la adopción, y capacitación técnica para el personal, debiendo contar con aporte estatal. Se ha de incentivar la creación de hogares provistos de talleres de capacitación profesional, y participar con voz y voto en todos los organismos nacionales, provinciales y municipales que se ocupen de la minoridad. f) Se debe propiciar la creación de Tribunales de Familia colegiados de única instancia; la adopción plena, la edad mínima de los adoptantes a treinta años, y una cantidad ilimitada de menores a adoptar.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> La Lic. Dubaniewicz destacó a los fines de su obra, la ponencia del Dr. Jesús Luis Abad sobre “El menor en establecimientos públicos”. La misma se refiere a nuestra legislación de amparo de menores, que cuenta con dos instrumentos: la ley 10.903 del 21 de octubre de 1919, con las modificaciones introducidas por el decreto-ley 5286 del 20 de mayo de 1957, y la reforma introducida por la ley 17.567. a) El Dr. Abad sostiene que el menor abandonado o en peligro moral debe ser enviado a un establecimiento del Consejo Nacional de Protección de Menores, y sólo puede ejercerse la facultad de retorno al hogar bajo la vigilancia de este Consejo; lo mismo se establece para el menor sobreseído o absuelto de 18 a 21 años. Idéntica solución plantea la ley 14.394, cuyos primeros trece artículos se ocupan del menor abandonado. Sólo excepcionalmente se considera el sistema de Libertad Vigilada, cuya incorporación a esta ley se produjo el 22 de diciembre de 1954 (modificada por el decreto ley 5286 del 20 de mayo de 1957) y constituyó un adelanto notable en esta materia. Pero finalmente nuestra legislación dictaminó y ha mantenido el sistema de institucionalización, como la solución propicia en relación con el menor abandonado o con problemáticas socio-económicas. b) El estudio del menor en establecimientos plantea la consideración de tres momentos: el ingreso, su permanencia y el egreso. Todos los estudios han confirmado a partir de ciencias auxiliares (psicología, psicología experimental, medicina psicosomática y sociología),



Resultó ser un gran avance de la época el régimen de familias sustitutas, que por Resolución 1379/69 se creó a fin de egresar la mayor cantidad posible de menores de 0 a 21 años internados sin graves problemas de conducta. Tenía por objeto normalizar la relación familiar de estos chicos y, en lo posible, equipararlos en oportunidades de desenvolverse física y psíquicamente con aquellos que viven con su familia en sus propios hogares. Se sancionó una nueva ley de adopción<sup>141</sup> y también se tomaron en 1969 una serie de medidas sobre la reestructuración de las instituciones, que tuvo un fin más burocrático que de fondo<sup>142</sup>. La República Argentina rubricó una serie de Declaraciones, Convenciones y Pactos Internacionales complementarios de derechos y garantías<sup>143</sup>, que más adelante trataremos ya que forman parte de nuestra Carta Magna a partir de la reforma del año 1994 conforme reza el artículo 75 inciso 22. Dentro de las Convenciones Internacionales aprobadas por la República Argentina mediante Leyes de

---

que la mejor solución al problema del menor abandonado es reubicarlo en la sociedad dentro y a partir de la familia. Si se haya abandonado ha de dotársele de padres supletorios. El abandono se produce por varios factores, y los más importantes son la inestabilidad emocional, el bajo nivel intelectual y el ambiente desfavorable, fundamentalmente de los padres o, en su defecto, de quienes ocupan el lugar de ellos. c) Todo instituto que pretenda cumplir con una finalidad educativa, debe funcionar con sentido pedagógico, ya que el carácter conformado del menor en los establecimientos públicos, va a depender del medio institucional. Por ello, todo educador de institutos del Estado debe poseer práctica en relaciones humanas. d) El Dr. Abad hace mención de las IV Jornadas Nacionales de Pedagogía realizadas en 1967 en la ciudad de Córdoba, en las que el “Estudio del niño y del adolescente institucionalizado” aportó las siguientes conclusiones: La institucionalización determina como proceso evolutivo, rasgos característicos en el desarrollo de la personalidad del menor que lo diferencian de aquellos que viven en el seno de su familia. La institucionalización produce un progresivo retardo en el desarrollo psico-motriz, afectivo, intelectual y social del niño. Las frustraciones previas al ingreso a la institución y el tipo de vínculos intra-institucionales que establece posteriormente el menor, hacen que parte de la agresión se oriente hacia su propia persona. El menor institucionalizado tiene una imagen distorsionada del mundo externo, o bien se asocia a una confusa auto imagen. Las situaciones de aprendizaje vividas dentro de la institución generan la utilización de mecanismos de defensa predominantes: regresión, negación y racionalización excesiva desprovista de sentimientos. Es necesario un cambio estructural que logre: Establecimientos con un reducido número de menores que posibiliten una participación activa en la comunidad, y que las actividades escolares, de aprendizaje, laborales, recreativas, y otras, las realicen, en lo posible fuera del internado. Personal con formación adecuada para establecer vínculos intra-institucionales sanos. Promover cambios en el grupo familiar a fin de reintegrar al menor a su hogar en el mínimo tiempo posible, o en su defecto, seleccionar y asesorar a padres sustitutos. Promover que la comunidad acepte a los menores y colabore en su reinserción social. Capacitar al menor para que adquiera madurez y autonomía que le permitan su ajuste a la realidad. Hacer un aprovechamiento racional de los institutos existentes y su adecuación a las necesidades de los menores mediante la actuación de equipos técnicos interdisciplinarios. Finalmente, el mencionado Estudio al que alude el Dr. Abad, sostiene que “para el excepcional social debe producirse un ajuste de la legislación en materia educacional, social, penal, civil y laboral”.

<sup>141</sup> El 21 de julio de 1971, por ley 19.134 se promulga la Ley de Adopción, derogándose la ley 13.252 de 1948.

<sup>142</sup> En el año 1969, por ley 18.120, se disuelve el Consejo Nacional de Protección de Menores en favor del Servicio Nacional de la Minoridad. El Servicio Nacional de la Familia pasa a tener a su cargo los programas de Familia Sustituta, Amas Externas, Pequeños hogares y Becas de rehabilitación psicofísica. En 1970 se fusionan el Servicio Nacional de la Minoridad y el de la Familia y la Mujer en la Dirección General de la Minoridad y la Familia. En 1971, se crea la Subsecretaría del Menor y la Familia, que separa los Institutos de Minoridad de los Hogares de Ancianos y Ciegos.

<sup>143</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) el 16 de diciembre de 1966 y por ley argentina 23.313 del 8 de agosto de 1986. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo. Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y por ley argentina 23.313 del 8 de agosto de 1986. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969. La República Argentina, por ley 23.054 de 1985 aprueba esta Convención Americana, y reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, bajo condición de reciprocidad. El artículo 17, respecto de la Protección de la Familia, considera a ésta como “el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que como tal debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Asimismo que los Estados-Parte “deben tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante, y en caso de disolución del mismo”. En ese caso, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Respecto del artículo 19, sobre Derechos del Niño, dispone que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado”.

la Nación, se encuentran: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, adoptados por las Naciones Unidas en 1966, y ratificados veinte años más tarde por la Ley 23.313 de fecha 8 de agosto de 1986 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, del 27 de noviembre de 1969, ratificada dieciséis años después por Ley 23.054 de 1985. Si bien el Estado Nacional demoró muchos años en darle su lugar a los referidos instrumentos, es importante destacar que los mismos fueron generando la conciencia jurídica necesaria para lograr su vigencia en nuestros días.

Siguiendo la línea de análisis de la Lic. Ana María Dubaniewicz<sup>144</sup>, el noveno período de protección a la infancia comprende los años que van desde 1973 a 1983. Por Decreto 339/73 y Decreto-Ley 20.419/73, ya en el tercer gobierno del Gral. Juan Domingo Perón, se creó la “Secretaría de Estado del Menor y la Familia” con cuatro Servicios Nacionales dependientes: del Menor, de la Familia, de Ancianos y de Rehabilitación de Ciegos.

Sobre los institutos de menores, el régimen de internación en este período de protección, es el sistema específico para el amparo integral de aquellos menores que se encontraban en estado de abandono o afectados por graves situaciones conflictivas de carácter permanente o de larga duración, que impedían su permanencia en el medio social o familiar. El instituto surge como un recurso que el Estado ofrece a la comunidad y que trasciende el mero aporte de la alimentación, vestido y vivienda, ya que empieza a tender a la formación, y rehabilitación de niños y jóvenes, para lograr si es posible, su reintegro a la familia y a la sociedad. El ejercicio de esta tutela implica la representación legal del menor y la defensa de todos sus derechos. La incorporación de los chicos se realiza a través del Servicio Nacional y del Poder Judicial.

Aunque parezca mentira, en el período también se rubricaron Declaraciones, Convenciones y Pactos Internacionales complementarios de derechos y garantías, puntualmente la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que había sido adoptada por la Asamblea General de

---

<sup>144</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por la República Argentina con reserva sobre el párrafo 1º del artículo 29, el 14 de agosto de 1985 por ley 23.179.

La primera parte de este período se corresponde con el ejercicio gubernamental democrático, cuyas líneas de acción intentaron recuperar una cronología suspendida en 1955. Ese gobierno retomó parte la pasada, que se volcaron en las recomendaciones y conclusiones del “Primer Encuentro Nacional de la Familia”. El organismo elaboró una información detallada de sus prestaciones, que incluía anexos estadísticos y estudios de problemáticas específicas para su difusión en el medio, y reorganizó sus programas asistenciales. Continuó derivando a internación a los chicos con problemas, económicos o familiares, pero esta vez cumplimentando evaluaciones médicas, pedagógicas, psicológicas y sociales previas<sup>145</sup>.

La tutela ya poseía la forma actual y el niño bajo tutela del Estado —reemplazante o depositario social de la responsabilidad familiar nula o carente— ha de acceder a través de él a la búsqueda de una identidad propia; ha de lograr un ideal del yo como “proyecto futuro posible”; ha de integrar un grupo de pertenencia satisfactorio; ha de elaborar el duelo de sus primeros abandonos a través de un tratamiento psicológico continuo y adecuado; ha de capacitarse cultural y laboralmente para su egreso; y ha de mantener sus lazos afectivos una vez superada la internación. Si retomamos la dicotomía *internación vs. no-internación*, encontraremos la contracara en las modalidades opcionales a la exclusión del niño<sup>146</sup>. La que representa cabalmente al sistema preventivo es la de los Centros de Acción Familiar, ya que también atendían situaciones de riesgo, que al estar ubicadas estratégicamente en barrios carenciados, la familia llegaba generalmente “antes”. Por supuesto que también los recursos les son escatimados periódicamente, según las políticas nacionales o de quienes detentan el poder sobre las instituciones.

Recapitulando, hacia el año 1919, comienza a regir en la República Argentina la Ley de Patronato de Menores, siendo que el ámbito penal, desde 1921 y hasta mediados de la década del cincuenta<sup>147</sup>, la imputabilidad de los menores estuvo incorporada al Código

---

<sup>145</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>146</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>147</sup> Ley 14.394, sancionada el 14 de diciembre de 1954, promulgada el 22 de diciembre 1954, arts. 1 al 13 derogados por la Ley 22.278. En la ley 14.394 quedaban fuera del ámbito de intervención material los delitos que no excedieran de un año de prisión, de

Penal -Arts. 36 y concordantes-<sup>148</sup> que fijaba la edad de impunidad en de 14 años<sup>149</sup>. Luego fue modificado por la Ley 21.338<sup>150</sup>, que en sus artículos 1 al 13 dispuso sobre el régimen aplicable a los menores que incurrieran en hechos que la ley califica como delitos. Estas disposiciones fueron posteriormente derogadas por la Ley 22.278/22.803, sancionada en este período, que estableció el actual régimen, fijando la imputabilidad de los mismos a partir de los 16 años de edad, la posibilidad de no imponer pena o bien reducirla en la escala de la tentativa, un verdadero adelanto en la materia para la época.

Como todo modelo tutelar de justicia penal juvenil, tal como sostiene el Dr. Ezequiel Crivelli<sup>151</sup>, "...el régimen penal de la minoridad plantea en este tópico un conflicto o contradicción flagrante con el principio de legalidad o taxatividad penal (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), según el cual debe garantizarse no sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino también que el individuo no será sometido por el Estado, a penas que no sean previamente establecidas. Ello así, toda vez que habilita la intervención del sistema judicial, mediante la imposición de medidas tutelares o de protección, en el caso de menores que se encuentran en "*situación irregular*" que es definida por la ley mediante categorías de carácter completamente ambiguo y genérico. En el caso de la Ley 22.278 esta condición se verifica con la comprobación de que el menor "...*se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta...*" (Art. 1º, último párrafo y art. 2º, último párrafo)...”.

Y señala que "...Es decir, en estos casos, sobre la base de lo normado por la derogada

---

acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación. En la ley 22.278/22.803 la despenalización es un tanto más generosa, pues se extiende a los tipos penales reprimidos con pena de hasta dos años de prisión.

<sup>148</sup> Ley 11.179, arts. 36 al 39, derogados por la Ley 14.394.

<sup>149</sup> Ha habido numerosos proyectos de reformas al Código Penal, entre otros, los parciales sobre el estado peligroso de 1924, 1926, 1928 y 1932 y el del senado de 1933 y los de reforma total de los Dres. Coll y Gómez (1936), de orientación positivista; de Peco (1941), neo – positivista y con una importante exposición de motivos; de 1951, autoritario y positivista; y el de 1960, redactado por el Dr. Sebastián Soler y revisado por una comisión asesora. Después del Proyecto de 1960, vinieron el de 1963, redactado por una comisión designada por el Poder Ejecutivo; el proyecto de 1973, elaborado por la comisión designada por resolución ministerial del 25 de octubre de 1972, que sólo abarca la Parte General y que es el Proyecto de 1960 corregido y mejorado; el Proyecto de 1974, redactado por una subcomisión, que en general se aparta menos del Código Penal que los dos anteriores. Por último están el Proyecto de del Dr. Sebastián Soler de 1979 (Soler, Aguirre Cabral y Rizzi) y el que en 1994 propiciara el Poder Ejecutivo, sobre la base de las innovaciones que sugirió el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni en su anteproyecto de reformas elevado al Ministerio de Justicia de la Nación el 15 de agosto de 1991. El último proyecto, dirigido por el Dr. Baigún, y en el que participaron los Dres. Carlos Chiara Díaz, Javier De Luca, Daniel Erbetta, Gustavo Raúl Ferreira, Edmundo Hendler, Raúl Ochoa, Guillermo Yacobucci y Alejandro Tizó, representantes estos de entidades del foro, la judicatura y la academia y coordinada por el entonces Secretario de Política Criminal, Dr. Alejandro Slokar, tuvo un gran impulso sobre el 2006, pero a la fecha, lamentablemente, perdió estado parlamentario.

<sup>150</sup> Ley 21.338, sancionada el 25 de junio de 1976. B.O. 1 de julio de 1976.

