



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

PROCESO PENAL DE MENORES Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Tesista: Verónica Franco
Director: Dr. Carlos Parma
Codirector: Mgter. Daniel Álvarez Doyle

Mendoza, 2021

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto abordar las medidas de protección del joven en conflicto con la ley penal, establecidas en la normativa vigente en nuestro derecho interno y en la legislación internacional con jerarquía constitucional. Los objetivos planteados buscan esbozar algunas características del proceso penal, poniendo mayor énfasis en la influencia del tratamiento proteccional cuando los adolescentes han infringido la ley penal y las acciones que se llevan a cabo para favorecer la construcción de proyectos a futuro alejados de las conductas delictivas. El trabajo realizado permite arribar a la conclusión que la legislación actual, correspondiente a la justicia punitiva juvenil, se convierte en el inicio de un abordaje judicial e interdisciplinario que debe reconocer las garantías, los derechos y también las obligaciones correspondientes. En referencia a las medidas de protección, cuando estas han sido responsablemente aplicadas, constituyen la pieza fundamental en la vida de los jóvenes en conflicto con la ley penal, ya que de ellas dependerá, en gran parte, su futuro comportamiento en la sociedad.

Palabras clave: Inmadurez, desarrollo mental/sexual, influenciabilidad, adicciones, medidas de seguridad, resocialización

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
MARCO TEÓRICO	10
CAPÍTULO I. LA LEY	
1.1 Del derecho de menores.....	11
1.2 La justicia penal juvenil.....	11
1.3 Conformación del Régimen Penal de Menores	12
1.3.1 Convención sobre los Derechos del Niño	13
1.3.2 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores	15
1.3.3 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil	16
1.3.4 Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad	17
1.3.5 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad	18
1.3.6 Resolución 1997/30 de las Naciones Unidas. Administración de la Justicia de Menores.....	19
1.3.7 Comité de los Derechos del Niño de la ONU	19
1.3.8 Los menores de edad en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	21
1.3.9 Código penal	21
1.3.10 Ley 22.278 Régimen Penal de la Minoridad.....	22
1.3.11 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	25
1.3.12 Código Procesal Penal. Ley N° 6.730	27

1.3.13 Ley Provincial N° 6.354	27
CAPÍTULO II. LA NIÑA, EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE	
2.1 La niñez: de objetos sociales a sujetos de derechos.....	29
2.2 El desarrollo de la adolescencia	33
2.2.1 La relación de los adolescentes con los pares	36
2.3 Familia y adolescencia.....	37
CAPITULO III. IMPUTABILIDAD - INIMPUTABILIDAD	
3.1 Sobre la imputabilidad y la inimputabilidad.....	40
3.2 Menores Imputables.....	40
3.3 Menores inimputables.....	41
3.4 Adolescentes infractores	42
3.4.1 Teoría de la anomia.....	43
3.4.2 Teoría de la asociación diferencial o del aprendizaje criminal	44
3.4.3 Teoría de las subculturas criminales	46
3.5 Control Social	48
3.5.1 Control Social Informal.....	49
3.5.2 Control Social Formal	50
3.6 Características de la Delincuencia Juvenil.....	51
3.6.1 Factores Protectores y Factores de Riesgo en la Adolescencia.....	52
CAPÍTULO IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN	
4.1 Justicia Restaurativa	55
4.1.1 Conceptualización de Justicia Restaurativa	55
4.1.2 La Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa.....	61
4.1.3 Reglas para el uso de la Justicia Restaurativa instrumentadas en la Declaración de Lima	62

4.2 Mediación Penal de Menores	64
4.2.1 La reparación.....	65
4.2.2 Requisitos	67
4.2.3 Posibilidad de desjudicialización del procedimiento penal de menores	68
4.2.4 Características de la mediación penal	70
4.2.5 El proceso de mediación	71
4.2.6 Admisión de la responsabilidad	72
4.2.7 Intimidad, confidencialidad y respeto	72
4.2.8 Desarrollo del sistema de mediación penal	73
4.2.9 Mediación aplicada a delitos graves.....	75
4.2.10 Selección de los casos	76
 CAPÍTULO V. PROCESO PENAL JUVENIL	
5.1 Aplicación de la Ley 6.354	78
5.2 Medidas aplicadas a los menores infractores.....	79
5.3 Privación de la libertad como última ratio	81
5.4 Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil	82
5.5 Sanciones Penales y Medidas de Seguridad	86
5.5.1 Programa de Unidad de Medidas Alternativas a la privación de la libertad..	86
CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFÍA	95

Agradecimientos:

A mis queridas Liliana y Sandra, por su incentivo y apoyo incondicional.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación parte de la necesidad de ilustrar algunas herramientas y métodos de intervención que se utilizan, en el marco de un proceso penal, cuando se deben implementar medidas de protección a los jóvenes menores de 18 años.

Los grupos de edades que fija la ley para la aplicación del régimen penal se corresponden con los siguientes momentos:

Jóvenes que aún no han cumplido los 16 años de edad: El art.40 inc.3º a) de la Convención de los Derechos del Niño (C.D.N) exige a los Estados Partes “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tiene capacidad para infringir las leyes penales”. En Argentina, el art. 1 de la ley 22.278/803 establece la inimputabilidad de los menores que no hayan cumplido dieciséis años de edad.

Esto, de acuerdo a algunos autores, permite inferir que se ha adoptado un criterio biológico puro, pero se trata de una fórmula mixta ya que antes de esa edad el ser humano no ha desarrollado la capacidad psicológica valorativa que exige la responsabilidad penal. Y si bien es cierto que un menor de 10 años posee discernimiento para distinguir entre “lo bueno y lo malo, lo permitido y lo no permitido, sea atendiendo a las consecuencias de cada acto, sea aplicando en forma mecánica ciertos principios a propósito para distinguir entre una y otra clase de actos”, se trata de averiguar si el menor “comprende el valor intrínseco, el contenido ético de una regla de moral o de un precepto jurídico, es decir, si la acepta y la respeta instintivamente, por puro temor a las consecuencias posibles, o si además de este temor influye ya en su ánimo la convicción de la conveniencia de la norma y de la justicia contenida en ella”, lo que estaría demostrando que es “un sujeto capaz de auto-determinación”.

Jóvenes de 16 a 18 años de edad: En principio resultan imputables, salvo que estén comprendidos en las causales que prevé el art. 1 de la Ley 22.278. El artículo 2, en su 1º párrafo, ha establecido un régimen especial con fines de protección, evidenciado en los

requisitos que exige el art.4º para aplicar o no la pena, y especialmente en la posibilidad de absolverlo o reducirla al grado de la tentativa.

Los tratamientos que deben aplicarse a menores que han infringido la ley, dadas sus características, exigen un tratamiento penal especial y justifican la adopción de medidas educativas y tutelares. Por ello la C.D.N. prevé el derecho de todo niño “de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño”.

Las herramientas que se aplican para abordar esta problemática se encuentran enmarcadas en los nuevos paradigmas que buscan generar un mayor compromiso en materia de derechos y garantías para los jóvenes, como también obligaciones que les permitan el desempeño de una vida ciudadana alejada del delito. La aplicación de las medidas debe tener en cuenta, además, que las consecuencias de la judicialización se extienden y afectan al autor y a su grupo familiar, como también causan diferentes impactos en su comunidad de procedencia, lo que implica el mantenimiento de una fuerte red de contención.

