

# **Las inconstitucionalidades en el régimen penal nacional de la minoridad**

Autor: Graciela Isabel Demiz<sup>1</sup>

## **SUMARIO:**

**I. Introducción**

**II. La vigencia de dos paradigmas contradictorios en minoridad.**

**III. Menores ante la Ley Penal Argentina.**

**IV. Parámetros a considerar para determinar la edad de imputabilidad.**

**V. Justicia restaurativa en el derecho penal de la minoridad.**

**VI: Los Derechos del niño en el Bloque de constitucionalidad Argentino.**

**VII. Conclusiones.**

## **I. Introducción**

La situación de los menores infractores a la ley penal, es uno de los problemas que actualmente preocupan más a la sociedad. Constantemente algunos sectores de la sociedad manifiestan la necesidad de bajar la edad de imputabilidad, como si ello fuera la solución mágica al problema. Solucionar un problema tan grave y acuciante requiere tener presente una inmensa cantidad de variantes, que no se relacionan para nada, con encerrar más niños en la cárcel.

El Derecho penal ha sido concebido para regular las normas básicas de convivencia social. Sin embargo, muchos de los hechos hoy calificados como delitos, podrían ser solucionados por otras ramas del ordenamiento jurídico.

Conforme a nuevas concepciones sociales, las sanciones penales tradicionales sólo se aplicarán cuando fracase la reconstrucción de la paz social por la vía de la reparación y quedarán reservadas para aquellos casos que por su gravedad e impacto social, afecten el interés público.

La intervención de la víctima en la resolución del conflicto, no pretende volver a la venganza ni es una privatización del sistema. Simplemente, se abre una tercera vía, la de la reparación y se ha comprobado que esta reparación contribuye en gran medida a una mejora del clima social.

---

<sup>1</sup> Abogada, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales.

No se trata de suprimir el sistema penal, ni de relegar los avances hechos en materia de respeto a los derechos y garantías del ser humano, sino de ver que en muchos casos, la persecución penal no es conveniente para la sociedad.

Ante los difíciles desafíos que enfrentan hoy los sistemas tradicionales de justicia penal, la Justicia Restaurativa se presenta como una sana respuesta, en un marco de respeto de todos los derechos y garantías constitucionales reconocidas tanto por la Constitución Nacional como por los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional.

## **II. La vigencia de dos paradigmas contradictorios en minoridad:**

En relación a la infancia coexisten en Argentina actualmente, tres paradigmas: El de la Situación Irregular; el de la Protección Integral y el del Protagonismo Infantil, de los cuales el tercero de ellos, se encuentra aún en construcción.

### **A) Régimen de la Situación Irregular:**

El paradigma de la Situación Irregular surge en las primeras décadas del siglo veinte, correspondiéndose en el ámbito legislativo con la sanción de la ley del Patronato de Menores, como también con la creación de los primeros Tribunales con competencia en Menores.

Con la ley 10.903 en el año 1919, comenzó en Argentina el tratamiento diferenciado de los menores infractores, que dejaron de ser equiparados a los adultos. Esta ley, reguladora del Patronato del Estado, incorporó el régimen de la situación irregular, que luego sería mantenido por el Código Penal de 1921, y las leyes 14.394 y la ley 22.278.

Las notas características del régimen de la situación irregular fueron: la legislación específica y el reformatorio; con un claro privilegio del intervencionismo estatal, asignando al juez paternalista o tutelar una competencia discrecional.

La ley 22.278/80 no enumera las medidas que deberá aplicar el juez, y tampoco fija los presupuestos necesarios para cada una de ellas. En uso de potestades discrecionales, el magistrado dispondrá las medidas que crea convenientes, no sólo con independencia de la gravedad del injusto atribuido, sino también ante la inexistencia de éste (para niños en situación de abandono).

Por otra parte, las medidas son de duración indeterminada, siendo modificables en beneficio del menor, y podrán cesar en cualquier momento por resolución fundada, concluyendo de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

## **B) Doctrina de la Protección Integral:**

Es en el año 1989, con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, comienza a introducirse en nuestro país el segundo paradigma, el de la Protección Integral, propiciado por organismos internacionales como las Naciones Unidas y UNICEF.

En 1994 dicha Convención fue incorporada a nuestra Constitución Nacional, adquiriendo a partir de ese momento jerarquía constitucional.

Las evoluciones operadas en la materia, plasmadas en la formación de un derecho del niño y adolescente que pronto proclamó su autonomía científica y legislativa, dio origen a la Doctrina de la Protección Integral.