<sup>151</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

Ley 10.903 (Adla, 1889-1919, 1094), la norma autorizaba al Juez de Menores a "disponer" de niños y adolescentes en situación irregular por tiempo indeterminado o hasta que alcanzaren la mayoría de edad –hasta hace poco tiempo los 21 años-, independientemente de que su conducta haya encuadrado o no en una figura penal y, en su caso, que hubiese sido comprobada o no su participación desde el punto de vista procesal. De este modo, la reacción estatal cobraba impulso siempre que se configurara un contexto de "riesgo material o moral", independientemente de que el menor haya sido *autor o víctima* de un hecho delictivo...<sup>152</sup>. En ese sentido, se afirma que esta "...fue una de las cuestiones que, en su oportunidad, ocuparon la atención del Comité de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, y transmitió su preocupación por la vigencia de las Leyes 22.278 y 10.903, en tanto no distinguían entre niños que necesitan atención y protección, y aquellos se encuentran en conflicto con la ley penal –algo recurrente en la historia-...<sup>153</sup>.

A su vez, coincidimos con el Dr. Ezequiel Crivelli en que "...las incompatibilidades que planteaba esta cuestión con el sistema constitucional argentino, han quedado en gran parte invalidadas o neutralizadas, gracias a la labor crítica de la doctrina especializada, la legislación (nacional y provincial) dictada con posterioridad a la ratificación de la CI DN, como así también, al activismo demostrado en recientes -aunque aislados y tardíos- pronunciamientos judiciales. En esta inteligencia, la reciente derogación de la Ley Patronato del Estado, y la declaración de inconstitucionalidad de los dispositivos legales de la Ley 22.278 en ella fundamentados, delimitaba, felizmente, el ámbito de intervención a los casos de menores imputados por hechos tipificados en el Código Penal únicamente...<sup>154</sup>. Con la vigencia del precedente "*García Méndez*" de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, quedaba eliminada cualquier posibilidad de intervenir penalmente en caso de menores en "situación irregular"<sup>155</sup>. Lamentablemente la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó tan valiente decisión, por

---

<sup>152</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>153</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>154</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>155</sup> Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 2007/12/11, "G.M.E. y M.L.C."

argumentos que no comparto pero que considero atendibles<sup>156</sup>. También resulta importante destacar que el régimen de la Ley 22.278 "...no contiene un catálogo propio de infracciones susceptibles de ser cometidas por menores de edad, sino que se remite, en forma genérica, a las disposiciones del Código Penal y sus leyes penales específicas o complementarias..."<sup>157 158</sup>.

En este sentido, tal como también destaca el Dr. Ezequiel Crivelli, "...algunos autores han planteado, con sentido crítico, la posibilidad de construir un derecho penal juvenil limitado a la comisión de determinados tipos penales, abogando por una despenalización y consiguiente reducción del ámbito material de intervención... La propuesta se fundamenta en el resultado de los estudios criminológicos realizados en la materia, que demuestran que no todos los hechos tipificados en el Código Penal pueden ser cometidos por menores de edad, limitándose los casos de delincuencia juvenil a un núcleo muy específico... En cuanto a las faltas o conductas menos lesivas se afirma que, sobre la base de los principios de subsidiariedad e intervención mínima, debería reservarse el derecho penal juvenil a los hechos de particular gravedad. De este modo, se evitarían imposiciones coercitivas que no hacen sino crear sentimientos estigmatizantes tan propios del derecho penal de adultos..."<sup>159</sup>, y agrego, como indeseables.

Y el mismo autor señala acertadamente que "...el artículo 1° de la Ley 22.278/22.803, siguiendo el criterio ya establecido en su momento por la Ley 14.394, establece una reducción de la intervención penal en el caso de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, delitos de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación. Es decir, en estos supuestos, la norma establece que los menores comprendidos entre los dieciséis y dieciocho años de edad tampoco serán imputables, lo que constituye una importante despenalización que equipara la situación jurídica de estos jóvenes a la de los menores de dieciséis años "no punibles". Esta reducción del

---

<sup>156</sup> Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa nro. 7537", para decidir sobre su procedencia. Buenos Aires, diciembre 2 de 2008.

<sup>157</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>158</sup> Por ello los tipos del digesto penal de fondo y sus leyes complementarias, son los que determinan las acciones que pueden ser atribuidas a personas menores de dieciocho años de edad.

<sup>159</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

ámbito material de intervención, criticada en su momento por algunos autores comprende, en primer lugar, a las faltas o contravenciones, toda vez que éstas, en ningún caso exceden los dos años de prisión<sup>160</sup>... Adviértase que se encuentran comprendidos delitos cuya comisión, en principio, sería jurídicamente imposible por parte de una persona menor de edad, más allá de no estar incluidos todos los tipos penales que reunirían esta característica. Por otra parte, se despenalizan ilícitos que podrían ser considerados de bagatela como las simples amenazas, hurto, daño, etcétera...<sup>161</sup>, y concluye que "...si bien no existe una enumeración específica de tipos penales atribuibles a personas menores de edad, se prevé, mediante un dispositivo claro y sencillo, una importante despenalización y consiguiente reducción del ámbito objetivo de aplicación..."<sup>162</sup>. Tal como señala el Dr. Ezequiel Crivelli<sup>163</sup>, "...esta opción político-criminal del legislador, constituye uno de los aspectos rescatables del régimen penal de menores argentino conforme Ley 22.278 que, por otra parte, marca una diferencia por demás relevante con otros sistemas de responsabilidad penal juvenil - como el español, por ejemplo- sin perjuicio, por supuesto, de las grandes diferencias teóricas e ideológicas en que se inspiran ambos modelos. De todos modos, es preciso reconocer que la tendencia legislativa parece orientarse en la dirección contraria, pues está marcada por la permanente introducción de nuevos tipos penales, en la denominada "expansión del derecho penal", lo que repercute directamente en este ámbito, teniendo en cuenta la accesoriadad del derecho penal juvenil en materia de infracciones..."<sup>164</sup>.

Siguiendo el mismo razonamiento<sup>165</sup>, es importante señalar que el inconveniente que aquí se presenta tiene relación con la necesidad de estipular la edad a partir de la cual corresponde reclamar responsabilidad penal en la que predominen criterios de

---

<sup>160</sup> Por esta misma causal, es decir, por no exceder los dos años de prisión, quedan fuera del ámbito de aplicación material del régimen penal juvenil un considerable número de acciones tipificadas en el Código Penal, tales como; lesiones leves (art. 89); exhibiciones obscenas (art. 129); amenazas (art. 149 bis); delitos contra la libertad de reunión (art. 160); delitos contra la libertad de prensa (Art. 161); violación de domicilio (art. 150); hurto (art. 162); daño (art. 183); arrojamiento de cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren (art. 193) entre otras, sin mencionar los tipos contemplados en las leyes complementarias.

<sup>161</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>162</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>163</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>164</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>165</sup> Cfr. Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008).

prevención especial positiva en relación al principio de culpabilidad por el acto. La determinación de la edad mínima a partir de la cual se encuentre legitimada la intervención penal es sin lugar a dudas producto de una opción valorativa que concrete los límites dentro de los cuales el estado brinda un trato al infractor, intrínsecamente ligado a la política criminal que asuman las autoridades en base a las necesidades sociales percibidas<sup>166</sup>, siendo que "...La normativa internacional no ha determinado expresamente una edad mínima para poder ser sujeto de responsabilidad, circunscribiéndose a recomendar que no se trate de una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual, aconsejando también a que la normativa especial se aplique a los "delincuentes adultos jóvenes"..."<sup>167</sup>.

El Dr. Ezequiel Crivelli, en la obra ante citada, detalla que en la República Argentina, históricamente, siguiendo la línea fijada por la Ley 14.394, el Código Penal de 1921, y el decreto Ley 22.278/22.803 prevé tres categorías de niños y adolescentes: a) Menores de dieciséis años de edad (no punibles)<sup>168</sup>, b) Menores entre dieciséis y dieciocho años

---

<sup>166</sup> Cfr. Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008).

<sup>167</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>168</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008). "...Son considerados inimputables en forma absoluta, sin admitir prueba en contrario *-iure et de iure-*. Como se indicaba en el apartado anterior, la norma ha extendido esta ausencia de imputabilidad hasta los dieciocho años cuando al menor se le atribuya la comisión de un delito que no exceda de dos años de prisión o cuando se trate de un delito de acción privada o reprimido con pena de multa o inhabilitación (art. 1º, ley 22.278). Como puede advertirse, el sistema adhiere, en este aspecto, al llamado sistema cronológico o biológico puro a la hora de determinar la imputabilidad de las personas menores de edad. La fórmula del discernimiento fue receptada en el Código de Carlos Tejedor, en el que se estableció que en el caso de menores entre diez a catorce años de edad, el juez debía determinar, en cada caso concreto, si el niño era capaz o no de imputabilidad. De ello dependía, por otra parte, la aplicación o exención de pena a su respecto. El criterio fue mantenido en el proyecto de 1881 (de Villegas, Ugarriza y García) y en el Código Penal de 1886, aunque no logró prosperar debido a las acaloradas controversias que el asunto generó en diversos ámbitos, con motivo de la discusión de proyectos presentados con posterioridad hasta que, en el Código de 1921 se optó definitivamente por el sistema cronológico, criterio que se mantuvo hasta la actualidad. En cuanto a los límites de imputabilidad, cabe destacar las similitudes del sistema establecido en ley 22.278/22.803 con el sistema del Código Penal español de 1928, donde se declaraba irresponsable al menor de dieciséis años; sistema que fue mantenido en los Códigos españoles de 1932, 1944 y 1973, todos ellos basados en un modelo de justicia penal juvenil de naturaleza tutelar. Según el texto de la ley, si alguno de estos menores fuera acusado de la comisión de un hecho ilícito, la autoridad judicial podrá "disponer" del mismo en forma "provisional". La disposición, que habilita normativamente a "poner al menor en un lugar adecuado (...) durante el tiempo necesario" -léase privar de libertad por tiempo indeterminado- se concreta a los efectos de realizar las siguientes diligencias: proceder a la comprobación del hecho, tomar conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y recabar informes conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en las que se encuentre. Si de tales indagaciones resulta que el menor se encuentra abandonado, falto de asistencia o presenta problemas de conducta, podrá el juez disponer en forma definitiva de la misma previa audiencia de los padres, tutor o guardador. Sin embargo, como se adelantaba precedentemente, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de este precepto en lo que respecta a la posibilidad de disponer provisional o definitivamente de los menores inimputables (art. 1; 2º, 3º y 4º párrafo), por lo que sólo ha quedado materialmente vigente el primer párrafo del artículo, referido a los límites (mínimos y máximos) de imputabilidad. Por otra parte, con la sanción de la ley 26.061, de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Adla, LXV-E, 4635), la imposición y seguimiento de las medidas de protección de derechos aplicables a esta franja de menores ha sido delegada al órgano administrativo -Sistema de Protección Integral de los Derechos de Las Niñas, Niños y Adolescentes- prohibiéndose en forma categórica aquéllas que impliquen privación de libertad (arts. 39, 40 y 41, inc. e), Ley 26.061). El tema ha generado verdadera controversia en los hechos, al respecto nos remitimos al precedente "*García Méndez*"..."



(imputables relativos)<sup>169</sup>, c) Menores entre dieciocho y veintiún años (jóvenes adultos, categoría que la fecha no existe a efectos de régimen especial toda vez que por Ley 26.579 a los dieciocho años se alcanza la mayoría plena)<sup>170</sup>

<sup>169</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008). "...La ley presume la capacidad de culpabilidad de los menores comprendidos en este segmento etéreo por lo que son imputables desde el punto de vista jurídico penal, salvo que se compruebe a su respecto la existencia de alguna causal que excluya su responsabilidad, bajo los mismos parámetros que operan los "elementos negativos" de la culpabilidad en el sistema de imputación común. Sin embargo, han sido considerados imputables relativos, pues la imposición de pena a su respecto se encuentra condicionada a la previa verificación de tres presupuestos, contemplados en el artículo 4° de la ley 22.278, a saber: 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 tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. De todos modos, la ley 22.278 prevé que la autoridad judicial podrá también "disponer" de estos jóvenes durante la tramitación del respectivo proceso, a fin de posibilitar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el citado art. 4°. Por su parte, el párrafo siguiente establece que "cualquiera sea el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro moral o material o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador". Es decir, podría presentarse el caso de que el joven fuera absuelto en el proceso penal seguido en su contra pero que, igualmente, se considere conveniente en atención a su "situación irregular" mantener las medidas tutelares oportunamente impuestas (por ej. el internamiento). Al igual que con respecto a los menores inimputables la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, denunciando la incompatibilidad de esta posibilidad de disposición provisional y definitiva con el plexo normativo constitucional. Es decir, se ha entendido que cualquier privación de libertad de menores imputables, previa a la sentencia que declare su responsabilidad penal, sólo puede ser justificada a título cautelar, pues, de lo contrario, estaría habilitándose un adelanto de pena repugnante a los más elementales principios sustanciales y procesales. A diferencia de lo que ocurre con respecto a los menores inimputables, en este caso si existe expectativa de pena, por lo que cobra sentido la necesidad de asegurar los fines del proceso. En consecuencia, las limitaciones de la libertad individual estarían justificadas si se pretende es neutralizar un peligro procesal (de fuga o entorpecimiento probatorio) sin perjuicio de que deban respetarse los demás principios que juegan en esta materia, tales como del de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad, mérito probatorio, limitación temporal, etcétera. Así se pronunció la jurisprudencia en el caso "Famoso" donde la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de las medidas limitativas de la libertad en el proceso penal de menores, entendiendo que los principios constitucionales que limitan la imposición y mantenimiento de las medidas de coerción personal en el proceso penal, "rigen independientemente de la edad de la persona sometida a proceso". En el mismo sentido se pronunció la Cámara Nacional de Casación Penal en el Plenario "C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de la ley" donde se declaró que la limitación de la libertad previa a la sentencia declarativa de condena debía ser equiparada a la prisión preventiva y, por ende, tomada en cuenta a los efectos del cómputo que prevé la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423)...".