Los abordajes que se llevan a cabo por el Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) cuando el menor resulta inimputable, deben ser integrales y sostenidos en cada caso mediante el abordaje específico y territorial correspondiente al lugar de procedencia, por lo que las estrategias que los ETI lleven a cabo, deberán acompañar al niño en todo el procedimiento correspondiente. La aplicación de las diferentes medidas que se llevan a cabo en materia de Derecho Penal Juvenil, si bien establecen ciertas características similares, permiten la construcción de estrategias particulares que se enmarcan en la protección integral de los adolescentes que han cometido algún tipo de delito, siendo la internación la última de las medidas que se deben adoptar.

En función de lo expuesto es que se consideró importante realizar este tipo de investigación que tiene como objetivo analizar entre el proceso penal de los jóvenes menores de edad; la injerencia/influencia en el tratamiento proteccional de estos últimos cuando han infringido la ley penal; conocer los tratamientos y recursos que existen y

con los que cuentan los menores inimputables y sus familias; determinar el abordaje, la participación y el trato de las víctimas de delito en la investigación fiscal respecto a lo establecido por la ley, y comparar las corrientes (procesal/proteccional) valorando si las mismas resultan iguales o si una tiene mayor importancia sobre la otra (proceso penal o tratamiento tutelar) con los jóvenes mediante la aplicación del artículo 4° de la Ley 22.278/803.

El supuesto que rige la investigación considera que los jóvenes que cometen infracciones a la ley penal, son sometidos a un proceso penal o bien se les imponen medidas de protección que deben cumplir en función de lo establecido en la Ley 22.278/803, a fin de arribar a una prórroga del tratamiento tutelar, a una condena o a una absolución, con el fin de su resocialización integral.

Para poder comprobar el supuesto planteado se ha seleccionado un diseño de investigación cualitativa de tipo descriptiva que permitirá indagar en las propuestas que se plantean para la atención de estos menores en el Proceso Penal Juvenil. Este tipo de investigación permite analizar y observar las conceptualizaciones teóricas y prácticas que se llevan a cabo dentro del sistema y como estas son aplicadas a los menores infractores de acuerdo a los criterios legales acordados con los equipos interdisciplinarios responsables.

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

LA LEY

1.1 Del derecho de menores

El Derecho de menores es la herramienta jurídica que debe estar al servicio del niño, la niña y el adolescente desde el momento de su concepción y hasta la mayoría de edad. Está dirigido a su protección integral en función de dos aspectos fundamentales: el sustantivo y el adjetivo, e influenciado por grandes aportes biomédicos, demográficos, psicológicos, educativos, entre otros.

En función de la necesidad de su mayor protección este derecho ha creado sus propias normas reguladoras que definen las relaciones jurídicas, las que están instrumentadas a fin de asegurar un pleno desenvolvimiento en la sociedad, bajo una protección especial que les permiten el acceso a amplias alternativas.

El Derecho de Menores surge como un nuevo derecho que ha venido a modificar los procesos sociales, económicos y culturales, entre otros, que tienen relación con la temática planteada en el mundo actual, y que puede ser definido como un conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto reglar la actividad comunitaria en relación con el menor, basado en la protección integral, y buscando siempre sus mejores condiciones físicas, intelectuales, emocionales y morales, hasta su plena capacidad en la vida adulta.

Este nuevo abordaje interdisciplinario permite una estructuración del Derecho de Menores que resalta claramente al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos conformando un conjunto de normas que protegen su persona, sus necesidades y sus intereses.

1.2 La justicia penal juvenil

La principal diferencia del sistema penal juvenil está en las consecuencias jurídicas y sus criterios de selección. Conjuga dos ideas aparentemente opuestas: sanción y educación. Se asigna al juez la tarea de velar por su equilibrio. Así, la forma

de decisión también cambia y su comprensión exige examinar principios, fines y características.

La justicia juvenil hace referencia al ámbito de la administración de justicia encargada de procesar y sentenciar a adolescentes que han sido acusados de haber infringido la ley penal. Cada país establece en su legislación, las normas, procedimientos e instituciones encargadas de cumplir la administración de justicia destinada a menores infractores. En ellas se fija entre otras cosas, la edad de responsabilidad penal, es decir se establece una edad mínima y una máxima, según la cual, los adolescentes pueden ser procesados y sentenciados. En Argentina la edad mínima es 14 años y la edad máxima, corresponde a los 18 años, sobre quienes se legisla cuáles son las infracciones que se consideran punibles y que procedimiento penal corresponde aplicar. Generalmente, las infracciones punibles son los delitos que se encuentran en el Código Penal de adultos, pero, en función de la protección de los niños, niñas y adolescentes, se reducen los tiempos de sanción que corresponden. De igual modo, se crea un procedimiento penal especializado para este grupo etario manteniendo las mismas garantías de los adultos.

Tal como lo establecen los Tratados Internacionales, la legislación argentina no juzga a un niño, niña o adolescente como adulto, dado que para esto existe un conjunto de instrumentos jurídicos específicos.

1.3 Conformación del Régimen Penal de Menores

En Argentina se han sancionado diferentes normativas desde la Reforma Constitucional de 1994, las cuales responden a la incorporación del país a los diversos Tratados de Derechos Internacionales, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño. La Ley 26.061 plasma los principios fundamentales de dicha Convención los cuales se traducen en acciones con gran impacto sobre el bienestar de los niños y niñas, como por ejemplo:

- En el **cuidado de la primera infancia**, el enfoque de derechos supone programas más integrados, que aborden los problemas desde varios frentes (nutrición, vacunas, atención neonatal, etc.).

- En **educación**, este enfoque implica mayor atención en la igualdad de acceso a la educación entre niños y niñas y en mejorar la calidad de la educación para evitar el abandono escolar.
- En **protección de la infancia**, el enfoque de derechos significa el desarrollo de un entorno protector que identifica y refuerza los componentes principales que pueden proteger a los niños y niñas (familias, comunidades, leyes, medios)¹.

El valor radical de este Tratado de derechos humanos, con jerarquía constitucional y que además integra el bloque de convencionalidad (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional), radica en que inaugura una nueva relación entre infancia y adolescencia, el Estado, la sociedad y las familias, denominada “Protección Integral de Derechos”. La incorporación de los niños como sujeto de derechos implicó también la creación de nuevas instituciones destinadas al abordaje de las problemáticas surgidas como consecuencia de la comisión de delitos perpetrados por niños, niñas y/o adolescentes.

1.3.1 Convención sobre los Derechos del Niño

Este Tratado de derechos humanos define a los niños, niñas y adolescentes como menores de 18 años, estableciendo que los Estados Partes deben asegurar que todos los niños y niñas —sin ningún tipo de discriminación— se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa².

1.3.1.1 Ley 23.849 Aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño

Esta ley fue sancionada el 27 de setiembre de 1990, en ella nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, que había sido aprobada en el orden internacional en 1.989. La misma está vigente en el derecho interno desde el 1º de noviembre de 1990.

¹UNICEF “Derechos de la Infancia”. En: <https://www.unicef.es/causas/derechos-infancia>, 2018, p.1. (Visto el 10/2/2021)

²UNICEF “Convención Sobre los Derechos del Niño”. En: https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html, 2019, p. 1. (Visto el 10/2/2021)

Los arts.37 y 40 de la Convención se refieren al Régimen Penal de niños y jóvenes.