Los instrumentos jurídicos de esta doctrina son:

1. Las Reglas de BEIJING;
2. La Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños,
3. La Convención sobre los Derechos del Niño,
4. Las Directrices de RIAD;
5. Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de libertad;
6. El Pacto de San José de Costa Rica;
7. La Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC - 17/2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño;
8. La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de Argentina.

También contribuyeron en la formación del nuevo derecho de la niñez y adolescencia, otras fuentes de diverso origen filosófico, como el garantismo penal, los principios del derecho penal mínimo, y en los últimos años, la justicia restaurativa o restauradora.

Los pilares de este nuevo régimen son el interés superior del niño, el reconocimiento de los mismos como sujetos de derechos y de su capacidad progresiva para ejercerlos, la desjudicialización de la problemática social que afecte a los niños, la protección de la familia y del vínculo del niño a la autoridad parental, y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección.

En este nuevo modelo se trata de superar el circuito de institucionalización represivo-tutelar. Como sujeto de derecho, se le otorgan todas las garantías que un Estado democrático debe

reconocer a un adulto más un plus por su especial condición de persona en desarrollo. En cuanto a la privación de libertad, sólo será aceptada para los infractores a la ley penal, es decir como sanción por el hecho cometido, en casos muy excepcionales y después de que se hayan agotado numerosas medidas socio-educativas.-

En nuestro país, estos dos paradigmas, a pesar de su profunda contradicción se encuentran vigentes concomitantemente, lo cual genera la violación a las garantías constitucionales mínimas de los menores de edad.

### **III. Menores ante la Ley Penal Argentina.**

En Argentina no contamos con un diseño de política criminal seria y eficiente, que se ocupe de la problemática penal de los menores.

También se carece a nivel nacional de una Legislación adecuada práctica y moderna.

La Ley Penal para Menores 22.278, dictada en el año 1980 (durante el Gobierno de Facto llamado de Reorganización Nacional) aplicable a los menores incurso en delitos, fue modificada por Ley 22.803 que estableció la no punibilidad de los menores que no cumplieron 16 años y de menores que no cumplieron 18 años cuando se trate de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación.

Es punible el menor de 16 a 18 años que incurriere en delitos que no sean los anteriormente enunciados.

En nuestro sistema jurídico, estas normas penales, están en colisión con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ya que se inspiraron más en la necesidad de proteger a la sociedad de la “Delincuencia juvenil” que en una visión de responsabilidad penal de atribución a los menores de las consecuencias de su conducta, respetando sus derechos humanos y su protección integral.

Los parámetros fijados en la Convención, determinan que es obligación de los Estados establecer para los niños regulaciones distintas de las aplicables a los adultos, de tal manera, que de ello resulte que no se pueda dar al niño durante la tramitación del proceso penal el mismo trato que un adulto; y mucho menos imponerle una pena como si fuere un sujeto con plena capacidad de culpabilidad.

Motivada por una serie de denuncias presentadas entre abril de 2002 y diciembre de 2003 por los defensores (Dra. Stella Maris Martínez y Dr. Peñaloza ) de 6 personas que habían sido condenadas a prisión perpetua cuando eran menores de edad en la Argentina, la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos realizó una serie de recomendaciones en caso N° 12.651 denominado “Cesar Alberto Mendoza y otros”.

Al respecto la Comisión determinó:

1. Los artículos 19 y 5.6 de la Convención americana, interpretados en relación con los estándares internacionales de protección integral del menor, determinan que es obligación de los Estados disponer medidas necesarias para que el sistema de justicia penal aplicable a los menores tome en especial consideración sus particularidades y necesidades de protección, y en consecuencia establezca regulaciones distintas de las aplicables a los adultos.
2. Las penas de prisión perpetua aplicable al caso se basaron en la ley 22.278. Esta ley solo incorpora pautas generales para atribuir responsabilidad a personas entre 16 y 18 años de edad. El art 4° de la ley 22.278 regula algunas facultades para la determinación de las penas a imponer por los jueces. Pero estas posibilidades están reguladas en términos facultativos, lo cual implica que no son obligatorios.
3. Los delitos y las penas, así como las cuestiones relativas a la ejecución de las penas, incluida la posibilidad de excarcelación se encuentran reguladas por el Código Penal de la Nación Argentina. Es decir, que la ley 22.278 en estas materias remite a la normativa aplicable a los adultos.
4. La falta de parámetros especiales para la aplicación de sanciones penales a adolescentes derivó en que, los denunciantes fueran tratados como adultos, lo cual es incompatible con los artículos 19 (derechos del niño) y 5.6 (readaptación social) de la Convención Americana.