<sup>170</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008). "...La mayoría de edad penal en el ordenamiento jurídico argentino se alcanzaba a los dieciocho años de edad. De manera que, a partir de esa edad, cobra plena vigencia el derecho penal ordinario. Ahora bien, a diferencia de otros ordenamientos como el español, la mayoría de edad penal no coincide con la mayoría de edad civil, que se alcanza recién a los 21 años de edad (art. 121 CC). Sin embargo, los jóvenes adultos comprendidos en esta franja están sometidos a un régimen especial, exclusivamente, en lo que respecta a la ejecución de las sanciones impuestas. En este sentido, el artículo 6 de la ley 22.278/22.803 establece que: "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". En forma concordante con esta disposición el artículo 10 dispone: "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 artículo 6°". Por su parte, la ley 24.660 (Adla, LVI-C, 3375), de 17 de julio de 1996, reguladora de la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, reglamenta en forma específica esta cuestión, al establecer bajo el título "Jóvenes adultos" que: "Los jóvenes adultos de dieciocho a veintiún años deberán ser alojados en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos. En su tratamiento se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación y en el mantenimiento de los vínculos familiares" (art. 197). "Excepcionalmente y mediando los informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, quienes hayan cumplido veintiún años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir veinticinco años. Luego serán trasladados a un establecimiento para adultos" (art. 198). Claramente puede advertirse que no existen diferencias significativas entre la condición jurídica entre el menor comprendido en esta franja etaria y el adulto. Diferencias que, dicho sea de paso, se anulan cuando observamos el abismo que separa lo estipulado por la ley y las condiciones de los lugares donde estos jóvenes se encuentran alojados. Ahora bien, con relación esta categoría de jóvenes la doctrina ha postulado, en consonancia con la normativa internacional, la conveniencia de establecer dispositivos que contemplen la posibilidad de aplicar a su respecto el sistema de responsabilidad penal juvenil. Ello así, teniendo en cuenta que estos jóvenes ostentan, en gran medida, rasgos de personalidad adolescente, fenómeno que en la actualidad se ha transformado en algo habitual a raíz de la llamada "dilación o prolongación de la adolescencia". Las investigaciones realizadas en el ámbito de la ciencia psicológica y sociológica revelan que el desarrollo de la personalidad de ningún modo se adquiere en forma automática a los dieciocho años. Por el contrario, todo indica que el proceso de maduración depende de la personalidad de cada individuo, de sus condiciones familiares y de la perspectiva de lograr cierta autonomía económica. En otras palabras, los jóvenes comprendidos en estas edades poseen una personalidad más bien inmadura, inestable e influenciada, por lo que una reacción penal idéntica a la prevista para personas adultas no siempre resulta lo más aconsejable. Uno de los sistemas jurídicos que adhiere a este criterio es el alemán. En efecto, la Jugendgerichtsgesetz (JGG) prevé la posibilidad de aplicar la normativa del Derecho penal juvenil a los menores comprendidos entre los dieciocho y veintiún años en los siguientes supuestos: 1) cuando de la apreciación total de la responsabilidad del autor, englobando las condiciones ambientales, se deduzca que el joven adulto, en el momento de la comisión del hecho ilícito, puede ser asimilado a un menor de dieciocho años de edad en los relativo a su desarrollo moral y psíquico; 2) cuando el hecho delictivo cometido por el joven pueda ser considerado como una típica transgresión juvenil en lo relativo a sus características, las circunstancias concretas del caso y los motivos de su comisión (§ 105, JGG)...".

En cuanto a las consecuencias jurídicas, y a diferencia de la mayoría de los modelos de responsabilidad penal juvenil actualmente vigentes tanto en Europa como en Latinoamérica, “...en el sistema tutelar argentino no existe un catálogo flexible y diferenciado de sanciones a imponer como consecuencia de la comisión de un delito – que es lo que proponemos-, por parte de un menor de edad, de un hecho delictivo. Por el contrario, el sistema resulta, en este sentido, también accesorio al Código Penal, en consecuencia, los menores imputables son pasibles de las mismas penas previstas en el derecho penal de adultos, dejando a salvo la posibilidad de una atenuación conforme al marco penal establecido por el Código Penal para el delito tentado o, incluso, la posibilidad de eximir de pena al menor en ciertos casos y bajo determinados presupuestos...”<sup>171</sup>, siempre en términos tutelares, que redundan en castigar o no la conducción de la vida y no en la responsabilidad por el acto atenuada por la edad. Lo que consideramos verdaderamente desatinado es la posibilidad de imposición de una pena idéntica a la de un adulto<sup>172</sup>. Además, este extraño mecanismo da lugar a que, en la mayoría de los supuestos, la decisión acerca de la imposición de pena quede suspendida hasta tanto se cumpla el resto de los requisitos enunciados. La amplitud de tales prerrogativas a la hora de decidir la imposición de pena, se encuentra orientada por pautas sugeridas en el texto legal, sin embargo, es evidente que la falta de precisión de las mismas, da lugar a un exagerado margen de discrecionalidad<sup>173</sup> que impide motivar legítimamente una cuestión tan trascendente como es la imposición de sanción.

Ciertamente, esta forma de reglamentar las consecuencias jurídicas resulta a todas luces incompatible con la Convención sobre los Derechos del Niño, que exige el establecimiento de un catálogo de consecuencias jurídicas alternativas a la internación o privación de libertad<sup>174</sup>. “...En este orden, la posibilidad de atenuación o eximición de pena que prevé el régimen penal de la minoridad no logra superar este escollo pues,

---

<sup>171</sup> Ezequiel Crivelli. “Bases para un nuevo derecho penal juvenil”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>172</sup> En efecto, como se señalaba anteriormente, la imposición de pena en el caso de los menores imputables o “punibles” se encuentra condicionada al cumplimiento de tres presupuestos: a) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere; b) que haya cumplido dieciocho años de edad; c) que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos tales recaudos, la autoridad judicial está en condiciones de decidir el sí y el cómo de la imposición de pena. Es decir, está en condiciones de decidir imponer o no imponer sanción penal. En caso afirmativo posee, además, la facultad de aplicar una pena idéntica a la contemplada para las personas mayores de edad, es decir, con su mismo rigor y severidad o, por el contrario, aplicar una sanción mitigada, sobre la base de lo establecido por el Código Penal para el delito en grado de conato.

<sup>173</sup> Cfr. Ezequiel Crivelli. “Bases para un nuevo derecho penal juvenil”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>174</sup> Cfr. Ezequiel Crivelli. “Bases para un nuevo derecho penal juvenil”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

como contracara a la mencionada posibilidad de mitigación o eximición de pena, habilita la imposición de penas privativas de libertad idénticas a las que se encuentran previstas en el Código Penal y con su máxima extensión temporal...»<sup>175</sup>.

La Ley 22.278 no erige un sistema de consecuencias jurídicas diferenciado en atención al abordaje que reclama la especial condición jurídica de las personas menores de edad, como exige la normativa internacional, sino que se remite a las escalas penales previstas en el Código Penal para los adultos<sup>176</sup>. «...A mayor abundamiento puede señalarse que, supeditar la absolución o la imposición de pena al "*resultado del tratamiento tutelar*" resulta a todas luces ilegítimo... toda vez que dicho "*tratamiento*" obedece a la "*disposición judicial*" realizada discrecionalmente por la autoridad judicial que, en la mayoría de los casos, implica privación de libertad previa al dictado de una sentencia de condena...»<sup>177</sup> algo *per se* insostenible en términos constitucionales, tal como sostiene la Dra. Virginia Sansone «...La absolución que promete el cuestionado artículo, excede las atribuciones de los jueces penales, pues ellos no están facultados a perdonar. La gracia, el perdón o el indulto, es una de las causas, excepcionalísimas, más importante de extinción de la responsabilidad penal. Así como en los tiempos antiguos este derecho de gracia se ejercía como acto personalísimo del monarca, hoy se utiliza fundándose en razones de justicia o de conveniencia social y sólo está autorizado a otorgarlo el Presidente de la Nación...»<sup>178</sup>.

Claramente, la «...invalidez constitucional de este instituto arrastra consigo al mencionado período mínimo de "*tratamiento tutelar*" -como presupuesto de la decisión acerca de la imposición de pena- quedando el mecanismo diseñado por el art. 4° de la Ley 22.278 completamente vacío de contenido. En otras palabras, si es inconstitucional la norma que habilita al Juez de Menores a "*disponer*" del joven por tiempo indeterminado o hasta la mayoría de edad, no puede supeditarse la posibilidad de absolver o imponer pena (*atenuada o no*) al cumplimiento de esa misma disposición. El hecho de que tal limitación de la libertad, previa a la sentencia condenatoria, haya sido

---

<sup>175</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>176</sup> Cfr. Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>177</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>178</sup> Virginia Sansone, "Delincuencia juvenil. Nuevas tendencias jurisprudenciales". Sup. Penal abril de 2007. (2007).

impuesta a título cautelar, como se encuentra actualmente reglamentado en algunas legislaciones provinciales, no deja de poner en duda la validez de este precepto, pues el menor en prisión preventiva goza de un estado jurídico de inocencia, por lo que mal podemos supeditar la decisión acerca de la imposición de pena al comportamiento de una persona encerrada con el único objeto de contrarrestar un supuesto peligro de fuga o entorpecimiento probatorio...<sup>179</sup>, siendo ciertamente que la "...jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse también en este tema, especialmente, en cuanto a los criterios que deben orientar la decisión de aplicar pena en caso necesario. Así, "*in re Maldonado*"<sup>180</sup> la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la atenuación prevista por el artículo 4 de la Ley 22.278, conforme a los parámetros de la tentativa, debe ser aplicada como regla general...<sup>181 182</sup>.

Así llegamos, dentro de la lógica de análisis desarrollado por la Lic. Ana María Dubaniewicz<sup>183</sup>, al décimo período de protección a la infancia, que comprende los seis años que van desde 1983 hasta 1989. En el mismo, además del retorno definitivo de la democracia<sup>184</sup>, y que como a nivel mundial el período de posguerra fue muy prolífico en materia de concientización en materia de Derechos Humanos, en la República Argentina significó una verdadera toma de conciencia sobre el tema, y una paulatina materialización en los hechos, debido a la necesidad de la comunidad en su conjunto de no tener nunca más dictaduras ni expresiones de violencia política de ningún tipo.

---

<sup>179</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>180</sup> "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa nro. 1174—", Corte Suprema de la Nación, 7 de diciembre de 2005.

<sup>181</sup> Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008)

<sup>182</sup> Cfr. Ezequiel Crivelli. "Bases para un nuevo derecho penal juvenil". La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008. (2008) En este sentido, el Alto Tribunal expresó que "la reducción punitiva en razón de la mayor vulnerabilidad e inmadurez, con relación a los adultos, constituye la regla en el caso de quienes se los haya responsables por delitos cometidos entre los 16 y los 18 años de edad, por el menor reproche que corresponde efectuarles al no haber desarrollado igual que los adultos su capacidad de autodeterminación. Sin embargo, cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa...". Asimismo, agregó que "En el marco de un Derecho Penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental (LA 1995-A-26). En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior a la que corresponda, a igualdad de circunstancias, respecto de un niño...".

<sup>183</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>184</sup> Democracia como forma de organización social que atribuye la titularidad del poder al conjunto de la sociedad. En sentido estricto, la democracia es una forma de organización del Estado en la cual las decisiones colectivas son adoptadas por el pueblo mediante mecanismos de participación directa o indirecta que confieren legitimidad a sus representantes.

El 10 de diciembre de 1983 asumió el gobierno el Dr. Raúl Ricardo Alfonsín y creó la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia, que llevó adelante un número importante de políticas de desarrollo humano y familiar<sup>185 186 187</sup>. Durante la gestión de Enrique De Vedia al frente de esta entidad, se puso énfasis en la no internación de los menores salvo situaciones extremas, y en el incremento de los subsidios a la familia, algo verdaderamente innovador y producto del nuevo paradigma que empezaba a delinarse. Se llevaron importantes políticas nacionales referidas al tema de la familia<sup>188</sup>, y en cuanto al tratamiento institucional, la mayoría de los establecimientos de internación en uso continuaban siendo de sistema congregado, contrariando los propósitos de la Ley Agote, en concreto tutelar a los menores en establecimientos con sistema de casas-hogares abiertos a la comunidad<sup>189</sup>.

Se rubricaron en el período una gran cantidad de Declaraciones, Convenciones y Pactos Internacionales complementarios de derechos y garantías<sup>190</sup>. Puntualmente en el año

---

<sup>185</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>186</sup> Estas respondieron parcialmente a las cuestiones y problemas de carencialidad, vulnerabilidad, trama vincular familiar y desviación social familiar, de los que el Gobierno ha intentado ocuparse a través de sus programas, y que forman parte de los temas más importantes que afectan a la familia en nuestro país. A partir del gobierno democrático de 1983, la Secretaría pasa a tener competencia en materia de menores, ancianos, discapacitados, mujer, juventud y familia. Con activa participación de la Secretaría, se ha constituido la "Sociedad Argentina para la Prevención del Maltrato y el Abuso Sexual". c) Otros temas que motivan la preocupación de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia fueron: - La mujer sola cabeza de familia. - La madre soltera adolescente. - Los chicos de la calle. - Los problemas de conducta adolescente. Más allá del sistema institucional a cargo del sector público, existía una vasta red de instituciones comunitarias y organizaciones no gubernamentales que cooperaron en estos temas con la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia. La Secretaría ha actuado en el campo de la legislación familiar, promoviendo el proyecto de ley de Patria Potestad y Filiación (ley 23.264) y los proyectos de Código del Menor, Consejo del Menor y Fuero de Menores de la Capital Federal. Finalmente, la Secretaría participa en el área de Prevención de la "Comisión Nacional de Prevención del Uso Indebido de Drogas y Represión del Narcotráfico", poniendo un fuerte acento en la participación familiar y comunitaria. Para mejor comprensión se recomienda confrontar la obra de la Lic. Dubaniewicz antes citada.

<sup>187</sup> Comité de los Derechos del Niño: Por el artículo 43 de la presente Convención Internacional, se establece este Comité con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte, indicando el artículo 44 la periodicidad con que deben presentarse los informes sobre las medidas que se hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención, y sobre todo el progreso realizado en cuanto al goce de esos derechos.

<sup>188</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006). La autora aduna que "...La Secretaría de Desarrollo Humano y Familia puso énfasis durante su gestión, en dilucidar en profundidad las problemáticas que subyacen al abandono y al desamparo o estado de carencia de los menores, a fin de implementar políticas públicas que lograran modificar desde los cimientos la estructura de estas situaciones dolorosas para nuestros chicos..."

<sup>189</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>190</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006). Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y ratificada por la República Argentina el 24 de septiembre de 1986 por ley 23.338, quien reconoce la competencia del "Comité contra la Tortura" para recibir comunicaciones de particulares (Art. 17, Parte II). Teniendo en cuenta el artículo 5º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que "nadie será sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes", como así también la Declaración sobre Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9/12/1975, en la presente Convención, los Estados-Parte han convenido entender el término tortura como "todo acto por el cual se infligidos intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en

1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 40/33, estableció treinta reglas mínimas, en cuya primera parte se establecieron los principios generales, en calidad de orientaciones fundamentales sobre los objetivos de las Reglas de Beijing (Regla nro. 1). Las mismas se determinaron para promover el bienestar del menor y su familia, garantizarle una vida en comunidad, y un proceso de desarrollo personal y educacional que lo exima de llegar a la delincuencia<sup>191</sup>. En el marco del alcance de las reglas y definiciones utilizadas (Regla nro. 2), éstas se aplicarán a los menores delincuentes sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole; origen nacional o social; posición económica, de nacimiento o cualquier otra condición. También dispone que menor sea todo niño o joven que debe ser “*castigado*” por un delito de manera diferente a un adulto; que las leyes existentes y a promulgarse, han de responder a las necesidades de los menores delincuentes y a proteger sus derechos básicos, satisfacer los requerimientos sociales, y aplicar con justicia las Reglas Mínimas<sup>192</sup>. Respecto del ítem sobre mayoría de edad penal (Regla 4), la misma sostiene que debe ser fijada una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional<sup>193</sup>.