La reforma constitucional de 1994, incorporó el art. 75 inc.22 en el que la misma, comienza a formar parte del orden jurídico interno, con jerarquía suprema.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido que esta Convención pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su artículo 43, incorpora protecciones que otros textos internacionales ya habían enunciado sobre los niños. Por un lado, da por hecho que éstos gozan de los derechos que les corresponden por ser personas humanas y por el otro, les proporcionan una protección especial, es decir, reconociendo en ella lo que todo niño es, un sujeto pleno de derechos concretos libertades y garantías, a la que los Estados Partes deben hacer efectivo, adoptando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Examinando los postulados de la Convención, pueden extraerse tres ideas principales:

1. La consideración del niño, la niña y el adolescente como sujetos plenos de derecho, merecedores de respeto, dignidad y libertad, abandonando con este enfoque, el concepto del niño como objeto pasivo de intervención por parte de la familia, el Estado y la sociedad.

2. La consideración de los niños como personas con necesidad de cuidados especiales, lo que supone que, por su condición particular de desarrollo, además de todos los derechos que gozan los adultos, los niños tienen derechos especiales.

3. La concepción inherente a que el “interés superior del niño”, debe prevalecer y merece dispensársele una consideración en todas las medidas que a su respecto deban adoptar las instituciones públicas o privadas, y las autoridades administrativas, legislativas y judiciales.

Del mismo modo, para que pueda ser cumplido, la Convención obliga a los Estados partes a disponer todas las medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas y de otra índole (CDN, 1990) para:

- a) Asegurar al niño la protección y cuidado do que sean necesarios para su bienestar (art.3.2);
- b) Dar efectividad a los derechos reconocidos por la propia Convención (art.4°);
- c) Respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas, y prestar asistencia y protección apropiadas para restablecer rápidamente la identidad del niño cuando alguno de sus elementos, o todos ellos le hayan sido privados ilegalmente (art.8°);
- d) Evitar que el niño sea objeto de injerencias arbitrarias o ilegales sobre su vida privada (art.16);
- e) Proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (art.19.1)
- f) Observar el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y espiritual (art.27.1)
- g) Promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armas. Dicha recuperación y reintegración debe llevarse a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respecto de sí mismo y la dignidad del niño (art.39).

1.3.2 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores

Conocidas como Reglas de Beijing (1985), constituyen un conjunto de normas jurídicas internacionales que establecieron las pautas mínimas en la administración de justicia de menores en los países signatarios.

Si bien es cierto, que el niño carece de capacidad para estar en juicio, es fundamental que se reconozcan sus derechos como sujeto en todos aquellos hechos que lo afecten directa o indirectamente, sin disminuir la importancia que, como ciudadano, posee una carga de deberes frente a su familia y compañeros. Estas reglas proveen orientación a los Estados para que protejan los derechos de los niños y respeten sus necesidades cuando establezcan sistemas separados y especializados de justicia de menores. Fueron el primer instrumento legal internacional que detalló de manera comprensiva las normas para la administración de justicia de menores con un enfoque centrado en el derecho de los niños y su desarrollo.

Los derechos más relevantes que establece son:

- en todas las etapas del proceso se respetará la presunción de inocencia,
- a ser notificado de las acusaciones,
- a no responder,
- al asesoramiento,
- a la presencia de los padres o tutores,
- a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos,
- a la apelación ante una autoridad superior,
- a la intimidad y la prohibición de publicar información que pueda dar lugar a la individualización de un menor en conflicto con la ley penal, entre otras.

1.3.3 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil

Estas reglas, conocidas como Directrices de Riad (1990), constituyen un instrumento internacional que tiene por objeto la prevención de la criminalidad juvenil. Para esto las directrices involucran a las diversas instituciones sociales: la familia, la escuela, la comunidad, los medios de comunicación, la política social, la legislación y la administración de la justicia juvenil. La prevención no es vista solamente como una manera de evitar situaciones negativas, sino más bien como un medio para promover de manera positiva, el bienestar general, estableciendo mecanismos que están conformados por actividades ajustadas al orden legal y socialmente útiles, con recomendaciones dirigidas no sólo a los menores sino también a sus familias.

Los principios de estas directrices establecen que es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia, a fin de que se pueda prevenir eficazmente la delincuencia juvenil. Busca centrar la atención en el niño, como también la participación activa dentro de la sociedad de los jóvenes lo que no pueden ser considerados como meros objetos de socialización o control. Para esto todos los programas preventivos deben centrarse en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia.

En referencia a las políticas destinadas a la prevención de la delincuencia, estas deben ser progresistas y de prevención, evitando criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás.

Deben ser aplicadas en el marco general de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño en el contexto de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).

1.3.4 Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad

Denominadas Reglas de la Habana, fueron adoptadas por la Asamblea General en su resolución 14/113 de Diciembre de 1990.

El instrumento establece los estándares que se aplican cuando una persona menor de 18 años, es detenida o encarcelada en una institución o establecimiento del que no pueda salir por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial administrativa u otra pública.

El objetivo principal de las Reglas es el de proteger los derechos de los menores de edad privados de libertad para evitar en lo posible los efectos perjudiciales que dicha medida conlleva. Según estas Reglas la privación de la libertad debe ser el último recurso, por un periodo mínimo necesario y limitado para casos excepcionales, teniendo en cuenta que su finalidad es la rehabilitación. La privación de la libertad no significa la

negación de otros derechos, por el contrario se debe garantizar el derecho a llevar a cabo actividades y programas útiles para su sano desarrollo, asumir el sentido de responsabilidad y fortalecer sus capacidades que favorezcan su integración en la sociedad.

Recomienda que los centros tengan una población reducida para asegurar un trabajo individualizado; se disponga de personal necesario y debidamente capacitado; y que su ubicación sea descentralizada de modo que permitan el acceso a las familias y se integren con su entorno social y comunitario. Prohíbe el castigo y toda sanción que ponga en peligro la salud mental y física de los menores privados de libertad.

Estas normas incluyen los principios que definen de manera universal las circunstancias específicas en las cuales los menores pueden ser privados de su libertad enfatizando que esta medida, debe ser el último recurso, y como tal mantenerse por el periodo mínimo y necesario, aplicándose exclusivamente en casos excepcionales, cuando sea inevitable, debiendo efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de sus derechos humanos, especialmente a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promoviendo su sentido de responsabilidad y conocimientos para desarrollarse en sociedad.

1.3.5 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad

Identificadas como Reglas de Tokio, fueron adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990. Contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. Están basadas en el principio de mínima intervención y seleccionadas con criterios ya establecidos, respecto al tipo y gravedad del delito, personalidad y antecedentes del infractor, objetivos de la condena y los derechos de las víctimas, protegiendo la sociedad y proveyendo medidas correctivas que no incluyan la prisión, para así, evitar el encarcelamiento.

Estas Reglas tienen el propósito de involucrar a la comunidad en el manejo de la justicia penal, provocando entre ellos un sentido de responsabilidad hacia la sociedad.

Por lo tanto, la justicia juvenil se basa en respuestas a las infracciones juveniles que: estimulan un proceso de cambio de conducta, ayudando al niño o al joven a sentirse responsable de sus actos y a comprender el efecto que tienen sobre los demás; favoreciendo la integración y por ello, evitan la intervención del sistema formal de los tribunales y, sobre todo, las respuestas meramente punitivas como es la privación de la libertad siempre que sea posible y buscando soluciones constructivas y su participación donde tiene su centro de vida.

1.3.6 Resolución 1997/30 de las Naciones Unidas. Administración de la Justicia de Menores

Conocida como las Directrices de Viena (1997) provee herramientas generales que proceden de la información recibida por cada uno de los gobiernos respecto de cómo se administra la justicia de menores en los países signatarios, y en particular como se comprometen con programas nacionales de acción para promover la efectiva aplicación de las reglas y estándares internacionales en materia de justicia de menores.