Dispensar a los menores igual tratamiento que los adultos, implica violentar los derechos establecidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y toda su normativa complementaria. Dicha Convención desde su Preámbulo refiere a la necesidad de protección y asistencia al niño para que éste asuma su responsabilidad dentro de la comunidad, “considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de paz, dignidad, tolerancia, igualdad y solidaridad”.

Es desde la legislación penal de la minoridad desde donde deben hacerse efectivas estas declaraciones.

El interés superior del niño, eje sobre el que se asienta la Convención, debe a su vez, ser la directriz de toda legislación que aborde desde cualquier ángulo la cuestión de la infancia.

La legislación penal debe ser la que más insista en el respeto de este tipo de estándares

internacionales, ya que es precisamente el derecho penal desde donde se aplica la violencia del Estado.

La incorporación de la Convención de Derechos del Niño a nuestro régimen constitucional, determina que ella es ley suprema, y es obligación del Congreso de la Nación promover medidas de acción positiva que haga realidad la normativa constitucional.

La Convención, deja abierta las puertas a “otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto en sus circunstancias como con la infracción”.

La justicia penal es el nivel de más fuerte intervención estatal en los conflictos sociales y es por esta razón que debe ser el último recurso al que debe acudir la sociedad. Educar para la paz social e individual es el camino más eficaz aunque, no el más veloz, para resolver conflictos, ya que el Estado debería implementar políticas sostenidas a largo plazo a este respecto.

#### **IV. Parámetros a considerar para determinar la edad de imputabilidad.**

La imputabilidad, desde la perspectiva penal, vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias, es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable.

La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal.

La atribución de imputabilidad o inimputabilidad ope legis a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes.

Es así que la ley 22.278 sostiene en su Art. 1º: “... *No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación...*”. (Texto según ley 22803, art. 1).

El Art. 2º de la ley dice: “... *Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el art. 1...*” (Texto según ley 22803, art. 2).

Una mirada razonable sobre las disposiciones de las leyes 22.278 y 22.803 solamente puede sostener que bajar la edad de imputabilidad en ellas establecida, se contrapone con el bloque de protección a la niñez de rango constitucional.

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal. Es así que en su art. 40.3 establece: “... *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales ...*”

Las Reglas de Beijing en su disposición 4, estableció que la imputabilidad penal “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” del niño.

Conforme a la concepción de Protección integral del Niño, deberían tenerse en cuenta los siguientes parámetros para determinar la edad de imputabilidad para los menores de edad.

### **1) Principio de Culpabilidad:**

Jean-Jacques Rousseau se posiciona como un precursor de la conceptualización moderna de los derechos del niño, al sostener que hay que respetar la infancia, dejar "obrar a la naturaleza", que quiere que los niños sean niños (con su propia manera de ver, pensar y sentir) antes de ser adultos. La inteligencia humana, - sigue advirtiendo Rousseau, - tiene sus límites, no puede aprender todo, y el tiempo existencial es breve. Al principio "no sabemos vivir, pronto ya no podemos"; la razón y el juicio "vienen lentamente", mientras que "los prejuicios acuden en tropel". Hay, pues, que no perder de vista el pasar del tiempo, hay que tenerlo siempre presente, y que saber respetar las edades de la existencia humana.<sup>2</sup>

---

2 J.-J. Rousseau, Emilio, o De la Educación, Madrid, Alianza Ed., 2001 (reed.), pp. 145-146, 120, 241, 311 y 250.

El principio de culpabilidad, recoge una concepción antropológica que considera a la persona como ente capaz de autodeterminación, dotado de conciencia moral. De acuerdo con esta concepción, la responsabilidad penal del autor del hecho debe ser proporcional a su culpabilidad.

La culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor.

Al no poseer los niños y adolescentes el mismo grado de madurez emocional de los adultos, el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no puede tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto.

El principio de culpabilidad exige “existencia de culpa para ser castigado”.

La culpabilidad se encuentra estrechamente vinculada con la imputabilidad, de manera que quien carezca de facultades psíquicas y físicas, bien por no tener la madurez suficiente o por padecer graves alteraciones físicas, no puede ser declarado culpable y, en consecuencia, no puede ser responsable penalmente de sus actos, aunque éstos sean típicos y antijurídicos. Así, la inimputabilidad se erige como “una exclusión de la responsabilidad penal basada en la capacidad intelectual y volitiva”, así como en otros factores relevantes que deben considerarse para la determinación de la imputabilidad.