En cuanto a los objetivos de la justicia de menores (Regla nro. 5), se establece que la respuesta de la justicia a los menores delincuentes ha de ser proporcionada al delito cometido<sup>194</sup>. En la Regla nro. 7 sobre derechos de los menores, se determinan las garantías procesales básicas, tales como la presunción de inocencia, derecho a ser notificado de las acusaciones; los derechos de no responder, al asesoramiento, a la

---

cualquier tipo de discriminación; cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. En el artículo 2º, inciso 2, determina que “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.

<sup>191</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006). La autora también expresa que fin de evitar recurrir a la ley en el caso del menor infractor, mediante la implementación de estas Reglas Mínimas se intentaría someterlo a un tratamiento efectivo y humano con los recursos familiares, de voluntarios y de la comunidad. La justicia se ha de concebir dentro del marco de la justicia social, y contribuirá a la protección de los jóvenes y al orden pacífico de la sociedad; se perfeccionarán y coordinarán sus servicios, y se aplicarán de acuerdo al contexto de la situación económica, social y cultural de cada Estado Miembro.

<sup>192</sup> En cuanto a la ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas (Regla N° 3), dice que no sólo se aplicarán a menores delincuentes, sino a todos los menores que puedan ser procesados por cualquier acto concreto no punible respecto del comportamiento de los adultos, de acuerdo a los procedimientos relativos a la atención del menor y su bienestar.

<sup>193</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>194</sup> La Regla N° 6, de alcance de las Facultades Discrecionales, hace hincapié en el ejercicio de estas facultades en las diferentes etapas de los juicios y de la administración de la justicia de menores, idoneidad profesional y capacitación de expertos.

presencia de los padres o tutores, a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior<sup>195</sup>.

La regla sobre remisión de casos (Regla nro. 11), exime del procedimiento a la justicia, y reorienta al menor hacia servicios apoyados por la comunidad en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones por parte de la Policía, el Ministerio Fiscal, y otros organismos, y asegura el consentimiento del menor o de sus padres o tutores con respecto a las medidas de remisión recomendadas. Señala esta Regla que han de tomarse precauciones para disminuir al mínimo posible la coerción e intimidación en todo el proceso de remisión<sup>196</sup>.

La Parte Tercera, sobre la sentencia y resolución, la Regla nro. 14, sobre la autoridad competente para dictar sentencia, manifiesta que esta última ha de darse en un juicio equitativo e imparcial, en un ambiente de comprensión que permita actuar al menor y expresarse con libertad<sup>197</sup>. La Regla 16 -informes e investigaciones sociales- establece que serán realizados en forma completa, tomando en cuenta el medio social en que se desarrolla la vida del menor, y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito; esta Regla exige servicios sociales adecuados que elaboren informes especializados.

Los principios rectores de la sentencia y la resolución<sup>198</sup>, incluyen el postulado de que sólo se recurrirá a la privación de la libertad por la comisión de “...*un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona, o por la reincidencia en la realización de otros delitos graves, y siempre que no exista otra respuesta adecuada...*”. Además, sostiene que no serán los menores sancionados en ningún caso con la pena capital, ni recibirán penas corporales, y la autoridad competente podrá suspender el proceso en

---

<sup>195</sup> En lo que respecta a la protección a la intimidad (Regla 8, Beijing), no ha de publicarse información alguna que pueda dar lugar a la individualización del menor delincuente; y en cuanto a las cláusulas de salvedad (Regla N° 9), la aplicación de estas Reglas se da sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera instrumentos internacionales que contengan disposiciones de aplicación más amplia. En la II Parte de las Reglas Mínimas sobre investigación y procesamiento, el número 10 sobre primer contacto, indica que el juez, funcionario u organismo competente, “examinaría sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor”, protegiendo así su condición jurídica, promoviendo su bienestar, y evitando que sufra daño innecesario, y sosteniendo que “el éxito de cualquier otra intervención depende en gran medida de esos primeros contactos”.

<sup>196</sup> La Regla N° 12 sobre especialización policial determina que los mismos han de recibir instrucción y capacitación especial; y la N° 13 sobre prisión preventiva, especifica que se aplicará como último recurso y durante el plazo más breve posible a través de medidas sustitutorias; los menores gozarán de todos los derechos y garantías previstas en las Reglas Mínimas; permanecerán separados de los adultos, y mientras estén bajo custodia, recibirán cuidado, protección, asistencia social, educación, atención profesional, psicológica, médica y física, habida cuenta de su edad, sexo, y características individuales.

<sup>197</sup> Asimismo, se harán también partícipes a los padres o tutores del derecho a conocer las actuaciones, como apoyo a la situación de asistencia psicológica y emotiva que se extiende a lo largo del proceso, salvo que medie en éstos una actitud hostil hacia el afectado.

<sup>198</sup> Regla 17. Resolución 40/33, Asamblea General de la Naciones Unidas.

cualquier momento, dado que pueden llegar a su conocimiento circunstancias que aconsejen la suspensión definitiva del proceso penal –una suerte de principio de oportunidad-<sup>199</sup>.

La Regla 18 -la pluralidad de medidas resolutorias- establece algunas decisiones a aplicarse en forma simultánea, a fin de evitar el confinamiento en establecimientos penitenciarios: órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; libertad vigilada; sanciones económicas, devolución e indemnización; servicios a la comunidad; tratamiento intermedio y otras formas; participación en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos, y demás decisiones pertinentes. En el inciso segundo aclara que ningún menor podrá ser sustraído parcial o totalmente a la supervisión de sus padres, a no ser que resulte necesario, tal es el caso en que sean víctimas de abuso<sup>200</sup>.

Respecto del carácter excepcional del confinamiento (Regla nro. 19), la misma no sólo confirma que debe realizarse como último recurso por el menor plazo posible, debido a la influencia negativa de los mayores sobre la personalidad vulnerable de los menores, sino que deben considerarse o preferirse los establecimientos “abiertos” a los “cerrados”, y siempre de tipo correccional o educativo antes que carcelario<sup>201</sup>. La Cuarta Parte de las Reglas de Beijing sobre el tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios, en su Regla 23 sobre ejecución efectiva de la resolución, manifiesta que dado que las resoluciones de la justicia tienden a influir en la vida del menor durante largos períodos de tiempo, las disposiciones adecuadas para la ejecución de órdenes incluirán la facultad para modificar dichas órdenes periódicamente por la autoridad

---

<sup>199</sup> La Lic. Dubaniewicz sostiene y destaca que en los Comentarios de esta Regla, se detallan los tropiezos con los que se encuentra la justicia para resolver los casos de delincuencia por parte de menores, y que corresponden a conflictos entre opciones: a) rehabilitación frente a justo merecido, b) asistencia frente a represión y castigo, c) respuesta en función de las circunstancias, frente a la respuesta en función de la protección de la sociedad, y d) disuasión de carácter general, frente a incapacitación individual.

<sup>200</sup> Cfr. Conf. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>201</sup> La prevención de demoras innecesarias (Regla 20), se determina a fin de evitar dificultades intelectuales y psicológicas en el menor, para el establecimiento de la relación entre el procedimiento y la resolución por una parte, y el delito por otra. La Regla 21 sobre registros, sostiene que éstos han de ser confidenciales, y no podrán ser utilizados como antecedentes del menor en sus futuros procesos como adulto. Se dictamina la necesidad de personal especializado y Capacitado en la Regla 22 cuyas titulaciones garanticen la administración imparcial y eficaz de la justicia de menores y la evitación de todo género de discriminación en la selección, contratación y ascenso del personal.



competente. A este propósito responde la creación del cargo de Juez de Ejecución en algunos países<sup>202</sup>.

En la Quinta Parte, sobre el tratamiento en establecimientos penitenciarios, la Regla 26 -objetivos del tratamiento en establecimientos penitenciarios- asigna la asistencia, educación y socialización; la atención especial a los problemas personales de los menores; el derecho de acceso por parte de sus padres o tutores, y pone énfasis en el cuidado y no discriminación de la menor delincuente.

En cuanto a la aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobada por las Organización de las Naciones Unidas<sup>203</sup>, se hacen extensivos sus principios a los menores confinados, ejerciendo una importante influencia en la administración humanitaria y equitativa de los establecimientos correccionales. Es importante que se destaque la frecuente y pronta concesión de la libertad condicional -Regla 28-, la que será otorgada por la autoridad competente, recibiendo asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad. Los sistemas intermedios -Regla 29- como establecimientos de transición, hogares educativos, centros de capacitación diurnos, y otros sistemas pertinentes, podrán facilitar una adecuada reintegración. Pone de resalto esta Regla, en sus comentarios, la importancia de la asistencia post-carcelaria, así como la necesidad de establecer una red de mecanismos intermedios: instalaciones, servicios, asesoramiento y apoyo estructural, como un paso importante hacia su integración social<sup>204</sup>.

La Sexta Parte, sobre las reglas mínimas sobre investigación, planificación y formulación y evaluación de políticas, en su Regla 30, toma a la investigación como base de la planificación, la formulación y la evaluación de políticas que resulten efectivas; asimismo, se procurará revisar y evaluar periódicamente las tendencias, los problemas y las causas de la delincuencia y criminalidad de los menores, así como las

---

<sup>202</sup> Cfr. Conf. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>203</sup> Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

<sup>204</sup> Cfr. Conf. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

necesidades particulares del niño o joven en custodia<sup>205</sup>.

El verdadero hito del período se da con la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por Ley nro. 23.849 del 22 de septiembre de 1990, durante el gobierno del Dr. Carlos Saúl Menem, con las observaciones preceptuadas en el artículo 2º de la mencionada ley<sup>206</sup>. El artículo 1º establece que se entiende por “niño” todo ser humano menor de 18 años de edad. La República Argentina formuló una expresa declaración interpretativa, considerando la protección conferida por la Convención “...desde la concepción en el seno materno...” (Conf. Art. 30 del Código Civil). El artículo 8º compromete a los estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. El cumplimiento de este compromiso obliga a formular reserva a favor de la conveniencia de la inserción comunitaria de los menores<sup>207</sup>.

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, algo que ya había sido enunciado en la “Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño” -1924-, en la “Declaración de los Derechos del Niño” adoptada por la Asamblea General -1959-, y reconocida en la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, como así también en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesaban por el bienestar del niño.

---

<sup>205</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken (1997) y “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006). La autora también señala que se evaluará e investigará el sistema de administración de justicia de menores, mediante la recopilación y análisis de los datos: “La prestación de servicios en la administración de justicia de menores se preparará y ejecutará de modo sistemático como parte integrante de los esfuerzos del desarrollo nacional”.

<sup>206</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken (1997) y “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006). Al aprobar la Convención, la República Argentina hizo reserva de los incisos b), c), d), y e) del artículo 21 manifestando que los mismos no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta: “La comunidad internacional debe velar por prevenir y erradicar las causas que motivan el abandono de los niños antes que ofrecer como respuesta el exilio de las criaturas afectadas...”.

<sup>207</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken (1997) y “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006). Respecto del artículo 24, párrafo 2, inc. f) referido a “la orientación de los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”, Argentina propone que “expresamente se interprete que el inciso en cuestión significa la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable”. La fórmula propuesta garantiza suficientemente “el derecho de los protagonistas a decidir tanto el número de hijos, como el lapso entre los nacimientos y los métodos a que pudieran recurrir responsablemente para tal fin”. También respecto del artículo 38, especialmente los párrafos 2 y 3, “pues la edad de 15 (quince) años resulta irrazonable para permitir la participación directa en conflictos armados.

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración sobre los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y *“recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), y la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de emergencia o de conflicto armado”*; *“reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración”*, los Estados Parte en el Capítulo 3, se comprometen a *“asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores y otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*<sup>208</sup>. De la misma surgen un gran número de compromisos para los estados parte, todos tendientes al trato digno, protección y reconocimiento de derechos<sup>209</sup>.

Este período, y de acuerdo al análisis desarrollado por la Lic. Dubaniewicz<sup>210</sup>, parte de 1983 y llega a 1989, de la mano de la reiniciación democrática, y se destaca en esta etapa, una apertura a la búsqueda de nuevas soluciones a través de la investigación científica de las problemáticas sociales de difícil resolución, incluyendo particularmente las que involucran a las familias y los niños en estado de carencia, así como las posibles vías de prevención de las mismas, lo que incluye la igualdad ante la ley como sujetos de derecho. Lo más relevante del período es sin lugar a dudas las adhesiones argentinas mediante leyes nacionales, a la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas

---

<sup>208</sup> Asimismo las instituciones, servicios y establecimientos encargados de su cuidado o protección, deberán cumplir las normas en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, y una supervisión adecuada (inciso 39).

<sup>209</sup> Los estados parte se comprometen a respetar un gran número de derechos a los niños, pero principalmente en materia penal se destaca que velarán para que no sea sometido a tratos crueles, ni a la pena capital, ni de prisión perpetua, siendo su encarcelamiento de acuerdo a la ley por el menor tiempo posible, con trato humanitario, separado de los adultos y con asistencia jurídica inmediata. Se abstendrán los estados parte de reclutar para sus fuerzas armadas a menores de 15 años –con reserva argentina-. Se dispondrá el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; y en caso del niño de quien se alegue que lo ha hecho, se dispondrán de medidas tales como el cuidado, las órdenes de orientación y suspensión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que el trato guarde proporción con sus circunstancias y con la infracción.

<sup>210</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

Cruels, Inhumanos o Degradantes” (1986 por Ley 23.338), bajo el gobierno del Dr. Raúl Ricardo Alfonsín, y de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” (1990), gobierno del Dr. Carlos Saúl Menem, elementos en los que basaremos nuestra propuesta de régimen especial.

El que consideramos como ante último período en análisis, es el que comprende los años que van desde 1990 a 1997, y se inició el 22 de agosto de 1990, por Decreto 1606/90, que crea el “Consejo Nacional del Menor y la Familia”, dentro del marco del Ministerio de Salud y Acción Social y en reemplazo de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia<sup>211</sup>. Entre otras cuestiones de índole asistencial, también se le asignó encargarse del tratamiento de menores incurso en hechos que la ley califica como delitos, y debía arbitrar los medios necesarios para prevenir y en su caso tratar a menores vinculados a esos hechos y en faltas o contravenciones. Para ese fin organizaba y dirigía los sistemas de evaluación inmediata, las opciones de derivación, los institutos de seguridad, el tratamiento psicológico, psiquiátrico, y los programas de egreso con capacitación laboral y educativa.