El documento contiene un anexo Directrices para la Acción por los Niños en el Sistema de la Justicia Penal, elaborado por expertos que participaron en una reunión llevada a cabo en Viena en febrero de 1997. La versión preliminar de este programa de acción provee un conjunto de medidas integrales que es necesario implementar para establecer un sistema de justicia de menores que funcione con eficiencia y de acuerdo con la CDN, las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Normas Mínimas Uniformes para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

1.3.7 Comité de los Derechos del Niño de la ONU

Es el órgano que supervisa la forma en que los Estados cumplen sus obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos de Niño. Cuando un país ratifica la Convención, asume la obligación jurídica de implementar los derechos reconocidos por dicho instrumento, asumiendo la obligación complementaria de presentar informes periódicos al Comité sobre la manera en que se ejercitarán los derechos. Este sistema de vigilancia de los derechos humanos es común a todos los tratados de las Naciones Unidas en dicha materia.

Examina el informe recibido, junto con los representantes oficiales del Estado parte, expresando sus preocupaciones y recomendaciones, mediante Observaciones Finales, las cuales son públicas.

El Comité también interpreta el contenido de las disposiciones de los derechos establecidos en la Convención, que se conocen como Observaciones Generales, las cuales versan sobre cuestiones temáticas o sus métodos de trabajo y celebra discusiones públicas sobre determinados problemas como, por ejemplo, la violencia contra los niños.

Algunas de ellas son:

Observación General N° 5 (2003): Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art.4°, 42 y 44, parr.6°).

Observación General N° 10 (2007): Derechos del niño en la Justicia de Menores

La Observación General N° 10 es un documento del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas que ofrece a los Estados partes criterios y orientaciones para la formulación de una política general de justicia de menores conforme a la Convención que les permita prevenir y luchar contra la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos judiciales.

Esta política general tiene en cuenta principios como la no discriminación, el interés superior del niño, la privación de la libertad como último recurso y por el periodo más breve, un trato digno desde el primer contacto y acceso a un juicio justo, entre otros.

Establece un conjunto de elementos básicos de dicha política como la necesidad de prevenir la delincuencia juvenil a partir de promover el desarrollo y bienestar del niño, especialmente de aquellos que se encuentran en riesgo; de disponer lo más que se pueda de medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales atendiendo el bienestar del menor y la adecuada proporcionalidad de la respuesta estatal; de ofrecer un juicio imparcial y equitativo con todas las garantías legales; y finalmente, de disponer de una amplia variedad de alternativas posibles a la privación de la libertad, enfatizando una intervención de carácter social y educativa, evitando todo tipo de tratos o penas

cruelles o degradantes, y salvaguardando el bienestar, interés superior y la reintegración social.

Observación General N° 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado.

Observación General N°14 (2013): El derecho del niño a que su interés superior, sea una consideración primordial.

1.3.9 Los menores de edad en el Código Civil y Comercial de la Nación

La ley 26.994, que implementó una amplia reforma del Código Civil, unificándolo además con el Comercial, modificó e incorporó institutos relacionados con las cuestiones que se vienen analizando y recogieron los lineamientos vigentes en la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. No es posible introducirse aquí en las particularidades de la reforma, correspondiendo en consecuencia destacar únicamente lo relativo a las variaciones formuladas en torno a la actuación judicial de la niña, niño o adolescente.

Los principales cambios en materia de relaciones de familia se vinculan con la capacidad de los menores de edad, comprobándose un cambio sustancial por ejemplo en la categorización de los conceptos, de “menores impúberes” y “menores adultos” por los de “niña, niño, adolescente y adulto”, ponderándose en estos casos el grado de madurez y desarrollo del menor de edad, según los actos jurídicos que le toquen realizar. Se abandonó la anterior concepción de “patria potestad”, por una ampliación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes como garantía de su interés superior, en el marco de la llamada “responsabilidad parental”.

1.3.9 Código penal

El Código de fondo argentino fue sancionado por Ley 11.179 (1921), con sus diferentes reformas, es la ley fondo que está en vigencia en la Argentina; la cual penaliza las conductas contrarias a derecho, y se aplica tanto a los adultos, como a la justicia penal juvenil, morigerada en el caso de estos últimos por los instrumentos internacionales de consideración obligatoria como la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

1.3.10 Ley 22.278 Régimen Penal de la Minoridad

En Argentina, a los menores de dieciocho años de edad considerados infractores a la ley penal, se les aplica las disposiciones del Decreto Ley 22.278, en el cual se establece un sistema “tutelar” que se caracteriza por otorgar gran poder discrecional al juez penal de menores, quien luego de haberse establecido la responsabilidad penal del menor en el hecho investigado, está facultado para absolverlo o para aplicarle una pena disminuida conforme la escala de la tentativa.

Fue sancionada y promulgada el 25 de agosto de 1980 y publicada en el Boletín Oficial el 28 de agosto del mismo año. Se trata de un cuerpo normativo de naturaleza mixta, ya que contempla aspectos tanto de naturaleza sustancial como procesal.

En su artículo 4 la ley

implica un límite jurídico al sistema penal juvenil, y entiendo que forma parte del derecho de fondo y no de forma al fijar la edad a partir de la cual se puede imponer pena respecto de quien contara, al momento de la comisión de un hecho ilícito entre 16 y 18 años, como así bajo qué condiciones es posible imponer dicha pena, a saber: cuando previamente se hubiera declarado la responsabilidad penal y la civil si correspondiere, una vez que haya cumplido 18 años y luego de haber sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad, resultando esto último un resabio de la vieja legislación de mayoría de edad a los 21 años³.

Debido a lo anterior, conferir al juez la facultad para internar provisional o definitivamente a un joven, sin mediar sentencia condenatoria definitivamente firme, representa un exabrupto jurídico; por lo que, circunstancias tales como: la inexistencia de un delito, la indigencia y el abandono, no son suficientes para declarar la internación de un menor es un establecimiento, y debe ser atendido por el sistema de protección de niños, creado conforme a las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ VILLANTE, José. “Diferimento punitivo respecto de los menores en conflicto con la ley penal impuesto por el art. 4° de la ley 22.278”. En *SAIJ*: [http://www.saij.gob.ar/jose-alberto-villante-diferimento-punitivo-respecto-menores-conflicto-ley-penal-impuesto-art-4to-ley-22278-dacf180080-2018-04-11/123456789-0abc-defg0800-81fcanirtcod?&o=3&f=Total%7CFecha/2018%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B.2018,p.1,\(Visto el 10/02/2021\)](http://www.saij.gob.ar/jose-alberto-villante-diferimento-punitivo-respecto-menores-conflicto-ley-penal-impuesto-art-4to-ley-22278-dacf180080-2018-04-11/123456789-0abc-defg0800-81fcanirtcod?&o=3&f=Total%7CFecha/2018%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B.2018,p.1,(Visto%20el%2010/02/2021))

En los casos abarcados por el art.2, 1º párrafo, se ha establecido un régimen especial con fines de protección, evidenciado en los requisitos que exige el art.4º de la Ley 22.278 para aplicar o no la pena, y especialmente en la posibilidad de absolverlo o reducirla al grado de la tentativa.

Retomando el art.4º de la ley, el cual expresa: “La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 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 inciso 2.

Principales objeciones constitucionales a la ley 22.278

Contrariamente al paradigma constitucional de protección integral que inspira a la CDN, el régimen penal de la minoridad creado por esta ley, se encuentra amparado y responde al de situación irregular, sustentado filosóficamente en un positivismo peligrosista que expulsó de esta rama del derecho penal a la dogmática jurídico penal y a las reglas y principios del proceso penal con la excusa de la tutela.⁴

Esta categoría amplia y difusa se caracteriza por la violación de derechos y garantías de los niños y adolescentes en tanto los consideran como objetos de protección. Como señala García Méndez, la historia de la infancia es la historia de su control.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio R., SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p.317.