Bajar la edad de imputabilidad, no va a significar un aceleramiento del proceso de madurez emocional en los menores, ya que son cuestiones que transitan por carriles diferentes. Si bien el término imputabilidad es un concepto jurídico, es un elemento que depende de cuestiones médicas (de las facultades psíquicas del sujeto), ajenas a las ciencias sociales.

Es más, prueba de la falta de madurez emocional en los menores, es que muchos de ellos, con menos de 16 años, ya han infringido gravemente la ley.

De acuerdo con las directrices de Riad, cabe reconocer que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajusta a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de madurez.

La consideración de su inmadurez emocional reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, determina que el Estado, y la sociedad en su conjunto trabajen para educar al menor.



El menor, tiene derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros. La educación y la adquisición del conocimiento es una forma de emancipación humana, e imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano.

## **2) Principio de Igualdad:**

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho a la igualdad se desprende de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

Al examinar las implicancias del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante señalar que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyan un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos.

En función de los Tratados de Derechos Humanos los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados podrán establecer distinciones objetivas y razonables, con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

Este principio cobra relevancia en el caso específico de los menores que no han alcanzado aún la madurez suficiente, como para responder por sus actos, y en consecuencia deben ser considerados inimputables.

Establecer una edad de imputabilidad, que considere una madurez emocional del menor que en la realidad sobrepase la capacidad de entendimiento y de autodeterminación del sujeto, viola el principio de igualdad, porque está considerando una falacia, y está midiendo a un niño con el mismo parámetro que mide a un adulto en cuanto a su culpabilidad. Y esta

situación desigual y discriminatoria redundando en detrimento de los derechos fundamentales de uno de los sectores más vulnerables de la sociedad.

El principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados a la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse siempre a la protección de los derechos e intereses de los niños.

### **3) El interés Superior del Niño:**

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece: “...*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...*”.

Para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

Es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño. Tomando en consideración este parámetro, no podrá determinarse la imputabilidad de un niño que no tiene la madurez suficiente para comprender la criminalidad de sus actos o que no tiene la capacidad de autodeterminación para obrar conforme a la norma penal.

La expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de 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 la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Y determinar la edad de imputabilidad es uno de los temas más importantes en materia de derechos de la niñez, por cuanto, es a partir de esa edad que se aplicará el derecho penal.

## **V. Justicia restaurativa en el derecho penal de la minoridad.**

El reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los niños y adolescentes, y sobre todo, de una capacidad progresiva para ejercerlos, implicó aceptar su condición de sujeto de derechos<sup>3</sup>.

Como contrapartida, la condición de sujeto de derechos también implica su consideración como sujeto responsable. Es decir, a él le compete hacer el esfuerzo de procurar vivir sin violar las normas sociales, y a pesar de las dificultades que pueda encontrar en el camino.

En materia de responsabilidad penal de menores, existen principios rectores específicos, como son el interés superior del menor, y la prevalencia de los criterios educativos y resocializadores. Estos determinan particularidades del régimen, en especial con relación a las medidas socio-educativas, las que, asimismo, deben conformarse a los principios de legalidad, lesividad, dignidad, duración determinada, proporcionalidad, posibilidad de cumplimiento, y la excepcionalidad de la privación de libertad.

En un claro predominio de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro, las legislaciones específicas han previsto distintas fórmulas basadas en el principio de oportunidad para los delitos leves o de gravedad intermedia. Ejemplo de ello son: desistimiento del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, y sobreseimiento en interés del menor.

La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aclaró que "...es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos..."<sup>4</sup>.

En el contexto expuesto, esto es, de hacerse cargo de los perjuicios que se ha provocado y de hacer algo positivo para compensar ese mal, se ha desarrollado un movimiento denominado "Justicia Restaurativa", que permite el abordaje del conflicto penal sin judicializarlo.

---

<sup>3</sup> "Los niños son sujetos de derechos y no sólo objeto de protección", expresó la C.I.D.H., en su opinión consultiva OC - 17/2002, opinión N° 1.

<sup>4</sup> C.I.D.H., opinión consultiva OC - 17/2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, op. cit., opinión N° 12.