Destaca la Lic. Dubaniewicz<sup>212</sup> que si bien se realizaron importantes progresos en la conceptualización de la problemática atendida, pasando del sistema de protección asilar a la etapa de tecnificación del tratamiento realizado en los institutos mediante la creación de equipos técnicos interdisciplinarios, se le planteó al nuevo Consejo una dicotomía expresada en la propia organización estructural y conceptual del tratamiento todavía no superada: “internación vs. alternativas a la internación”<sup>213</sup>. Para las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal funcionaban institutos de menores, aunque un punto aparte merece el programa de orientación y derivación del Centro de Atención de Menores en Tránsito<sup>214</sup> a quien, además, le correspondían tareas de coordinación institucional<sup>215</sup>. Para ello, el Consejo Nacional del Menor y la Familia –

---

<sup>211</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>212</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006).

<sup>213</sup> La Lic. Dubaniewicz expresa que el antiguo Consejo intentó acompasar sus acciones con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Ahora, toda la doctrina correspondiente al decreto 1606, se basa en esta nueva Declaración sobre los Derechos del Niño de 1989, y en la responsabilidad conjunta de la familia, la comunidad y el Estado respecto de las jóvenes generaciones.

<sup>214</sup> Disposición 175/89 – SSMDTE.

<sup>215</sup> La Lic. Dubaniewicz destaca que algunas de sus tareas eran: Coordinar permanentemente la actividad de todas y cada una de las áreas intervinientes. Fijar las pautas de acción en base a los datos obtenidos en el desarrollo de las intervenciones realizadas por las distintas áreas y las reuniones generales del equipo técnico. Promover la integración del equipo interdisciplinario facilitando

actualmente SENNAF<sup>216</sup>-, contaba con un equipo interdisciplinario que funcionaba –y lo sigue haciendo- en el Palacio de Tribunales, a efectos de realizar estudios inmediatos y de aproximación diagnóstica de menores que hayan sido detenidos y que estén a disposición judicial, a fin de brindar en calidad de auxiliar de la justicia, orientación para su derivación.

Sabemos que debido a la estructura federal de la República Argentina, el marco de ordenamiento normativo jurídico es complejo, pese a que en lo personal considera que las cuestiones de fondo deben ser tratadas por legislación nacional de aplicación obligatoria en todas las jurisdicciones federales.<sup>217</sup> Hay así concurrencia de poderes nacionales y provinciales, pero ante la violación de algún derecho, declaración o garantía constitucional –supuesto de materia federal-, debe intervenir, por imperio de la Ley 48 -Artículo 14-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo en este sentido norma más importante con relación a la protección de los niños la Constitución Nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>218</sup>. Dentro de esta coyuntura temporal, es importante la creación del Consejo Nacional del Menor y la Familia, y se implementó la cooperación técnica a las provincias a través del “Acuerdo Federal de Protección del Menor y la Familia”, elementos que entre otras cosas buscaron un estándar nacional mínimo.

Algo verdaderamente importante es la definición de niño para el concierto internacional, ya que felizmente la República Argentina hizo reservas en la materia, puntualmente en el artículo 2º de la Ley 23.849 sobre la definición de niño, en donde se sostuvo que es *“...todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de*

---

espacios de discusión de la tarea, lo que permitirá evaluar continuamente las acciones desarrolladas y corregir las que así lo requieran, para lograr los objetivos del programa. Coordinar las acciones con los responsables de todas las instituciones intervinientes.

<sup>216</sup> Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

<sup>217</sup> La Lic. Dubaniewicz destaca que el Dr. Sajón, consultor en aquel momento del Consejo Nacional, detalla en primer lugar el marco de ordenamiento normativo jurídico que rige en la organización política, social y civil del pueblo argentino, representado en nuestra Constitución, las leyes que en consecuencia se dicten, y tomando los acuerdos con las potencias extranjeras como Leyes Supremas de la Nación. Estas leyes se aplican en todo el territorio de la República Argentina, pero, su aplicación en las provincias corresponde a su propio Poder Judicial salvo la legislación federal, que es resorte de la justicia federal. Por ende, entendemos, que de vulnerarse la Convención sobre los Derechos del Niño, se causa un agravio que habilita la intervención del más alto tribunal de la república.

<sup>218</sup> “Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica” (1985) que reconoce la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; de la “Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid” (1985); de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1985) y de la “Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” (1986), que reconoce la competencia del Comité contra la Tortura. Asimismo la aprobación de los Protocolos I y II adicionales a las Convenciones de Ginebra sobre “Derecho Humanitario” (1986); por ley 23.160 se levantó la reserva geográfica a la “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados” por lo que los beneficios del refugio se otorgan a personas provenientes de cualquier parte del mundo. En 1986 se ratificaron el “Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo”, y el “Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

*edad...*”<sup>219</sup> dándole relevancia internacional a la normativa positiva interna. En la misma sintonía, Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos Humanos por Ley 23.054, refiriéndose y protegiendo al ser humano como tal desde la concepción. Los principios generales y rectores versan sobre la no discriminación y el interés superior del niño.

La normativa jurídica, desde una concepción valorativa filosófica, considera como supremo valor el derecho intrínseco a la vida del niño, castigando penalmente todo atentado a la integridad física, mental y moral del niño desde el vientre materno<sup>220</sup>, e insta a tomar medidas de protección a la salud y al desarrollo de los niños. A su vez, se pone sobre la mesa en forma expresa los derechos y libertades civiles ya recogidos en nuestra Carta Magna<sup>221</sup>. Con referencia a los derechos y libertades civiles -y a los artículos 7, 8, 13, 14, 15, 16 y 17 de la Convención-, es importante destacar que ya existía abundante legislación nacional y provincial, en lo que es del resorte y atribuciones de las provincias conforme al artículo 104 de la Constitución Nacional<sup>222</sup>, pero que la misma debía y debe adaptarse al cambio de paradigma que exige la convención.

---

<sup>219</sup> La Lic. Dubaniewicz sostiene que esta interpretación se compece con el derecho positivo vigente y el orden público interno argentino, pues el Código Civil y la ley 23.264 sobre filiación y patria potestad, en su artículo 264 establece que “la Patria Potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos para su protección y formación integral desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

<sup>220</sup> Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006). La referida autora sostiene que la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3º exalta el interés superior del niño. La Constitución Argentina en su artículo 14 bis, en forma expresa, tiende a la “protección integral de la familia”. También el artículo 16 declara que: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento...”. La ley 23.264, modificatoria del Código Civil, ha suprimido todo tipo de discriminación en materia de filiación, equiparando a los hijos matrimoniales, extra matrimoniales y por adopción plena a todos sus efectos civiles (artículo 240). Por ley 23.302 del 8/11/1985, se declara la protección y el respeto por la organización y valores familiares de la comunidad indígena. El Poder Ejecutivo, con el fin de promover y desarrollar un mejor sistema de atención a las familias o miembros que atraviesan por situaciones de riesgo decide, mediante el decreto 1606/90, la Creación del Consejo Nacional del Menor y la Familia que especifica en su artículo 14 las funciones y medidas que ha de tomar al respecto. También por ley 23.637 de Tribunales Civiles con competencia en familia, Estado, nombre y capacidad, se decide en su artículo 4º que: “Hasta tanto se pongan en funcionamiento tribunales con competencia exclusiva en asuntos de familia y capacidad de las personas, ocho de los actuales Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Civil que determinará el Poder Ejecutivo, actuando cada uno con sus dos Secretarías, conocerán en forma exclusiva y excluyente en dichos asuntos”.

<sup>221</sup> En la primera parte de nuestra Constitución Nacional están contenidos los derechos y libertades individuales y sociales a los que se refieren los artículos 7º, 8º, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 de la Convención Internacional -Abolición de la esclavitud (artículo 15). Derecho de propiedad (artículo 17). Seguridad (artículo 18). Derechos personales (artículo 13). Extranjeros (artículo 20). Defensa de la patria (artículo 21). Inmigración (artículo 25). La Constitución Nacional sostiene en su Artículo 28. “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, y establece, la supremacía de la Constitución (artículo 31), la libertad de prensa (artículo 32) y derechos y garantías (artículo 33).

<sup>222</sup> La Lic. Dubaniewicz reseña que se pueden señalar a nivel nacional el Código Civil y las leyes especiales: 18.248 sobre Nombres de las personas naturales; 11.317 sobre Derechos civiles de la mujer; 10.903 sobre Patronato de menores; 19.134 sobre Adopción; 23.264 que modifica el Código Civil sobre Patria potestad y filiación; 23.515 sobre Divorcio y edad para contraer matrimonio; 22.278 y 22.803 sobre Menores incurso en delitos; 23.984 sobre Código Procesal Penal, Libro III, Título II, Juicio de menores y ley 23.054 sobre Derechos humanos.

Yendo al objeto del trabajo, el régimen en materia penal en el período sigue siendo el de Ley 22.278, que en su artículo 3º, establece la custodia del menor por parte del Juez de Menores, restricción al ejercicio de la patria potestad y discernimiento de la guarda cuando correspondiere; y el artículo 4º dictamina sobre imposición de pena, en función de la ley 10.903 –que estaba vigente, hoy derogada-. La Ley 22.803, artículo 1º, sustituye el artículo 1º de la Ley 22.278 respecto de la impunidad de menores de 16 años, y de 18 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. Pero en ese marco el Juez podrá disponer del menor si se hallara abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral o presentare problemas de conducta, previa audiencia a los padres, tutores o guardadores. Por el artículo 2º se sustituye también el artículo 2º de la mencionada ley respecto de la punibilidad del menor de dieciséis a dieciocho años, que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º. En esa lógica el Juez podía disponer definitivamente del menor<sup>223</sup>.

El Art. 3 sustituyó el artículo 689 bis del Código de Procedimiento en Materia Penal – hoy derogado- para la Justicia Federal, los Tribunales Ordinarios de la Capital y los territorios nacionales sostenía que: 1) no regirán las disposiciones sobre detención y prisión preventiva en los procesos seguidos contra menores de 16 a 18 años; en caso contrario se realizará en establecimientos especializados –el actual 315 del CPPN sostiene una postura similar-; 2) respecto de la sentencia a menores de 16 a 18 años, se ajustará a los artículos 495 y 496; en caso de absolución, se declarará su responsabilidad penal, y 3) junto con la resolución, el Juez decidirá sobre la disposición definitiva del menor apelable por el término de cinco días.

Luego, y simbolizando un gran paso, se sancionó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación -Ley 23.984<sup>224</sup>- que hace referencia en sus artículos 410 a 414, en cuanto a que a los menores incurso en hechos delictuosos, con sanción mayor de 3 años a los cuales se les aplican las disposiciones de esta ley sobre procedimiento oral, y sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes sustantivas 22.278 y 22.803, un paso hacia adelante, ya que les reconoce a los menores en conflicto con la ley penal derecho a estar en juicio y a

---

<sup>223</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006)

<sup>224</sup> Sancionada el 21 de agosto de 1991, BO 9 de septiembre de 1991, fe de erratas BO 29 de noviembre de 1991, promulgación Decreto 1782/1991

defenderse, tal como lo hace una persona mayor de edad, dentro de un régimen diferenciado. A su vez, los operadores lentamente comienzan a tomar un abordaje integral a la problemática del niño, sin perder de vista el respeto por el interés superior del niño<sup>225</sup>.

En muchas provincias de la República Argentina se establecieron en el período Tribunales de Menores con competencia en los aspectos penales, en algunas, y en su totalidad, en los civiles y asistenciales, nombrando jueces especializados en todas las materias, un verdadero gran paso. Asimismo, la ley 22.278 en el artículo 3° establece “...la obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral...”. La Ley 22.803 en el artículo 1° aclara que “...en el caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable...”<sup>226</sup>. Tal situación es uno de los objetos de nuestra crítica, ya que tal disposición es razonable en el ámbito civil, pero inconstitucional en el penal en donde el estado por definición ejerce poder punitivo y no tuitivo.

En el campo de la administración de justicia juvenil, surgen informes conforme a los artículos 37, 39 y 40 de la Convención, particularmente que sustentan la prohibición de la pena de muerte y la prisión sin posibilidad de obtener la libertad condicional (perpetua). La prohibición de privar la libertad ilegal o arbitrariamente, uso del arresto, detención o prisión de chicos de detalla como una medida de último recurso y por un muy corto período de tiempo. En relación a la pena de muerte, en nuestro país históricamente se eximió a los menores de misma, siendo un caso paradigmático el de Simón Radowitzky<sup>227</sup>. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también la limita para los países que la mantienen vigente, prohíbe su restablecimiento para lo que tengan derogada y la excluye en forma absoluta para los menores de 18 años de edad<sup>228</sup>. Entonces y claramente, en el campo de la

---

<sup>225</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.

<sup>226</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006)

<sup>227</sup> Simón Radowitzky, joven anarquista condenado a reclusión perpetua por el que mató al jefe de la Policía de la Capital –actual Policía Federal Argentina- Coronel Ramón Lorenzo Falcón, a quien el Fiscal solicitó pena de muerte, pero que sin embargo, el aporte de un facsímil de la partida de nacimiento cambió el curso del proceso. Aunque el documento carecía de las legalizaciones pertinentes para confirmar que éste tenía sólo 18 años, siendo por lo tanto menor de edad y no pasible de ejecución, inclinó a los jueces a conmutar la pena por la de reclusión perpetua en la Penitenciaría Nacional.

<sup>228</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 4. Firmada el 21/10/69. Aprobada por la República Argentina por ley 23.054, Sanc. 1/3/1984, Prom. 19/3/1984, Pub. B.O. 27/3/1984. Jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc. 22 de la CN.



administración de la justicia juvenil no se admite la pena de muerte, al punto que es una cuestión definitivamente vencida<sup>229</sup>.

En materia legislativa, como dijimos, la Ley 22.278 estableció la custodia del menor por parte del juez; la restricción a la patria potestad, el discernimiento de la guarda; los requisitos para la imposición de la pena y la mayoría de edad penal. La Ley 22.803, en sus artículos 1º y 2º sustituyó los artículos 1º y 2º de la Ley 22.278; y el artículo 3º sustituyó el 689 bis del Código de Procedimientos en Materia Penal vigente en aquel momento. Un hecho trascendente se dio el 27 de junio de 1991, cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, elevó a las autoridades de la Policía Federal Argentina las directivas necesarias para que se cumpla estrictamente con las previsiones de la Ley 10.903 y los artículos 171 a 177 del Reglamento para la Jurisdicción<sup>230</sup>, relativos a dependencias policiales en las que se alojen menores de 18 años, con la obligatoriedad de notificar inmediatamente a los Jueces Nacionales en lo Correccional de Menores. El detonante fue el fallecimiento del joven Walter Bulacio<sup>231</sup>.