En efecto, al proceso socio-cultural de construcción de la sub-categoría específica de los menores dentro del universo global de la infancia, corresponde simbólicamente la estructura jurídica-institucional del Tribunal de menores rodeado de un marco teórico (y normativo) discrecional donde el menor aparece como alguien indefenso, incapaz de pensar y decidir por sí mismo y a quien, entonces, resulta necesario proteger y cuidar⁵.

La ley 22.278 presenta algunas inconsistencias básicas con los siguientes principios constitucionales⁶:

- **El principio de legalidad:** las sanciones que en ella están previstas, como son la disposición definitiva por parte de la autoridad judicial, que en la mayoría de los casos se traduce en privación de libertad bajo el título de “medida tutelar”, no son consecuencia de conductas típicas, sino de situaciones que tienen que ver con condiciones personales, ambientales y familiares de los menores: peligro moral o material, abandono, falta de asistencia, problemas de conducta
- **El principio de reserva:** la norma faculta a la autoridad judicial a disponer, en forma arbitraria del menor, en base al resultado de estudios que se le han realizado a él y a su familia, en búsqueda de la obtención de un pronóstico acerca de su comportamiento futuro.
- **El principio de culpabilidad:** porque el sistema penal debe basarse en la culpabilidad por el hecho cometido y no por defectos en la personalidad o la conducción de la vida
- **El principio de proporcionalidad:** porque cualquiera sea el resultado de la causa, el juez puede disponer definitivamente del menor de acuerdo a lo establecido por el art.2, in fine.
- **Los principios básicos del proceso penal** como el de defensa en juicio, inocencia, en la medida en que no se prevé un debido proceso legal (acusación, defensa, prueba, sentencia y recursos) como presupuesto previo a la aplicación de una sanción.

⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia y Adolescencia de los Derechos y la Justicia*. Fontamara, Buenos Aires, 2007, p. 42.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p.317.

Esta falta de adecuación de la legislación inferior a los principios de Derechos Humanos establecidos en la Constitución, no puede ser invocada como excusa a fin de dejar de proteger los derechos de los menores en el Sistema de Administración de Justicia Juvenil. Por lo tanto siempre será necesario aplicar las normas que conforman el sistema constitucional en la práctica judicial.

La ley, surgida en la última dictadura militar, es controvertida desde su creación ya que otorga la potestad infinita al juez que será quien resuelva las causas en la cual dispone de los menores a quienes decide donde incluir en el caso de que hubieren cometido un delito.

1.3.11 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes

Sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada el 21 de octubre del mismo año, establece en su artículo 1º: “La norma tiene por objeto 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 reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional, y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte”. Con la sanción y aplicación de esta ley, los niños, niñas y adolescentes dejan de ser entendidos como objetos bajo la tutela del Estado, para pasar a ser reconocidos como sujetos de pleno derecho, lo que también debe implicar su consideración como sujeto responsable. Se indica que el principal objetivo de las políticas implementadas por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo del Poder Ejecutivo Nacional especializado en infancia y familia, y del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, órgano deliberativo, consultivo y planificador de políticas públicas para la infancia y la adolescencia en todo el territorio, teniendo en cuenta y trabajando desde las distintas realidades del país, consiste en fortalecer a la familia, entendiéndola como base para un desarrollo humano sustentable, y como espacio afectivo fundamental para el crecimiento de niños y niñas. Esta ley nacional queda supeditada a la adherencia, o no, de cada provincia en particular para su aplicación.

La Ley N° 26.061 no ha diseñado un nuevo sistema de responsabilidad juvenil al no derogar el régimen penal de minoridad comprendido en la Ley 22.278, sino que se ha

constituido en un importante plexo normativo destinado a reconocer que todo niño, niña y adolescente se encuentra amparado por un sistema de derechos y garantías fundamentales⁷.

Antes de la existencia de la presente ley, la competencia para decidir el destino de un niño, niña y/o adolescente que aún no había cumplido los 16 años y que había cometido un delito, recaía en el Juez Penal de Menores. Una vez realizadas las pericias e informes respecto a la personalidad como a las condiciones familiares y ambientales en las que se encontraba, este juez determinaba el destino del menor al cual, en caso de ser necesario, se lo “colocaba” en algún lugar adecuado ya que así lo establecía la Ley 22.278/803 en sus artículos 1º, 2º y 3º.

Esta ley modificó la tarea de los fiscales, ya que hasta ese momento, desde el punto de vista procesal, la causa de un inimputable finalizaba con el archivo por ser tal. A partir de dicha ley, el fiscal “debe” investigar, es decir, comprobar la existencia del hecho, la materialidad, tipicidad, antijuridicidad y participación en el mismo, independientemente de la punibilidad del autor, procediendo en todos los casos al archivo, pero ya un paso más adelante, esto es, dictaminando si el/la joven tuvo participación activa o no en el hecho delictivo.

La ley, en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, respecto al proceso penal, consagra las siguientes garantías:

- a) Derecho a la Libertad Personal: se dispone que no podrán ser privados de ella en forma ilegal o arbitraria, y que la privación de la libertad personal, entendida como ubicación de la niña niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, deber realizarse de conformidad con la normativa vigente.
- b) Derecho a ser oído: cada vez que así lo solicite, y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte. A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio de procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de

⁷ BACIGALUPO DE GIRARD, María. “Una breve aproximación a l análisis de la ley 26061”, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, 1/2/2006.

carecer recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine. A participar en todo el procedimiento y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

1.3.12 Código Procesal Penal. Ley N° 6.730

Es importante destacar que la ley de procedimiento de la justicia juvenil es la ley N° 6354, y que este Código es de aplicación supletoria porque así lo establece el art.120 que reza: “En todos los casos no previstos expresamente por esta ley, regirán supletoriamente las normas del Código Procesal Penal”.

Los niños, niñas y adolescentes gozan de los mismos principios que los adultos, como el de legalidad, de Juez natural, entre otros, si bien existen algunas diferencias en cuanto a la aplicación de los principios de oportunidad, entre ellos el juicio abreviado, requisitos formales para interponer recursos. Otro punto a destacar es que no hay querellante, como tampoco actor civil.

1.3.13 Ley Provincial N° 6.354

Esta es una ley que ha sido considerada como modelo en Argentina. Sancionada el 17 de abril de 1995, la Ley N° 6.354 de “Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”, reglamenta la Convención sobre los Derechos del Niño, entrando en vigencia, en forma definitiva en mayor del año 2000. La norma se ocupa de cuestiones de Derecho de Familia, con varias modificaciones posteriores, como también de procedimientos especiales y medidas de protección, entre otras normativas.

La Ley de menores de la provincia de Mendoza derogó la vieja ley de Patronato y Tribunales de Mendoza, incluyéndose así en el nuevo paradigma de niñez establecido por la Convención de los Derechos del Niño, convirtiéndose en la primera provincia del país en adecuar su legislación a la Convención. A partir de ella se inició un proceso de transformación y adecuación estatal e institucional.

La ley 6.354 significó un gran avance en el sentido de reglamentar un debido proceso legal en el cual los niños, niñas y adolescentes, a quienes se les atribuye la comisión de hechos ilícitos, comenzaron a gozar de un abanico de derechos y garantías similar al que poseen los adultos en el proceso penal ordinario.