Se intenta responder al crimen de un modo más constructivo que el sistema punitivo tradicional, conciliando en la respuesta tanto la responsabilidad del autor, la restauración de la víctima y la reintegración del infractor a la sociedad. Los objetivos de la reparación son educativos y se inscriben en un proceso de responsabilización del joven infractor, quien debe tomar conciencia de la existencia de una ley penal, de su contenido y de las consecuencias de su violación para él, para la víctima, y para la sociedad toda.

Si bien no existe un modelo único de Justicia Restaurativa, los distintos programas presentan las siguientes características comunes:

1. Necesidad de una red comunitaria solidaria y fuerte;
2. Voluntariedad, tanto para participar del mismo como en la aceptación del resultado;
3. Racionalidad y proporcionalidad de la reparación en relación al hecho;
4. Realización en lugares diferentes y menos solemnes que las salas de justicia formal;
5. Intervención de facilitadores especializados y en su caso, de los equipos interdisciplinarios;
6. Integra vigencia de todos los principios y garantías básicos del derecho penal (principios de inocencia, legalidad, celeridad, proporcionalidad, etc.);
7. Necesidad de la homologación del acuerdo por parte del juez de la causa.
8. Ratificación paterna, salvo casos en que las prestaciones a cargo del joven infractor sean servicios que no implican esfuerzos especiales, o aquellos que tienen una finalidad eminentemente educativa.

Existen importantes puntos de contacto entre la Justicia Restaurativa y el renacimiento de la víctima en el derecho penal propiciado por la moderna política criminal.

Cuando el sujeto presenta estilos de vida claramente antisociales, es decir, ya consolidados en el obrar habitual, la Justicia Restaurativa por sí sola no es una respuesta suficiente en el abordaje de la delincuencia juvenil, pues también resulta necesario modificar sus actitudes y valores antisociales, la falta de cualificación laboral y escolar, la inexistencia de pautas educativas familiares correctas, los grupos de amigos que refuerzan el ausentismo escolar, el abuso del alcohol o drogas, el escaso desarrollo de la inteligencia social o personal.

En consecuencia, los programas de Justicia Restaurativa, deben complementarse con un modelo especial para la acción educativa: la competencia social. La competencia social, expresa Garrido Genovés, “es el conjunto de recursos personales de un individuo (capacidades, habilidades, actitudes) que le integran en un grupo pro social, permitiéndole acceder a los refuerzos que este dispensa, derivándose un sentimiento de autoestima positiva

para el individuo, y de consolidación de las pautas de interacción dentro del grupo. Si bien el énfasis se ubica en aspectos del individuo, ha de entenderse que el sujeto ha de disponer de las oportunidades necesarias en su medio para que tales capacidades, habilidades y actitudes puedan desarrollarse”<sup>5</sup>.

La competencia social requiere un esfuerzo planificado, intensivo y sistemático dirigido a que los jóvenes infractores posean las habilidades que le permitan relacionarse con los otros de modo pro social, y que les permitan sentirse útiles dentro de un marco de valores aceptado.

## **VI: Los Derechos del Niño en el bloque de constitucionalidad Argentino.**

La consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional Argentina (Art.118) permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio, independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que impone a los estados el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres, como el derecho a la vida, a la salud, al desarrollo de su capacidad intelectual y volitiva, y a no ser objeto de persecuciones por el Estado. El respeto a estos derechos preexistentes del hombre; se torna más prominente, en casos como el descrito, donde el sujeto se encuentra en pleno desarrollo y crecimiento en cuanto a sus capacidades físicas y psíquicas, y todavía no ha alcanzado la madurez emocional para responder plenamente por sus actos, como si fuera un adulto .

En nuestro país la reforma constitucional argentina de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Este acontecimiento modificó el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites. El principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), consagra al hombre como un fin en sí mismo, y se opone a que sea tratado utilitariamente. Por ello, es incompatible con el principio

---

<sup>5</sup> GARRIDO GENOVÉS, VICENTE, "Las Modernas Directrices de la Respuesta de la Justicia Juvenil (A propósito de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de Menores en España)", op. cit., p. 326).

de dignidad del hombre y con el valor justicia bajar la edad de imputabilidad, con el objeto de crear una falacia de que con ello se protegerá la sociedad de la “delincuencia juvenil”.

El estado tiene la obligación de asegurar todos derechos del hombre que nacen de su propia naturaleza, como son el derecho a crecer y a desarrollar su proyecto de vida, que contemple el respeto por los derechos humanos de los integrantes de la sociedad.