El 22 de agosto de 1994, se promulgó la nueva Constitución de la Nación Argentina, que ratifica en su artículo 75, inciso 22<sup>232</sup> del capítulo IV sobre Atribuciones del Congreso, los derechos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño. La nueva Constitución de la Nación, convalidó los artículos 14 al 33 referentes a los

---

<sup>229</sup> Por ley 18.953, se incorpora en 1971 la pena de muerte al Código Penal. Posteriormente la ley 20.043 la deroga y la vuelve a reincorporar la ley 21.338. La ley 23.077 la ha vuelto a derogar, desapareciendo entonces de las figuras que la incluían: artículo 80 bis, homicidio calificado; artículo 142 ter, privación ilegítima de la libertad seguida de muerte; artículo 186 inciso d), incendio seguido de muerte o lesiones gravísimas, con fines subversivos; artículo 186 inciso d), explosión o liberación de energía nuclear seguida de muerte o lesiones gravísimas con fines subversivos; artículo 190, párrafo 4º, puesta en peligro de la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave, seguida de muerte o lesiones gravísimas, con fines subversivos, entre otras. La pena de muerte no podrá ser reimplantada en nuestro país ya que la República Argentina es firmante de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica.

<sup>230</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006)

<sup>231</sup> Walter David Bulacio falleció el día 26 de abril de 1991 a manos de agentes de la Policía Federal Argentina. El caso llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Walter Bulacio se encontraba entre la concurrencia de un recital de una banda de rock el 19 de abril de ese año cuando una "razzia" del personal de la Seccional 35ª, lo detuvo a efectos de averiguación de antecedentes. Aunque la Ley de Patronato de Menores prohibía la detención de menores sin intervención del juez competente, Walter Bulacio fue retenido en la comisaría si aviso al Juez de turno; salió de allí a la mañana siguiente, rumbo al hospital, en donde le fue diagnosticado traumatismo craneal. Por testimonios, dijo al médico que lo atendió haber sido golpeado por la policía. Murió cinco días más tarde, tras haber sido trasladado a otro nosocomio; la autopsia encontró huellas de golpes con objetos contundentes en miembros, torso y cabeza.

<sup>232</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en las condiciones de su vigencia, "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

derechos y garantías de los individuos en todo el territorio nacional y agrega un conjunto de nuevos derechos civiles y sociales en los artículos 36 al 43. Los derechos enunciados en los artículos 36 al 40 se refieren a las garantías políticas y democráticas, que no son de referencia directa a la niñez, aunque aseguran la posibilidad de un marco social respetuoso de la libertad e igualdad de oportunidades. Los artículos 41, 42 y 43 ya mencionados, competen más directamente a las prerrogativas de la infancia, en tanto se refieren a la protección del medio ambiente, a la educación para el consumo, al amparo contra toda forma de discriminación, restricción de información, o privación de la libertad. En este sentido, la legislación nacional<sup>233</sup> ya venía poniendo el acento en la materia.

Numerosas Constituciones Provinciales, juntamente con una profusa legislación provincial de protección a la minoridad y según datos extractados del punto 6 del “Informe Complementario del Consejo Nacional del Menor y la Familia” enviado a las Naciones Unidas en 1994, no habían incorporado todavía estos derechos. El Consejo estimuló y promovió su inclusión a la brevedad, dado el estatus otorgado a los mismos por la nueva Constitución Nacional, que de todos modos debería operar inmediatamente sobre la legislación provincial<sup>234</sup>. Esta etapa resultó ser muy prolífica para la materia, no solo legislativamente, sino que también a nivel de discusión académica y social. Los programas del período facilitaban o pretendían el no ingreso de los menores a los institutos, en favor del apoyo a la familia de origen, de una sustituta, y de la creación de nuevas casas-hogares dentro, en búsqueda de mantener el sostenimiento del hogar, o la sustitución familiar que no implica institucionalización.

Era preocupación del Consejo Nacional el destino del menor infractor o en conflicto con la ley penal, y que no ingrese en comisarías e institutos de resultado traumatizante, eventualmente haciéndose cargo del costo de la “fianza o caución judicial”, y manteniendo de esta manera al niño bajo los sistemas de “Libertad Vigilada” y/o de “Libertad Asistida”. Así y todo, el problema que aquejó a la época fue el alto grado de

---

<sup>233</sup> La Lic. Ana María Dubaniewicz resume que entre otros: Código Civil de 1871. En esta fecha nuestro Código Civil afirma el respeto a la vida del niño desde la concepción, en su Título IV, artículo 70, “de la existencia de las personas antes del nacimiento”, Ley 10.903 de Patronato de Menores, que constituye el umbral fundamental del quehacer jurídico nacional para la protección de los menores en situaciones de abandono o de necesidad (con modificaciones del decreto-ley 5286 del 20 de mayo de 1957, y de la ley 17.567), se ha completado esta ley con normativas particulares como las correspondientes a las leyes 19.134 (Adopción) o 23.264 (Patria Potestad). Ley 23.054. Ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— suscripta en esa ciudad el 22 de noviembre de 1969.

<sup>234</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. “Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección”, Editorial Dunken (1997) y “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006)

reiterancia en los menores egresados, en gran medida debido a que la miseria, la pobreza y la corrupción de base se ligan al abandono y la muerte, y a la par, a la prescindencia social de los más afectados<sup>235</sup>. Lo marginal una vez más se liga a lo delictivo y automáticamente al castigo ejercido por medio de la violencia institucional, de ahí las malas soluciones intentadas que se implementan para el tratamiento de los menores en situación de riesgo. Históricamente, la Ley 10.903 aclaró que “el delito del niño es un desgraciado episodio”, especialmente atribuible al olvido en que lo dejó el Estado, pero pese a ello el Patronato Nacional de Menores no pudo erradicar el sistema segregacionista de la internación, de la exclusión, pero sí pudo humanizarlo un poco y sacar a los menores de las comisarías y cárceles, en donde se los mezclaba con personas mayores de edad<sup>236</sup>.

En este último período, 1997 a la fecha, claramente, la Convención sobre los Derechos del Niño, que es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos -civiles, económicos, culturales, políticos y sociales-, y la lucha por su vigencia plena fue el objetivo de los operadores del sistema y de gran parte del Estado y Organizaciones no Gubernamentales<sup>237</sup>. En 1989 los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas reconocieron que los niños y niñas debían tener un instrumento que contuviera sus derechos, que se los reconozca como sujetos plenos de tales. Como instrumento de derecho público internacional tiene efectos jurídicamente vinculantes para con los Estados parte. Como adelantamos, el Poder Legislativo ratificó la convención mediante la sanción de la Ley 23.849. Con posterioridad, como también se dijo, fue incorporada al bloque de constitucionalidad construido a partir de la reforma constitucional llevada adelante en el año 1994.

A efectos de cumplir lo pactado en la Convención y para que los niños argentinos tuvieran una legislación propia que contuviera todos sus derechos de manera integral, se

---

<sup>235</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006)

<sup>236</sup> Cfr. Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken (1997) y "La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal". Editorial Dunken. (2006)

<sup>237</sup> En este sentido me permito destacar la actuación de la Dra. Zulita Fellini, que ya no solo desde el claustro docente, sino desde la judicatura, impulsó la aplicación directa de los estándares de la Convención frente a la falta de adecuación de la normativa interna.

sancionó la Ley 26.061<sup>238</sup>, denominada “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, y se declaró por objeto de ella la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la nación sea parte. Se destacó en la misma norma que los derechos reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño y la omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces. Expresamente manifiesta que los menores gozarán de las garantías individuales establecidas en la constitución, hace mención del debido proceso para el caso de los menores infractores, así como la de existencia de ministerios públicos y jueces especializados, puntualizando las garantías procesales.

Si bien desde la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño se comprendió, lentamente a nivel jurisdiccional<sup>239</sup>, que el instrumento debía ser operativo, había voces que aún resuenan en cuanto a que no se podía considerar los derechos a favor de los menores infractores a nivel aplicación directa, sino en forma programática. En esa inteligencia entiendo que los legisladores dictaron la referida Ley 26.061 para establecer un régimen de protección integral y cerrar la discusión sobre la operatividad plena de la Convención. Ahora, frente a la necesidad, se busca un nuevo sistema de justicia penal para niñas, niños y adolescentes, con el fin de que se terminen de garantizar los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución Nacional, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>240</sup>. Es importante recordar que en todos los

---

<sup>238</sup> La ley dedica los siguientes artículos en forma para el reconocimiento de derechos: Artículo 8.- Derecho a la Vida, Artículo 9.- Derecho a la Dignidad y a la Integridad Personal, Artículo 10. - Derecho a la Vida Privada e Intimidad Familiar, Artículo 11. - Derecho a la identidad, Artículo 12. - Garantía estatal de identificación. Inscripción en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, Artículo 13. - Derecho a la Documentación, Artículo 14. - Derecho a la Salud, Artículo 15. - Derecho a la Educación, Artículo 16. - Gratuidad de la Educación, Artículo 17. - Prohibición de discriminar por estado de Embarazo, Maternidad y Paternidad, Artículo 18. - Medidas de protección de la Maternidad y Paternidad, Artículo 19. - Derecho a la Libertad, Artículo 20. - Derecho al Deporte y Juego Recreativo, Artículo 21. - Derecho al Medio Ambiente, Artículo 22. - Derecho a la dignidad, Artículo 23. - Derecho de libre asociación, Artículo 24. - Derecho a opinar y a ser oído, Artículo 25. - Derecho al trabajo de los adolescentes, Artículo 26. - Derecho a la seguridad social, Artículo 27. - Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos, Artículo 28. - Principio de igualdad y no discriminación. Los anteriores artículos transcriben los derechos y garantías de los menores en conflicto con la ley penal de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que son el instrumento internacional que ha motivado el cambio de paradigma en los modelos de derecho punitivo para adolescentes.

<sup>239</sup> Cfr. Virginia Sansone. “Delincuencia juvenil. Nuevas tendencias jurisprudenciales”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal abril de 2007. (2007)

<sup>240</sup> Derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocido.

procedimientos seguidos a adolescentes se deben observar las garantías del debido proceso legal, y las respuestas estatales deberán ser proporcionales a la conducta realizada; tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de dieciséis años de edad –existen proyectos que postulan una baja discutible en cuanto a la edad de imputabilidad, algo que puede ser atinado en un marco de reforma integral<sup>241</sup>–, por la comisión de conductas antisociales que califiquen como delitos graves.

Esto permite que la protección de garantías individuales sea de manera efectiva, mediante un juicio verdaderamente proporcional en cuanto a la respuesta estatal frente a un joven que entra en conflicto con el subsistema penal. Lo cierto, y más allá de mi voto de fe en que puede mejorar la administración de justicia en este sentido, es que debemos decir se han tenido dificultades para implementar un nuevo sistema acorde a la Convención, lo que redundó en diversas opiniones consultivas, informes y sentencias de responsabilidad y reparación, ya sea por la administración de justicia nacional como por las provinciales. El nuevo proyecto ya tiene media sanción<sup>242</sup>, pero a la fecha, no fue tratado por la Cámara Baja del Congreso Nacional. Esta falta de concordancia –entre la Convención y el régimen vigente–, resulta violatorio de las garantías individuales de los adolescentes, ya que se sigue aplicando un modelo de tutelar mixto, que no sigue los principios mínimos que un proceso judicial penal debe necesariamente conservar para su validez: el control del proceso mediante garantías procesales y legales en toda su magnitud específica, con el plus de protección requerido internacionalmente. Nobleza obliga, debemos reconocer el serio esfuerzo realizado por muchos Magistrados bien intencionados que, con las herramientas legales que se le brindan, realizan interpretaciones jurídicas a fin de humanizar y hacer progresar, por vía jurisprudencial, el proceso de niñas, niños y adolescentes. Honestamente, creo que no basta con la buena voluntad de los operadores, puesto que el Estado tiene la obligación de brindar un marco normativo acorde, puesto el orden legal implica una verdadera garantía para el justiciable, y un mensaje claro para la sociedad en su conjunto.

---

<sup>241</sup> Como adelantamos, hay sectores que pretenden resumir los “problemas de inseguridad”, o de la “minoridad”, a la baja de edad de imputabilidad. En el caso concreto no creo que solucione nada por sí misma, pero en el contexto de un régimen como el propuesto, resulta algo necesario a fin de brindarle coherencia al desarrollo de las etapas evolutivas de persona.

<sup>242</sup> Régimen penal de Responsabilidad Juvenil del Senador Gerardo Morales.

## **V. Crítica a la situación actual, análisis de la propuesta de reforma legislativa y posible solución.**

En síntesis, como adelantamos, hacia el año 1919, comenzó a regir en la República Argentina la Ley de Patronato de Menores, siendo que el ámbito penal, desde 1921 y hasta mediados de la década del cincuenta<sup>243</sup>, la imputabilidad de los menores estuvo incorporada al Código Penal -Arts. 36 y concordantes-<sup>244</sup> que fijaba la edad en 14 años<sup>245</sup>. Luego el régimen fue modificado por la Ley 21.338<sup>246</sup>, que en sus artículos 1 al 13 dispuso sobre el régimen aplicable a los menores que incurrieran en hechos que la ley califica como delitos. Estas disposiciones fueron posteriormente derogadas por la Ley 22.278/22.803, que estableció el actual régimen. Claramente la coyuntura social y el marco normativo –a nivel Constitucional- exigen una profunda reforma del sistema penal en general, pero más precisamente en materia de minoridad.

En este capítulo comentaremos brevemente el proyecto de “Responsabilidad Penal para Niñas, Niños y Adolescentes” que en un momento pareció hacer tomar el rumbo correcto hacía un esquema de responsabilidad penal limitado para los menores, respetuosa de sus derechos y garantías. No resulta simple hablar de una problemática tan compleja como la del régimen penal de minoridad en la República Argentina, máxime luego de lo reseñado anteriormente. Una de las propuestas más preocupantes y que ha dado lugar a una opinión social masiva, es la tendiente a bajar la edad de imputabilidad sin más discusión que la baja de edad, algo, que de considerarse atinado, entiendo debería darse con una discusión más profunda que la del mero derecho penal simbólico<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> Ley 14.394, sancionada el 14 de diciembre de 1954, promulgada el 22 de diciembre 1954, arts. 1 al 13 derogados por la Ley 22.278. En la ley 14.394 quedaban fuera del ámbito de intervención material los delitos que no excedieran de un año de prisión, de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación. En la ley 22.278/22.803 la despenalización es un tanto más generosa, pues se extiende a los tipos penales reprimidos con pena de hasta dos años de prisión.

<sup>244</sup> Ley 11.179, arts. 36 al 39, derogados por la Ley 14.394.

<sup>245</sup> Ha habido numerosos proyectos de reformas al Código Penal, entre otros, las de 1924, 1926, 1928, 1932,1933,1936, 1941,1951, 1960, 1963,1973,1974,1979,1994,1991. El último proyecto, dirigido por el Dr. Baigún, y en el que participaron los Dres. Chiara Díaz, De Luca, Erbeta, Ferreira, Hendler, Ochoa, Yacobucci y Tizó, representantes estos de entidades del foro, la judicatura y la academia, y coordinado por el entonces Secretario de Política Criminal, Dr. Alejandro Slokar, tuvo un gran impulso sobre el año 2006, pero a la fecha perdió estado parlamentario.

<sup>246</sup> Ley 21.338, sancionada el 25 de junio de 1976. B.O. 1 de julio de 1976.