Esta norma creó el Fuero de Familia y el Fuero Penal de Menores, diseñando un procedimiento especial para las cuestiones de familia y otro procedimiento para las personas menores de edad en conflicto con la ley penal. Al respecto este Fuero Penal de Menores quedó conformado de acuerdo a lo normado por los artículos 109, 110 y 111 de la siguiente manera: Tribunal en lo Penal de Menores, Juez en lo Penal de Menores y Ministerio Público Fiscal y Pupilar de Menores, integrado por el Fiscal Penal de Menores y el Defensor Penal de Menores, organismos independientes, con asiento en cada una de las cuatro circunscripciones judiciales. Las funciones de cada Judicatura están enmarcadas en un proceso de carácter acusatorio.

La importancia fundamental de esta norma radicó en cuatro puntos esenciales:

- Fue un instrumento pionero que intentó llevar a cabo el primer proceso de adecuación sustancial de un sistema político, jurídico e institucional provincial a la Convención.
- Obligó al gobierno provincial a priorizar sus recursos humanos, materiales y financieros para lograr los objetivos planteados en la ley. Exigió que el Estado haga todo lo que esté a su alcance para evitar acciones que amenacen o violen los derechos del niño y garantizarles atención prioritaria en los servicios públicos y en la formulación y aplicación de las políticas sociales.
- Ratificó los derechos básicos de los niños y ofreció herramientas para exigir su cumplimiento
- Se planteó una clara diferenciación entre niño-víctima y niño-victimario, entre abandono y delincuencia⁸.

El cambio jurídico creado por esta ley ha sido un gran logro, haciendo de Mendoza una provincia pionera en crear una ley que reflejaba los derechos del niño, la niña y el adolescente. Una vez sancionada la Ley nacional 26.061, la provincia volvió a impulsar transformaciones con el objetivo de profundizar la Doctrina de la Protección Integral.

⁸ FARÍAS CARRACEDO, Carolina. “Legislación acorde a la doctrina de la Protección Integral: Mendoza, provincia pionera”. *Revista de Niños, Menores e Infancias*, Vol. 8, N°8, Mendoza, 2014, p.14.

CAPÍTULO II

LA NIÑA, EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

2.1 La niñez: de objetos sociales a sujetos de derechos

La palabra infancia “deriva del latín *infans* que significa ‘mudo, incapaz de hablar, que no habla’. Es el período de la vida humana comprendido entre el nacimiento y la adolescencia o comienzo de la pubertad”⁹. Se trata de una concepción que ha sufrido una evolución a lo largo de los siglos consolidándose en el momento en que se aceptó la importancia del cuidado del niño y el resguardo de esta etapa en la formación humana.

El concepto de infancia sirve para identificar la construcción, a lo largo del tiempo, de la niñez dentro de las sociedades, dado que ha sufrido múltiples transformaciones hasta llegar en la actualidad, a conceptualizarse como un sujeto de derechos.

La sociedad occidental experimentó una transición importante cuando, en los siglos XV a XVII, se formula el concepto de infancia, y la misma “deja de ocupar su lugar como residuo comunitario e indiferenciado del mundo adulto”¹⁰. Esto permitió comenzar a considerar esta etapa del desarrollo individual y grupal, como un tiempo de aprendizaje e incorporación de conocimientos, habilidades, destrezas, transmisión de cultura e historia, entre otras cosas, del ser humano.

A partir de este momento y en los siglos venideros, la infancia pasó a considerarse como la etapa de mayor importancia y cuidado para un desarrollo saludable de la vida humana. Se incorpora la ternura, el afecto y la preocupación por el estado vulnerable del ser humano desde su nacimiento y se comienzan a satisfacer las necesidades de amor y educación, resguardo y protección¹¹.

⁹ CONCEPTOS. En: www.conceptodefinicion.de/infancia/ 2015, p.1. (Visto el 19/03/2021)

¹⁰ SATTRIANO, Cecilia. “El lugar del niño y el concepto de infancia”. *Revista Emisión Digital*. N° 3. <http://repository.unad.edu.co/bitstream/10596/4869/1/514517%20infancia.pdf>., 2018, p.1.(Visto el 12/02/2021)

¹¹ *Ibidem*

Respecto a las normas legales en las que se encuadraba la infancia, los niños han sido objetos de diferentes estrategias de institucionalización, desde edades muy tempranas, en las cuales se los ubicaba a fin de evitar que vivieran en la indigencia y en las calles. En Buenos Aires, en el año 1775, se funda la Hermandad de la Santa Caridad, conformada por reconocidos personajes de la sociedad porteña, quienes decidieron crear esta “institución de internamiento en el país: la casa de la niñas huérfanas, destinada justamente a las niñas que quedaban sin familia por aquella causa”¹². Posteriormente se haría cargo de los niños huérfanos fundando, en 1779, la “Casa de los Expósitos”, donde se recibirían por igual niños y niñas.

En el año 1919 se creó la Ley 10.903 de Patronato de Menores, ley que adquiere un gran alcance en el contexto de la cuestión obrera que se producía a principios del Siglo XX. La ley generó modificaciones sobre la Patria Potestad estableciendo la normativa sobre el derecho, las obligaciones y la pérdida de ésta. “En este sentido el Art. 8 establece que todo menor confiado por sus padres, tutores o guardadores a un establecimiento de beneficencia, privado o público, queda bajo la tutela definitiva de la Dirección del establecimiento”¹³.

Esta ley presentaba un límite para lo que venía sucediendo frecuentemente en las grandes ciudades de Argentina en lo relacionado con el trabajo infantil y la vida en la calle. Su artículo 21 establece lo que se entiende por

...abandono moral y material y peligro moral. Reconoce como tales la incitación de los adultos a la ejecución de actos perjudiciales por parte de los menores como la mendicidad, la vagancia, la frecuentación a sitios inmorales o de juego; están en peligro quienes: vendan periódicos en la vía pública o trabajen en oficios perjudiciales a la moral o la salud¹⁴.

El artículo refiere al abandono y la peligrosidad. Esta es la primera introducción preventiva que existe en la Argentina, respecto a la niñez. Esta ley legitima las prácticas que se llevaron a cabo en diferentes instituciones socio-asistenciales para la infancia,

¹² FERNÁNDEZ, Silvina. “Las políticas de la infancia. Una infancia de la política”. *Revista Margen Trabajo Social*. Vol. 12 N° 7. En: http://www.revistamargentrabajosocial.com.ar/rev_articulos/arti00069f001t1.pdf. Edición Electrónica, 2009, p. 3.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*

argumentando que se salva a los niños de la explotación de los padres evitando que los mismos se conviertan en delincuentes.

Las diferentes acciones llevadas a cabo a principios del siglo XX en Argentina dieron lugar a la creación de instituciones que contenían niños y niñas abandonados, a los que se les brindaban cuidados de alimentación y educación que les permitieron una inserción social una vez que salieran de estas instituciones.

A nivel internacional, a mediados del Siglo XIX “surgió en Francia la idea de ofrecer protección especial a los niños, lo que permitió el desarrollo progresivo de los derechos de los menores”¹⁵. En 1841 se comenzó a proteger a los niños en su lugar de trabajo; en 1881 se les garantizó el derecho a una educación. Sin embargo no será hasta principios del siglo XX que se protegerán los derechos del niño incluyendo las áreas sociales, jurídicas y sanitarias. “Este nuevo desarrollo que comenzó en Francia, se extendió más adelante por toda Europa”¹⁶.