El respeto por la persona humana es el eje en que se basa la existencia de un estado de derecho, y por tal razón los demás valores tienen un mero carácter instrumental.

Del Informe 172 del año 2010 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto del caso “Cesar Alberto Mendoza y otros”, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La pena de prisión perpetua a menores de 18 años no se encuentra prohibida en términos definitivos en el derecho internacional de los derechos humanos. De acuerdo al Art. 37 (a) de la Convención de los Derechos del Niño, la misma puede ser aplicada con posibilidades de excarcelación. Sin embargo el Comité de Derechos del Niño recomendó la abolición de Prisión perpetua, ya que hace imposible la consecución de los fines de la justicia penal juvenil.
2. Es obligación de los Estados establecer para los niños regulaciones distintas de las aplicables a los adultos. La ley 22.278 no respeta este estándar internacional, por cuanto remite a las normas establecidas para los adultos en el código penal en cuanto a los delitos, las penas y la ejecución de las mismas; incluida la excarcelación.
3. La pena privativa de libertad para los menores debe ser una medida de último recurso y por el tiempo más breve posible. Las autoridades judiciales deben explorar las alternativas a la aplicación de una pena privativa de libertad, especialmente cuando se trata de prisión perpetua. En el caso, los jueces solo se limitaron a hacer referencia a la gravedad del delito, sin evaluar alternativas distintas a la prisión perpetua. Era obligación de los mismos valorar también otros elementos relevantes, como la menor culpabilidad, el resultado de un tratamiento tutelar, las posibilidades de resocialización, etc.
4. Es obligación de los Estados establecer en las condenas a prisión perpetua, un plazo razonable para pedir la excarcelación, y que el mismo considere la especial situación de los adolescentes y la finalidad de resocialización. En el caso se aplicó el art. 13 del Código Penal, que establece que en los supuestos de prisión perpetua se podrá solicitar la libertad condicional, después de cumplido 20 años de la pena. Esta norma al

- aplicarse en igual medida a adultos y menores, viola también los artículos 19 y 5.6 de la convención americana. El lapso de 20 años sin que las autoridades judiciales puedan evaluar el desarrollo del proceso de resocialización, y que en función de un resultado positivo logrado, puedan disponer la libertad; es “irrazonable”.
5. El Estado violó el derecho a recurrir el fallo consagrado en el art. 8.2 h) de la Convención Americana. Esta violación ocurrió en el contexto de una legislación y práctica que excluye la revisión de los hechos y la valoración y recepción de la prueba. El Estado incumplió con la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de dicho instrumento. La Comisión valora positivamente el fallo “Casal” dictado posteriormente por la Corte Suprema, que determina que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho no debe ser determinante para la procedencia del recurso de casación. Sin embargo la Comisión sostiene que dicho fallo no ha solucionado el problema, por cuanto no es de aplicación obligatoria para los jueces,
  6. En el caso concurrieron arbitrariedades y violaciones tanto procesales como sustantivas que hacen derivar las penas impuestas en un trato inhumano, así como la privación de libertad en arbitraria, en los términos de los arts. 5.1 (respeto a la integridad física, psíquica y moral), 5.2 (sometimiento a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) y 7.3 (encarcelamiento arbitrario) de la Convención Americana.
  7. Las recomendaciones de la Comisión al Estado Argentino fueron las siguientes:
    - a) Disponer la revisión amplia de las sentencias condenatorias de los denunciados, aplicando los estándares internacionales en materia de justicia penal de menores.
    - b) Disponer de medidas legislativas y de otra índole para que la justicia penal de menores sea compatible con obligaciones internacionales de protección de los niños y de finalidad de la pena.
    - c) Disponer de medidas legislativas y de otra índole para asegurar el derecho efectivo al recurso consagrado en el 8.2 h).

Como puede apreciarse, es de extrema urgencia sancionar una ley penal juvenil acorde a los parámetros del estado de derecho; lo que implica determinar la vigencia de la totalidad de los principios y garantías constitucionales reconocidos en el bloque de constitucionalidad a los menores de edad.

Las leyes que se sancionen en referencia a los menores deben considerar no sólo una edad de imputabilidad acorde con los parámetros descritos precedentemente, sino que deben obligatoriamente contemplar que la aplicación del derecho penal a partir de esa edad, respete además de las garantías constitucionales aplicables a los adultos, un plus derivado de su condición de persona en desarrollo.

En función de ello, podemos elaborar algunas premisas que tienen en consideración también las conclusiones formuladas por la Comisión de Derechos Humanos, en caso “Cesar Alberto Mendoza y otros”.