<sup>247</sup> Winfried Hassemer. Se refiere al “Derecho Penal Simbólico” como aquel que se orienta hacia efectos políticos y no a la protección de bienes jurídicos. Entiende que es instrumental y advierte sobre su función de engaño. A su vez señala el problema de la pérdida de credibilidad que trae aparejado. Al respecto ver del mismo autor “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos” (En Pena y Estado, N° 1, 1991, ediciones PPU, Barcelona) y “Fundamentos del Derecho Penal” (Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosh, Barcelona, 1984).

El proyecto aquí analizado se encamina a establecer un nuevo régimen de responsabilidad penal juvenil limitado, tal como el modelo Español antes resumido<sup>248</sup>. El proyecto de ley ya recibió media sanción por parte del Senado Nacional, por lo que se espera que la Cámara de Diputados lo trate. La nueva ley reemplazará al régimen penal de minoridad existente -Ley 22.278, junto con las reformas de las leyes 22.803, 23.264, 23.742 y 26.061-, estableciendo entre sus objetivos principales la responsabilidad de las personas menores de dieciocho años y mayores de catorce años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito de acción pública en el código penal y leyes especiales.

A su vez establece que, en ningún caso una persona menor de dieciocho años a la que se le atribuya la comisión de un delito podrá ser juzgada por el sistema penal general, ni podrá atribuírsele las consecuencias previstas para las personas mayores de dieciocho años de edad, algo que considero un gran avance, ya que con el presente régimen, más allá de exención de sanción, o la facultativa reducción que prevé el Art. 4 de la Ley 22.278, las penas y sus modalidades aplicables son las mismas que para los adultos, conforme el Art. 5 del Código Penal<sup>249</sup>. Bajar la edad de imputabilidad, no es una solución de fondo ya que la mentada “inseguridad” no es únicamente una cuestión de edad, por lo que también habría que tomar conciencia de los posibles factores que llevan a los menores a cometer delitos y de la responsabilidad que poseen aquellos que tienen a su cargo la patria potestad.

Con este sistema se intentará así eliminar el modelo tutelar actual, con la finalidad de asegurar un proceso penal basado en la legalidad y no en la disposición facultativa del Juez de Menores. Entre sus objetivos está el juzgamiento de las personas menores de dieciocho años y mayores de catorce años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito de acción pública en el código penal y leyes especiales, algo que amplía el espectro, pero en un contexto de proporcionalidad punitiva.

Se destacan aspectos muy positivos de esta nueva ley, tales como el propósito de efectuar posibles mejoras en cuanto a las sanciones aplicables –buscando penas alternativas-, el funcionamiento de las instituciones y centros especializados para el cumplimiento de las penas –que en este modelo son la verdadera ultima ratio-, y la

---

<sup>248</sup> Al respecto, se aconseja la lectura del artículo escrito por Virginia Sansone y Fernando Fiszer. “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España”. Revista de derecho penal, Rubinzal-Culzoni Editores, número 3 del año 2003. (2003).

<sup>249</sup> Código Penal, Art. 5: “Las penas que este código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.”.

atribución de responsabilidad a los menores por la comisión de un delito, y no por la forma en que conducen su vida. En este último caso la responsabilidad penal alcanzará a los jóvenes de catorce ó quince años de edad que cometan un delito con pena mínima de tres años de prisión o reclusión; y a los jóvenes de dieciséis ó diecisiete años de edad que participen en la comisión de un delito con pena mínima de dos años o más de prisión o reclusión. Además, quedarán comprendidos para la declaración de responsabilidad, los delitos dolosos con resultado de muerte, delitos contra la libertad y contra la integridad sexual, así como también los casos de lesiones graves, gravísimas, el robo con armas y el secuestro extorsivo.

A su vez, en ningún caso una persona menor de dieciocho años a la que se le atribuya la comisión de un delito podrá ser juzgada por el sistema penal general, ni podrá atribuírsele las consecuencias previstas para las personas mayores de dieciocho años de edad, algo que redundaría en la aplicación de penal proporcional a su capacidad de reproche, fijada por un operador especializado. Lo más relevante desde nuestro punto de vista es que el nuevo modelo deja definitivamente de lado el sistema tutelar, que se basa en sacar al adolescente del sistema penal de garantías, para dejarlo bajo la tutela penal del Estado, en base a una concepción peligrosista, y con ello concepción del niño como un incapaz, tornándolo objeto de derecho. La necesidad de la reforma legislativa para obtener un nuevo régimen no debe desatender el trabajo tendiente a prevenir la comisión de delitos entre los jóvenes con políticas sociales por fuera del ámbito penal<sup>250</sup>.

En la actualidad los menores de 14 a 16 años son considerados inimputables por imperio de la Ley 22.278, habilitando a los jueces a internarlos para su protección "moral y material" sin importar si han sido juzgados por la comisión de un delito. Esto lleva a que en los institutos de menores convivan "delincuentes juveniles" con chicos carenciados o en situación de conflicto familiar que tuvieron una conducta reñida con la ley pero que claramente la institucionalización solo potencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>251</sup> dejó sin efecto la liberación de menores de dieciséis años alojados en institutos de menores en base a su disposición en los términos del Art. 1 de la Ley

---

<sup>250</sup> La necesidad en la modificación del régimen penal juvenil deviene, en que aproximadamente la mitad de los jóvenes mayores de dieciocho años que cometen delitos, han estado en algún momento privados de su libertad en institutos de menores u hogares; lo que demuestra el fracaso el sistema, ello más allá de la falta de congruencia entre el modelo vigente y la exigencia internacional.

<sup>251</sup>Excma. CSJN. (G. 147. XLIV). Recurso de hecho "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa nro. 7537", 2 de diciembre de 2008.



22.278, declarado previamente inconstitucional por la Sala III de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal<sup>252</sup> <sup>253</sup>. Para ello sostuvo que una liberación masiva dispuesta por una decisión judicial no es una solución para un problema de “gravedad y complejidad extrema”, ya que entiende que antes que ese tipo de medidas, los tres poderes del Estado deberían converger en una respuesta de fondo. Expresa que no es sólo cuestión de “...desaprobar las leyes que limitan los derechos, libertades y garantías de los niños...” –dice el fallo– sino de que los “poderes públicos” establezcan, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. En este punto se puede coincidir, pero lo cierto es que la norma se encuentra en franca contradicción con el marco normativo que desarrollamos precedentemente.

Otro de los problemas que entiendo que subsisten en el régimen actual y que revista mayor gravedad, es el referido al tipo y “quantum” de las sanciones que se imponen de los menores de edad que se encuentran en la franja etárea comprendida entre los dieciséis y dieciocho años. En este sentido la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolló doctrina tendiente a limitar los excesos del Art. 4 de la Ley 22.278<sup>254</sup>. En efecto, estableció en el fallo “*Maldonado*”<sup>255</sup> que la respuesta punitiva debe ser proporcional a la culpabilidad por el acto, y esta, al ser menor, nunca puede ser igual a

---

<sup>252</sup> Excma. Cámara Nacional de Casación penal, Sala III, 12 de noviembre de 2007 “G.M.E. y M.L.C.”.

<sup>253</sup> Se trató de un reclamo puntual sobre sesenta menores que se encontraban internados en el Instituto San Martín. La causa original había sido iniciada por el abogado y Diputado Nacional Emilio García Méndez, planteando que es inaceptable que los menores de 16 años estén privados de su libertad cuando son considerados “inimputables” y privados de la libertad.

<sup>254</sup> 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. 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. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor 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. 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; 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 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.– 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.

<sup>255</sup> Excma. CSJN. “M.D.E. y otro”, 17 de diciembre de 2005, La ley 2006-C, 288.

la que recibiría un mayor de edad, debiendo ser regla general la aplicación de la escala de la tentativa a la hora de dictar sentencia condenatoria.

Otro punto crítico y sensible, es la aplicación del catálogo de penas del Art. 5 del Código Penal, sin implementar sanciones alternativas, de allí que el objeto de la nueva ley es la creación de un sistema integral de responsabilidad penal limitada o proporcional. Al año 2012, existían cinco proyectos de ley vigentes<sup>256</sup>, y solo uno con media sanción<sup>257</sup>. A este último, por estar adelantado su trámite, y por comprender, desde nuestro punto de vista que prevé un modelo acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño, es el que vamos a analizar brevemente. El proyecto, al igual que otros países que han tenido que adaptar su legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño, comprende un sistema legal aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley penal, por lo que claramente deja a salvo a la infancia<sup>258</sup>, y deja exento de ser juzgados por el sistema general a los adolescentes, a los que tampoco se le podrán atribuir las consecuencias jurídicas previstas para los mayores de dieciocho años<sup>259</sup>.

En cuanto a las exenciones de responsabilidad, establece una escala progresiva, proporcional respecto a la edad<sup>260</sup> y a la magnitud del injusto, algo en principio razonable ya que las penas en expectativa son, como dijimos, distintas a las del Código Penal, aunque se remite a este como referencia en relación a la edad de imputabilidad. En ese sentido, se eximen de responsabilidad a las personas que no alcancen los catorce años de edad, y respecto a los que tengan entre 14 y 15, los considera imputables si cometen un delito doloso con pena mínima de tres o más años de prisión<sup>261</sup>. A las personas con edades entre 16 y 17 años de edad, las considera imputables si la pena mínima es de dos o más años. Se excluyen los delitos de acción privada, los sancionados con multa. Claramente se toma como parámetro la magnitud del injusto y

---

<sup>256</sup> Proyecto 6427-D-2010. Proyecto 1448-D-2011. Proyecto 1045-D-2010. Proyecto 1524-D-2010.

<sup>257</sup> Proyecto de Senadores que condensa los proyectos 0734-S-2008, 1564-S-2008, 1263-S-2009, 1524-S-2009 y 1555-S-2009, aprobado en la Cámara de Senadores el día 25 de noviembre de 2009.

<sup>258</sup> En el caso, niños menores de catorce años.

<sup>259</sup> Receta el principio de especialidad establecido por los arts. 5.5 Convención Americana sobre Derecho Humanos y 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>260</sup> Ley 26.579. Modificación a la mayoría de edad, la que es plena a partir de los dieciocho años. Sancionada el 2 de diciembre de 2009, promulgada el 21 de diciembre de 2009. Es razonable que se deba contemplar la modificación de la edad mínima, ya que la madurez se adquiere en forma proporcional.

<sup>261</sup> Toma como referente para las penas al Código Penal.

la respuesta punitiva a la hora de escalonar en forma proporcionada la intervención del subsistema penal en la minoridad.

Se expresan fehacientemente los principios que rigen la materia<sup>262</sup>, junto con los derechos y las garantías<sup>263</sup> que le asisten a cada niña, niño o adolescente. A poco que se analiza, surge a la vista que son más que los que deberían corresponder a toda persona, pero no obstante ello, y en base a nuestra historia nacional, creo de buen tino su mención positiva y expresa en la norma. La privacidad del proceso, la participación de los padres, el plazo razonable, el pleno derecho a defensa, y la privación de la libertad como excepción<sup>264</sup>, son las reglas en este sistema, y resulta ser algo verdaderamente de avanzada para nuestra legislación penal. Tal es así que se prevé un criterio de oportunidad reglado, en cabeza del representante del Ministerio Público Fiscal, incluyendo a la pena natural entre las causales<sup>265</sup>. En las dos franjas etáreas sometidas a proceso, se destaca la posibilidad de suspender el proceso a prueba<sup>266</sup> y la mediación penal. De no ser satisfactorio el resultado, podrá proseguir el proceso sancionatorio<sup>267</sup>.

De fracasar las soluciones alternativas, se prevé un catálogo de sanciones punitivas especiales, diferentes en modalidad y magnitud a las prevista para los adultos. En el propio texto de la norma se expresa que las sanciones serán de aplicación excepcional y

---

<sup>262</sup> Libertad, dignidad personal, inviolabilidad de la integridad física, psíquica, espiritual y moral, fortalecimiento de los vínculos familiares, comunitarios y sociales, derecho a la formación integral, mínima intervención, soluciones específicas, participación de la víctima, garantía de privacidad, plazo razonable e interdisciplinariedad.

<sup>263</sup> Específicamente establece que los adolescente comprendidos en la presente ley gozan de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, en la Ley 26.601, y en las Normas de la Organización de las Naciones Unidas denominadas Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Directrices de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad las que se agregan como anexo y forman parte integrante de la presente ley.

<sup>264</sup> Se establece la para la franja 14/15 años que la privación de la libertad procede frente a los delitos dolosos con resultado muerte o contra la integridad sexual. En la franja 16/17 años se incluyen los delitos contra la libertad. En todos los casos es sensiblemente limitada, para la primera franja no puede superar los tres años, y para la segunda los cinco. También se incluyen los delitos tipificados en el Art.91, 166 –con armas- y 170.

<sup>265</sup> El Fiscal fundadamente podrá, en cualquier etapa del proceso, aplicar criterios de oportunidad renunciando total o parcialmente al ejercicio de la acción penal, limitarla a uno o varios delitos o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho cuando: por su insignificancia, delito con pena no superior a los 6 años y haya prestado conformidad el ofendido, si el adolescente sufrió un daño físico-psíquico moral grave a causa del delito –pena natural-, la sanción carezca de importancia en relación a otra en expectativa, enfermedad incurable. La opinión del fiscal es vinculante para el Juez de Menores.

<sup>266</sup> En este sentido considero importante la actitud asumida por el Tribunal Oral de Menores nro. 3 de la Capital Federal, y posteriormente por el Tribunal Oral de Menores nro. 2, que ya hace varios años formalizaron una interpretación amplia en materia de suspensión de juicio a prueba, a la que denominaron retroactiva, ya que toman el cumplimiento de las medias tutelares como contraprestación para darla por cumplida. Una vez más los Magistrados nacionales demostraron estar prestos a adaptar el sistema por vía jurisprudencial frente a la falta de respuesta legislativa.

<sup>267</sup> Para su cumplimiento se fijan instrucciones judiciales que giran en torno a su reinserción social, protección integral y el fortalecimiento de los vínculos familiares y sociales. A diferencia del tratamiento tutelar, en este caso el menor presta consentimiento libre (No es obligado a ello).

subsidiaria ante la imposibilidad de concluir el proceso mediante otros institutos alternativos previstos. En esa inteligencia, sostiene que se aplicarán con la finalidad de fomentar el sentido de responsabilidad personal por los actos propios, de respeto por los derechos, libertades fundamentales y de integración social. Entonces queda claro que en el nuevo régimen la sanción debe tender a formar conciencia de ciudadanía en el joven.