En 1919 se creó la Liga de las Naciones (posteriormente sería la ONU), en la que funciona el Comité para la Protección de los niños. “El 16 de septiembre de 1924 la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño (también llamada la Declaración de los Niños. A lo largo de cinco capítulos la Declaración otorga derechos específicos a los niños, así como responsabilidades de los adultos”.

Dado que la Segunda Guerra Mundial dejó a miles de niños como víctimas, en el año 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia UNICEF, “la cual se le concedió el estatus de organización internacional permanente en 1953”¹⁷.

La UNICEF se centró en ayudar a los niños víctimas de la Segunda Guerra Mundial, alcanzando en 1953 mayor dimensión internacional auxiliando a niños que viven en países en vías de desarrollo, estableciendo un conjunto de programas específicos destinados a ellos que les garantizara acceso a la educación, salud, agua potable y alimentos. Además “desde el 10 de diciembre de 1948 la Declaración

¹⁵ MÜLLER, Paola. “Historia de los Derechos del Niño”. En: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/historia_de_la_evolucion_de_los_derechos_del_niño/crc.aspx. Agosto de 2018, p.1

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ *Ibidem*.

Universal de los Derechos Humanos reconoce que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”¹⁸.

En el año 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Y en el año 1989, el 20 de noviembre “la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los derechos del Niño, a lo largo de los 54 artículos que establece los derechos económicos, sociales y culturales de los niños”¹⁹.

Se convirtió así en la primera declaración específica sobre un grupo humano particular; plantea diez principios que amplían los anteriores derechos de dimensión protectora como alimento, cuidado, ayuda, acogida y socorro:

- 1- Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad
- 2- Derecho a una protección especial para que puedan crecer física, mental y socialmente sanos y libres.
- 3- Derecho a tener un nombre y una nacionalidad.
- 4- Derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuadas.
- 5- Derecho a educación y atenciones especiales para los niños y niñas con discapacidad.
- 6- Derecho a comprensión y amor por parte de las familias y de la sociedad.
- 7- Derecho a una educación gratuita. Derecho a divertirse y jugar.
- 8- Derecho a atención y ayuda preferentes en caso de peligro.
- 9- Derecho a ser protegido contra el abandono y el trabajo infantil.
- 10- Derecho a recibir una educación que fomente la solidaridad, la amistad y la justicia entre todo el mundo.

La importancia de estos grandes cambios en los derechos sociales para toda la humanidad, alcanzan hasta nuestros días y se ve reflejada en la obligación de los

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

Estados hacia el cuidado de la niñez, basado no sólo en evitar el sufrimiento, sino también en dignificar la vida proyectando sujetos autónomos capaces de superarse a sí mismos en el futuro.

La Convención de los Derechos del Niño, en su Artículo 1 establece que: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La CDN se ocupa de todas las dimensiones de la vida y el desarrollo de los niños en diversos ámbitos, promoviendo acciones políticas, socioeconómicas y educativas cuyo fin es su protección, reconociendo que el niño es un ser humano en la primera etapa del desarrollo. Esto se encuentra plasmado en el preámbulo “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”. Infancia y adolescencia son etapas del desarrollo humano y tienen igual valor que cualquier período de su existencia.

La generación de principios establecidos en la CDN ha permitido establecer en los países, la conceptualización del niño como sujeto de derechos, preservando el interés superior del mismo, buscando la protección de sus derechos, así como la autonomía progresiva de los mismos.

Conforme el niño va creciendo y desarrollando, también sus facultades evolucionan progresivamente. El Estado y las familias deben conferirle la orientación y protección apropiada a esa evolución.

El desarrollo de los seres humanos en la niñez se continúa por la etapa de la adolescencia, la cual requiere también el cuidado de los riesgos a los que se enfrentan.

2.2 El desarrollo de la adolescencia

La adolescencia es el período de transición entre la niñez y la edad adulta, en la cual el individuo afronta una gran cantidad de cambios físicos, psicológicos, sociales y culturales. La consolidación de sus cambios cognitivos y con estos el desarrollo de un

sistema de valores que le es propio, se conjugan con nuevos anhelos de independencia del contexto familiar y una mayor inclusión en su grupo de iguales²⁰.

Aunque existen diferencias de opinión en lo concerniente a la importancia relativa de los factores biológicos, sociales y psicológicos, existe, no obstante, un acuerdo general en lo que se refiere a considerar que el período de la adolescencia ha presentado tradicionalmente problemas especiales de ajuste en nuestra sociedad²¹.

Susana Quiroga plantea que la adolescencia es un fenómeno multi-determinado, la cual se ve atravesada por factores biológicos, psicológicos, cronológicos, y sociales²². Entre los aspectos biológicos que conforman a la adolescencia se encuentra la pubertad. La misma es definida y entendida por varios autores como parte y desencadenante de la adolescencia.

Sin dudas es un período de transición, una etapa del ciclo de crecimiento que marca el final de la niñez, generando en muchos casos, incertidumbre, pero también el inicio de una etapa de amistades, de desprenderse de las ataduras de los padres y de un momento de creación de sueños para el futuro.

En general comprende las edades entre 13 y 19 años, aunque esto varía según autores, no pudiendo definir claramente en qué momento exacto comienza o termina. Algunos autores consideran los aspectos fisiológicos de la pubertad en tanto un conjunto complejo de fenómenos que incluyen el rápido crecimiento del cuerpo, la osificación de los huesos, los cambios hormonales y la aparición repentina de las características primarias y secundarias del sexo, al igual que los cambios psicológicos producidos durante esta etapa.

Durante esta época de la vida, se logra un importante crecimiento y desarrollo físico y se alcanzan los objetivos psicosociales necesarios en la evolución del adolescente a la edad adulta, entre ellos se pueden mencionar adquirir una independencia respecto a los padres, tomar conciencia de la imagen corporal y

²⁰ PASQUALINI, Diana y LLORENS, Alfredo. "Salud y Bienestar de los Adolescentes y Jóvenes: Una mirada íntegra". *Revista Organización Panamericana de la Salud*, N° 26, 2010, p.33.

²¹ *Ibidem*.

²² QUIROGA, Susana. *Adolescencia: del goce orgánico al hallazgo del objeto*. EUDEBA, Buenos Aires, 2004, p. 63.

aceptación de su cuerpo, relación con los amigos y adopción de estilos de vida, y establecer una identidad sexual, vocacional, moral y del yo.

La naturaleza de los adolescentes no ha cambiado a lo largo de los siglos, lo que ha cambiado es la forma como la sociedad los ha ido reconociendo. La sociedad actual considera a los adolescentes como una parte del crecimiento de los seres humanos y, en consecuencia, les corresponde un tratamiento especial para su edad. Para este grupo en particular la sociedad ha creado un conjunto de ofertas de bienes y servicios que les permite transitar este período con un reconocimiento social que favorece su inclusión educativa y cultural²³.

Y, junto al advenimiento masivo de las pantallas, se privilegia una nueva arquitectura de modelos, que, por definición, deben dar bien, o sea, tener buena imagen. Modelarse una buena imagen, virtual casi, evanescente, ocupa el lecho de la identidad. Y, en esta movida, de paso, se adjudica el status de “objeto”²⁴.

Aparecen en esta época nuevas exigencias sociales: la belleza corporal, el cuidado del cuerpo, la moda de la exhibición. En esta película en donde la persona queda reducida a su aparecer físico, es decir, no integral, serán habituales las dificultades para establecer vínculos satisfactorios, o sea, íntegros y plenos.