1. Si bien la pena de prisión perpetua a menores de 18 años no se encuentra prohibida “expresamente” en el derecho internacional de los derechos humanos, es necesaria su abolición, ya que este tipo de penas han sido concebidas para supuestos de culpabilidad plena, y no para una culpabilidad disminuida como es el caso de los menores. Por este motivo considero que es violatoria de los tratados internacionales de derechos humanos; en tanto ellos prohíben tratar a los menores como adultos, y determinan la obligatoriedad de aplicar medidas para su resocialización con miras a su inserción en la sociedad.
2. La obligación de establecer para los niños regulaciones distintas de las aplicables a los adultos, implica que la ley penal juvenil además de contener pautas para atribuir su responsabilidad, debe considerar las penas a imponer, reconociendo su culpabilidad disminuida por ser una persona en desarrollo. En ningún supuesto se debe admitir que se aplique al menor una pena como si fuere un adulto. No debe ser facultativo para los jueces la aplicación de una pena disminuida en base a la menor culpabilidad del menor, sino que debe ser una obligación.
3. La determinación de la pena para los menores debe ser impuesta, una vez que se hayan agotado todas las instancias previas, y sólo en cuanto sea para su educación y resocialización. Por ello, es conveniente que se señalen las medidas socio-educativas que se tomaron con respecto al menor para evitar la privación de libertad, y luego fundamentar la necesidad de la pena de prisión por el menor tiempo posible y sólo para ejecutar un plan de resocialización propuesto previamente por personal especializado en la materia.
4. Debe concederse al menor condenado a prisión la posibilidad de pedir la excarcelación en un plazo razonable. Los plazos deben ser breves y determinados por la ley penal. La ley señalará la obligación de ser revisados periódicamente para verificar si las



causales que determinaron su encierro continúan presentándose en el tiempo, si se necesita realizar alguna modificación al plan de resocialización, o si el menor ha respondido muy bien y puede ser sujeto a otras medidas resocializadoras fuera de la cárcel.

5. El derecho a recurrir el fallo consagrado en el art. 8.2 h) de la Convención Americana debe tener un amplísimo alcance, por lo tanto debe contener además de la revisión del derecho, la revisión de los hechos y la valoración y recepción de la prueba, del indubio pro reo, de valoración de la menor culpa del menor, ect. Todo ello, teniendo en consideración que el ius puniendi del Estado, en materia de menores debe ser excepcional y aplicado sólo cuando hayan fracasado todas las instancias y medidas previas a la aplicación de una pena. La amplia revisión del fallo debe ser obligatorio en todos los supuestos de condena a prisión de un menor, y debe estar determinada previamente por ley, ya que el interés superior del niño lo justifica; sobre todo cuando la pena en la mayoría de los casos no es impuesta por un tribunal de menores especializado en la materia.

## **VII. Conclusiones:**

En el derecho penal Argentino la aplicación del poder punitivo del Estado ha dejado al descubierto que:

- \* La pena de prisión no ha cumplido su finalidad.
- \* El exceso de aplicación de la prisión preventiva en la práctica ha aniquilado el principio de inocencia.
- \* La ejecución de la pena más que a la reinserción del condenado colabora a la agudización de la problemática al regresar al medio libre.
- \* Históricamente las víctimas, han sido ignoradas del sistema. En los últimos años, se puede observar una loable preocupación por garantizar legislativamente la eficacia de sus derechos en el proceso.
- \* Ha surgido una corriente de “actualización” de la materia penal y procesal penal que bajo la idea de “seguridad ciudadana” impulsa el aumento de las penas, reducción de garantías básicas e incorporación de institutos que no solo desfiguran nuestro derecho penal liberal sino que no son funcionales a sus objetivos.
- \* La justicia penal es el nivel de más fuerte intervención estatal en los conflictos sociales y es por esta razón que debe ser el último recurso al que acudamos.

\* Es factible procurar la mínima intervención del sistema penal, como táctica progresiva por vía de la descriminalización de transgresiones leves, y dando mayor cabida al principio de oportunidad en transgresiones un poco más graves. De esta manera lograríamos una persecución penal más eficaz, más racional y más respetuosa del drama humano.

\* Es necesario aumentar los esfuerzos para incorporar a nuestro sistema penal soluciones alternativas basadas en criterios de oportunidad en la persecución penal.