A las mismas solo se arribarán una vez comprobada la existencia del delito y la participación del adolescente en el mismo, en un proceso respetuoso de las garantías procesales, tal como explicamos en párrafos anteriores, conforme establece la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. La resolución deberá ser fundamentada, motivada, y la sanción será proporcional al hecho cometido, incluso la selección del tipo de sanción deberá serlo de igual forma, dejando de lado cualquier tipo de discrecionalidad o arbitrariedad por parte de los operadores judiciales<sup>268</sup>. La norma prevé un catálogo de sanciones acorde al fin del régimen, algo verdaderamente positivo y que es un gran avance. Las mismas son: disculpas personales a la víctima, reparación del daño causado, prestación de servicios a la comunidad, ordenes de supervisión y orientación, inhabilitación, privación de libertad durante el fin de semana o tiempo libre, privación de la libertad en el domicilio, privación de la libertad en un centro especializado<sup>269</sup>. Frente al eventual incumplimiento de la sanción, si es grave, reiterado y manifiesto, el nuevo proyecto establece una solución original, el juez podrá ordenar prestación de servicios a la comunidad, privación de la libertad durante el fin de semana o tiempo libre o la privación de la libertad en un centro especializado por un plazo previamente establecido.

En cuanto a la ejecución de las sanciones, el proyecto viene a poner fin a un problema que supera ampliamente al de la minoridad, sino que hace a la misma política penitenciaria. La ejecución de las penas se hará en centros especializados, y con un plan individual de ejecución. Sostenemos la importancia de esta medida, ya que a la fecha, un joven que desarrolla una franca recuperación en institutos dependientes de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, al cumplir la mayoría de edad

---

<sup>268</sup> Para garantizar la finalidad de la sanción, el Juez de Menores deberá contar con informes del equipo interdisciplinario sobre el medio social, las condiciones en que se desarrolla la vida del adolescente, su estado general de salud y sobre las circunstancias que resulten pertinentes según los casos. La aplicación de sanciones sucesivas o alternativas no podrán exceder un plazo determinado por la ley, algo que produjo un profundo debate parlamentario.

<sup>269</sup> Procede en los menores de entre 14 y 15 años cuando sea responsables de delitos dolosos con resultado muerte, delitos contra la integridad sexual (con pena mínima de cinco años en el Código Penal), la pena en el proyecto, no podrá exceder los tres años. En los casos cuya edad esté entre los 16 y 17 años, procederá frente a delitos dolosos con resultado muerte, delitos contra la integridad sexual (con pena mínima de tres años en el Código Penal), en este caso la pena no podrá exceder cinco años.

pasa a un establecimiento penitenciario común, lo que redundaría en su regreso al ámbito hostil del que provino, y generalmente, en la pérdida de todo avance positivo<sup>270</sup>. Es decir, que puede adquirir en el curso de su detención un severo retroceso contrario al positivo desarrollo personal efectuado y, sin duda alguna, esta circunstancia será contraproducente, no solo para él, sino que también para toda la sociedad. Sin lugar a dudas el andamiaje jurisdiccional debe buscar la construcción de ciudadanía responsable sin retrocesos estériles. Lo contrario –hacerlo ingresar a una unidad penitenciaria-, hace perder la evolución que desarrolló desde que se lo sometió al proceso de responsabilidad juvenil, en un programa de tratamiento específico acorde a su edad, puesto que debe ser considerado una persona en desarrollo hasta el cumplimiento de su sanción.

En este sentido, para atenuar las consecuencias que podría traer que un menor fuera sometido al sistema penitenciario de adultos, ya la Ley 22.278 dictó dos normas que contemplaban el supuesto: 1) El Artículo 6 que expresa: "*...Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esa situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos...*" y 2) El artículo 10 "*...la privación de la 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 artículo 6...*". Luego de leer el párrafo anterior, fácil es deducir que el artículo 10 se encuentra lógicamente derogado por la expresión que el legislador utilizó en el artículo 5 de la ley de mayoría de edad<sup>271</sup>. Si se hace un análisis sin integrarlo con otras normas, rápidamente haríamos la deducción de que cumplidos los 18 años, la persona debería cumplir el resto de la condena en un establecimiento para adultos, y no es así, de allí el acierto del proyecto. El legislador tuvo en cuenta dos circunstancias para efectuar un correcto análisis que es el integral: en primer lugar, si existe normativa constitucional que pueda regir el tema y, en segundo, la propia aplicación de la Ley 24.660. En la Convención sobre los Derechos del Niño, su artículo 37 trata sobre la privación de

---

<sup>270</sup> Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño reconoce el principio de autonomía progresiva, dentro del principio de especialidad en la materia (reconocido en el art. 5.5 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 10 inc. 3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General nro. 10; Convención Americana de Derechos del Niño; Opinión Consultiva Nro. 17 y el Informe nro. 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), como así también el de no regresión (CIDH Comunicado de prensa nro. 26/04 4 de diciembre de 2004, Corte IDH "*Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*"), no solo en la sustanciación del proceso penal en cuanto a la aplicación de una pena, sino también a los fines de proteger los intereses del menor en cuanto a la ejecución de la sanción punitiva aplicada.

<sup>271</sup> Ley 26.579. Modificación a la mayoría de edad. Sancionada el 2 de diciembre de 2009, promulgada el 21 de diciembre de 2009.

libertad y los requisitos en que los niños deben cumplir esa pena. Asimismo, para este instrumento internacional, niño es todo ser humano menor de 18 años, salvo que en virtud de una ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad, y como el artículo 37 nada regula específicamente fuera de esa etapa del ser humano, no se encuentra prevista en el mismo tratado esta cuestión.

No obstante ello, en la Observación General nro. 10/07 que dictó la Organización de las Naciones Unidas como elemento para alentar la aplicación de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que debe ser considerado como pauta interpretativa de esos artículos, señala, luego de que en el apartado 85 reitera al artículo 37, segunda parte que "...Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos. No se privará a un menor de libertad en una prisión u otro centro de adultos..."; en el apartado 86 "...Esta norma no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años. Debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro...". Por lo tanto, estos establecimientos especializados y las modalidades de ejecución plateada en el proyecto de ley, se enrolan en la Observación General nro. 10/07, interpretativa de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Otro punto en el que también se aplica la lógica de la proporcionalidad, se da en materia de prescripción, ya sea de la acción penal<sup>272</sup> como el de la sanción<sup>273</sup>, los que son sensiblemente menores a los establecidos en el código de fondo. Claramente el interés Estatal en su persecución y condena en términos de potestad punitiva son menores, puesto que en el fondo también son "víctimas" en términos sociales. En síntesis, consideramos que este proyecto, desde el aspecto estrictamente normativo<sup>274</sup>, reúne los requisitos mínimos exigidos por un sistema de responsabilidad penal para niñas niños y adolescentes, respetuosa de la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos del Niño y Pactos Internacionales. Lamentablemente a la fecha no fue tratado en la Cámara Baja, por que hacemos nuestro voto de fe para que ello ocurra.

---

<sup>272</sup> Para los que prevean pena no privativa de la libertad, 2 años, y para los que las prevean, 5 años.

<sup>273</sup> Tiempo igual al de la condena como menor.

<sup>274</sup> Hacemos la salvedad toda vez que luego, en la aplicación material, suele haber problema, muchas veces a las rutinas de los operadores que tardan en asimilar el cambio.

## **VI. Conclusión.**

El presente trabajo se basa en los estudios de prestigiosos juristas que se han venido realizando en nuestro país con respecto al nuevo sistema de justicia para menores. El nuevo modelo de responsabilidad y la nueva concepción de los derechos de la niñez que la Organización de las Naciones Unidas y la Fundación de las Naciones Unidas para la Infancia impulsan en función de la vigencia plena de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha sido el generador de las reformas que se dieron en el mundo en la materia, y a las que aspiramos nuestro país siga.

El enfoque de análisis tuvo por centro la evolución histórica y las paulatinas soluciones a las que arribó el sistema a lo largo de los años, y sobre el final, la crítica a los problemas que aún subsisten, puntualmente la disposición del Art. 1 de la Ley 22.278 y la aplicación de sanciones idénticas a las de los mayores en función del Art. 4 del régimen, buscando un enfoque integral no tutelar.

Destacamos en el trabajo una perspectiva de análisis de las leyes, su evolución histórica, y en particular del proyecto de ley que obtuvo media sanción por parte del Senado de la Nación, donde resaltamos sus múltiples virtudes en comparación con el régimen actual. Consideramos que de ser sancionado el proyecto de ley será un buen instrumento para los operadores del nuevo sistema, ya que contiene los principios, garantías, modelos y procedimientos que las autoridades deben observar en el caso de los menores a quienes se les responsabilice por la comisión de una conducta que esté tipificada como delito en el Código Penal.

Consideramos que su implementación es la parte más difícil, después de la decisión política, pues tendrá que remontar una tradición de varios años en que el modelo mixto tutelar-garantista ha estado vigente en nuestro Estado y habrá que crear nuevas instituciones basadas en el modelo de responsabilidad, cambiando la concepción tradicional de los menores en el derecho penal. Éste cambio de modelo requiere la capacitación de las personas, inversión pública en espacio físico, mobiliario, recursos técnicos, etc<sup>275</sup>.

---

275 En este mismo sentido se expresa en relación a la situación mexicana el Dr. Jorge Arturo Mata Aguilar, algo que parece ser un mal que aqueja a los pueblos latinoamericanos. Jorge Arturo Mata Aguilar "El derecho penal juvenil en México. La constitucionalización de las garantías penales de los adolescentes en México y la ley de justicia para menores del estado de Querétaro". <http://www.monografias.com/trabajos53/derecho-penal-juvenil/derecho-penal-juvenil2.shtml>

Sin embargo, el nuevo sistema debe ser implementado y deberá funcionar, de lo contrario se estará violando de manera permanente las garantías individuales de los adolescentes, y ante la falta de funcionamiento no podrán ser juzgados legítimamente, con las consecuencias que esto conlleva, principalmente las consecuencias sociales negativas y la responsabilidad internacional de nuestro país<sup>276</sup>.

Además, el Estado y la Sociedad quedarán rezagados ante otros que con menos recursos pero con mayor voluntad han implementado el nuevo modelo. Otra labor importante es la debida difusión del modelo entre la comunidad en general y especialmente la jurídica, en la que a veces por desconocimiento, y otras por convicción - reacción, es de donde se originan mayores críticas.

Es claro que todo niño debería de tener la oportunidad de crecer en una familia, acceder a la salud y a la educación, vivir sin violencia y sin discriminación. Por distintas causas a muchos niños se les niega aún éstos derechos básicos.

El nuevo sistema de justicia toma en cuenta éstos derechos y el contexto social; y pretende que a los adolescentes que por alguna causa se les deba aplicar la ley penal, queden protegidos en sus derechos y se les respeten sus garantías, sean juzgados con benignidad, equidad, sin agravio y con comprensión de su situación personal, brindándole verdaderas oportunidades en un marco de libertad; ello, para no ejercer violencia legal contra la conducta de los menores, para que la ley cumpla con las aspiraciones por las que fue concebida, y respetando las obligaciones internacionales en materia de derecho humano. Se busca, además de sancionar humanamente, construir ciudadanía, y la ley debe ser el instrumento de auxilio que procure, más allá de la sanción, que los adolescentes se desarrollen plenamente, para que luego sean adultos libres y felices, insertados de lleno en la sociedad democrática.

---

<sup>276</sup> Jorge Arturo Mata Aguilar “El derecho penal juvenil en México. La constitucionalización de las garantías penales de los adolescentes en México y la ley de justicia para menores del estado de Querétaro”. <http://www.monografias.com/trabajos53/derecho-penal-juvenil/derecho-penal-juvenil2.shtml>



## **IX. Bibliografía.**

- “Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Editado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina con la colaboración de UNICEF. (2005)
- “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez. Doc. 28, 13 de julio de 2011. (2011)
- Ana María Dubaniewicz. "Abandono de menores - Historia y problemática de las instituciones de protección", Editorial Dunken. (1997)
- Ana María Dubaniewicz. “La internación de menores como privación de la libertad. Circuito y penal”. Editorial Dunken. (2006)
- Andrés José D’Alessio, director, y Mauro A. Divito, coordinador. “Código Penal de la Nación, Comentado y anotado”. Tomo III, Leyes especiales. (2011)
- Andrés Thompson, con la colaboración de María Andrea Campetella. “El “Tercer Sector” en la historia argentina”. Sala de lectura consejo latinoamericano de ciencias sociales (CLACSO) url: <http://www.clacso.org>. (1994)
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, el 20/XI/1989. Aprobada en la República Argentina según ley 23.849. Sancionada el 27/XI/1990. Promulgada tácitamente el 16/X/1990. Publicada en el B.O. el 22/X/1990.
- Emilio García Méndez. “Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia”, México, Fontamara. (2001)
- Enrique Bacigalupo, “Derecho Penal, Parte General”. Hammurabi. 2ª edición totalmente renovada y ampliada. (1999)
- Ezequiel Crivelli. “Bases para un nuevo derecho penal juvenil”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal, agosto de 2008. (2008)

- Ezequiel Crivelli. “La internación en el proceso penal de menores ¿Medida de protección, medida cautelar o adelanto de pena?”. La Ley, Gran Cuyo, abril de 2007. (2007)
- Gault at 40: Los 40 años del Caso Gault. 29 de mayo de 2007 <http://justiciapenaladolescente3.blogspot.com.ar/2007/05/gault-at-40-los-40-aos-del-caso-gault.html>
- Günter Stratetnwerth. “Derecho penal, Parte general I, El hecho punible”. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo S. Sancinetti. Hammurabi. Cuarta edición. (2005)
- Jorge Arturo Mata Aguilar. “El derecho penal juvenil en México. La constitucionalización de las garantías penales de los adolescentes en México y la ley de justicia para menores del estado de Querétaro”. <http://www.monografias.com/trabajos53/derecho-penal-juvenil/derecho-penal-juvenil2.shtml>
- María José Turano. “Inconstitucionalidad del Art. 1º de la Ley 22.278: la consecuencia ineludible de la vigencia plena de la Convención sobre los Derechos del Niño”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal, 31 de marzo de 2008. (2008)
- Martiniano Terragni. “Justicia Penal de Menores”. La Ley. (2009)
- Mary Beloff. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23878.pdf>.
- Ricardo Levene (h). Historia del Derecho Argentino, Ed. Guillermo Kraft Ltd. (1945/1958)
- Rita Nievas. “Breve Historia de la Protección al Niño Argentino”, en “El monitor de la Educación”. Consejo Nacional de Educación, 1961. (1961)
- Virginia Sansone y Fernando Fiszer. “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España”. Revista de derecho penal, Rubinzal-Culzoni Editores, número 3 del año 2003. (2003)
- Virginia Sansone. “Delincuencia juvenil. Nuevas tendencias jurisprudenciales”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal abril de 2007. (2007)

-Winfried Hassemer. “Crítica al derecho penal de hoy”. Traducción de Patricia Ziffer. Universidad del Externado de Colombia, Primera edición. (1998)

-Winfried Hassemer. “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”. En Pena y Estado, N° 1, 1991, ediciones PPU, Barcelona. (1991)

-Winfried Hassemer. “Fundamentos del derecho penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Editorial Bosh, Barcelona. (1984)

-Winfried Hassemer. “Fundamentos del Derecho Penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosh, Barcelona, 1984. (1984)

-Zulita Fellini. “Derecho Penal de Menores”, Ad-Hoc. (2007)