\* La justicia restaurativa en derecho penal de la minoridad, es un modo más constructivo que el sistema punitivo tradicional, en tanto pretende alcanzar tres objetivos fundamentales: la responsabilización del joven infractor, la restauración de la víctima y la reintegración del menor a la sociedad. Los objetivos de la reparación son educativos y se inscriben en un proceso de quien debe tomar conciencia de la existencia de una ley penal, de su contenido y de las consecuencias de su violación para él, para la víctima, y para la sociedad toda.

Ello supone en el derecho penal de menores, poner la situación acorde con la Convención de los Derechos del Niño y llevar a la práctica el interés superior del niño, tratando de evitar la institucionalización de niños y jóvenes.

¿Qué posibilidades de resocialización puede tener un joven infractor de la ley, dentro de una celda, hacinado junto a otros jóvenes con su misma problemática?

Las recomendaciones formuladas por la Comisión de Derechos Humanos en el informe 172/2010 también ha dejado al descubierto la inconstitucionalidad del sistema penal juvenil argentino, en tanto viola varios artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño. Demás está decir la urgente necesidad de adecuar nuestra legislación a los parámetros determinados en el bloque de constitucionalidad de los derechos del niño.

¿Bajar la edad de imputabilidad, es admisible, cuando el sistema penal vigente viola las garantías constitucionales establecidas para los menores en los tratados de derechos humanos?

Es evidente, que en este contexto de inconstitucionalidad, bajar la edad de imputabilidad, implica agregar otra inconstitucionalidad al sistema penal de la minoridad, por las razones que se señala a continuación:

1. Porque es regresivo: En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos rige el principio de no regresividad y de progresividad: está prohibido regresar a instancias anteriores de la cobertura de un derecho, y solo se puede avanzar en dicha cobertura.
2. Porque también viola el artículo 19 de la Convención Americana, que obliga a los Estados a desarrollar normativa que garantice medidas de protección que los niños

- requieren en su condición de tales. Cualquier legislación sancionada por los Estados referente a los menores deben realizarse dentro del concepto de protección integral, y ello es imposible en el derecho penal de la minoridad argentino, el cual no respeta los parámetros determinados por la convención de los derechos del niño.
3. Porque la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado determinar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito y apoyar a la familia en la función de brindar protección a los niños que forman parte de ella
  4. Porque viola el principio de culpabilidad, que exige que la responsabilidad penal se base en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto. El menor que no haya alcanzado el desarrollo suficiente en su capacidad, como para comprender la criminalidad de sus actos o no haya tenido la autodeterminación de sus acciones, no puede ser imputable penalmente.
  5. Porque viola el principio de igualdad, al no diferenciar al niño que no alcanzó una madurez suficiente para ser considerado imputable
  6. Porque viola los principios rectores específicos del derecho de la minoridad establecidos en los tratados de derechos humanos, como son el interés superior del menor, y la prevalencia de los criterios educativos y resocializadores.
  7. Porque implica el desconocimiento del derecho básico fundamental de crecer y desarrollar la capacidad intelectual del ser humano.

En esta multitud de violaciones a los derechos humanos de los menores en conflicto con la ley, no podemos pretender solucionar el problema de la inseguridad encerrando más niños en la cárcel; y no solo porque es violatorio del bloque de protección constitucional de la niñez, sino porque es irracional. Ninguna sociedad que pretenda avanzar, puede pretender hacerlo de manera violenta, y mucho menos cuando la violencia del Estado está dirigida a uno de los sectores más vulnerables de la sociedad.

El problema de la inseguridad, y de la participación de menores en delitos cada vez más graves deja al descubierto la extrema necesidad de que todos los poderes del estado tomen cartas en el asunto, pero de una manera racional; con el objetivo reducir el delito y lograr la paz social.

Debemos tener presente que una comunidad que descuida a sus niños, que no le otorga el derecho a aprender y a socializarse, que no le concede la posibilidad de crecer y de madurar emocionalmente, es una sociedad sin futuro.

Una sociedad más civilizada y más avanzada no es aquella que tiene mayor cantidad de cárceles con personas condenadas, aún cuando el nivel de delito sea elevado.

Una sociedad más avanzada socialmente es aquella que trabaja, en todos sus niveles gubernamentales y no gubernamentales para prevenir y reducir el delito, creando una conciencia social de respeto por los derechos de los demás ciudadanos. Este postulado es aún más prominente cuando hablamos de personas en desarrollo, que deben terminar de formar una conciencia social de respeto a los derechos del resto de los ciudadanos.