En la inserción social el adolescente comienza a experimentar la necesidad de identificarse con sus pares, en el cual el factor de pertenencia al grupo debe acompañar la formación de la personalidad. En este proceso la influencia de los modelos proporcionados por la comunidad, le brindan nuevos marcos de referencia y orientación. En este proceso la familia, los amigos, la sociedad y la educación son muy importantes.

Actualmente los adolescentes viven en una sociedad que se encuentra atravesada por los procesos de consumo, dentro de la cual existe una participación segmentada que se vuelve el principal procedimiento de identificación, quien sostiene que el consumo es “un conjunto de procesos socioculturales en que se realizan la apropiación y los usos de los productos y en el que se construye buena parte de la racionalidad integrativa y

²³ PASQUALINI, Diana y LLORENS, Alfredo, Ob. Cit., p.34

²⁴ QUIROGA, Susana, Ob. Cit., p. 63.

comunicativa de una sociedad”²⁵. Y es dentro de esta sociedad en la que aparecen diferentes conductas que pueden poner en riesgo el futuro de estos grupos sociales.

2.2.1 La relación de los adolescentes con los pares

Los amigos/as son para el adolescente, un espacio de contención en el cual surge su iniciativa, su espíritu aventurero y en donde comienzan a nacer las necesidades románticas. En esta etapa, los adolescentes comienzan a reducir la cantidad de personas en sus contactos grupales. Se profundizan las relaciones que favorecen el compartir vivencias nuevas que contribuyen a la formación de su personalidad.

La rapidez del desarrollo en esta edad los lleva a buscar sus primeras parejas y la forma en la que se irá definiendo su sexualidad. Es un período de intensa actividad en todos los sentidos que el adolescente puede transitar de diferentes maneras de acuerdo a los espacios que ocupa dentro de la sociedad y la contención que puede tener.

Las fuertes relaciones familiares que tenían de niños, giran ahora hacia las amistades con quienes entienden que son más fuertes, son sus confidentes para compartir las dificultades, las amistades son las que sostienen y ayudan en el avance de esta etapa. La pertenencia al grupo es vital por momentos, es donde los adolescentes se identifican y son parecidos a un otro que tiene sus mismos intereses²⁶. Estos grupos de pares representan una referencia importante en la construcción de su identidad.

Los intercambios y los movimientos que se suscitan a través de estos grupos son un eslabón clave en la confirmación de la identidad adolescente, porque se trata de un ensamblaje cualitativamente distinto entre lo histórico que se va reestructurando y lo actual²⁷. La característica más importante es que los adolescentes buscan estar juntos, lo que no supone formas más estructuradas de organización, sino que pueden juntarse por el simple hecho de estar juntos.

Los grupos de pares son un espacio de diferenciación del mundo de los adultos, pero también de los niños. Con los pares los adolescentes se alejan de las tradiciones sociales, las cuales ejercen un leve control, constituyéndose en espacios de contención

²⁵ GARCÍA CANCLINI, Néstor. *Consumidores y Ciudadanos. Conflictos Multiculturales de la globalización*. Grijalbo, México, 1995, p.42.

²⁶ DOLTO, Francisco. *La dificultad de vivir (T.1): Familia y sentimientos*. Gedisa, Roma, 2009, p. 25.

²⁷ *Ibidem*

para la participación de los jóvenes que comparten los mismos intereses. Esta pertenencia grupal supone un contexto diferente al familiar, ya que en el grupo los deseos y las preferencias no son sometidas a revisión, sino que son compartidas y se van conformando en nuevos modelos de interacción social que complementa al construido por la familia, añadiendo un nuevo contexto social que ayuda a los adolescentes a crear su propio futuro.

La comunicación es una herramienta fundamental, pues en ella van construyendo nuevos procesos comunicacionales en los que la impronta de sus propias palabras, va creando nuevas formas de uso y realizando modificaciones que luego quedarán instaladas socialmente. Estos procesos de comunicación, en la actualidad, se encuentran atravesados fuertemente por la comunicación tecnológica, lo que les permite vincularse con el mundo externo.

2.3 Familia y adolescencia

La familia es el lugar donde los seres humanos nacen y crecen. La vida en familia es la influencia más duradera para el proceso de socialización y, en consecuencia, determina las respuestas de sus integrantes entre sí y hacia la sociedad.

Las pautas de interacción que se establecen entre sus miembros, quienes organizan las relaciones dentro del sistema de forma recíproca, reiterativa y dinámica, siguiendo a Minuchín, se estructuran de acuerdo a algunos parámetros:

Jerarquía: son los niveles de autoridad que se establecen dentro del sistema y que varían de acuerdo con la etapa del ciclo vital familiar, las características de personalidad de los miembros, la dinámica de las relaciones conyugales, entre otras. La adecuada distribución de la autoridad requiere de su correcta definición para cada contexto de la vida familiar.

Alianzas: Se denominan así las asociaciones abiertas o encubiertas entre dos o más integrantes de la familia; las más apropiadas son las que incluyen miembros de la misma generación o del mismo género. Cuando las alianzas son inadecuadas se llaman coaliciones. Los conflictos conyugales pueden invadir a los hijos y generarlas.

Límites: Hacen alusión a los aspectos de cercanía/distancia entre las personas o los subsistemas. Son fronteras, membranas imaginarias que regulan el contacto que se

establece con los demás en términos de permisividad, dependencia emocional, derechos, autonomía, etcétera. Su función consiste en marcar una diferenciación y su clara definición es fundamental.

Roles: Son conductas repetitivas que implican la existencia de actividades recíprocas en otros miembros de la familia, equivalen a lo que se espera que haga un individuo en determinado contexto. Para que el sistema familiar funcione se requiere que sean lo suficientemente complementarios, deben ser aceptados y actuados en común acuerdo, lo cual se da si cada miembro se ve a sí mismo como lo ven los demás y existe concordancia sobre lo que se espera de él. Dentro de la etapa de la adolescencia existe una constante redefinición de roles, que si no se elabora de manera conjunta puede generar muchos problemas. (Por ejemplo, del niño al adulto, del obediente al rebelde, etcétera).

Las redes de apoyo: La función básica de las redes de apoyo extra familiares consiste en las acciones de solidaridad que faciliten el cuidado y crianza de los hijos y compensen las deficiencias del sistema familiar. Están constituidas por miembros de la familia extensa, amigos y vecinos que puedan proporcionar ayuda. Dentro de nuestra sociedad trasciende su importancia en las familias pobres, donde las carencias se compensan mediante el intercambio recíproco de bienes, servicios y apoyo moral.

Comunicación: Para el correcto desempeño de los roles y la realización de las tareas propias de la vida de la familia, se requiere de la comprensión mutua; esto quiere decir que los mensajes intercambiados sean claros, directos y suficientes y que los receptores estén en disposición y apertura para evitar distorsiones. La comunicación es elemento indispensable para identificar y resolver los problemas, desafortunadamente durante la adolescencia, se ve sumamente afectada.

Flexibilidad: Se encuentra íntimamente relacionada con la anterior y permea todas las facetas de la estructura familiar. Se requiere flexibilidad para respetar las diferencias individuales y facilitar la adaptación del sistema ante las demandas de cambio, tanto las internas (las propias del desarrollo y otras como enfermedades, muerte de algún miembro, etcétera) como las externas que se originan en modificaciones ambientales.

Cuando el grado de flexibilidad es adecuado, la familia cuenta con un repertorio conductual suficiente para emplearlo en la solución de sus problemas²⁸.

Cuando los hijos alcanzan la edad de la adolescencia, los problemas familiares están centrados en la diferenciación de roles y en el nuevo proceso de separación que vivencian todos los miembros del grupo familiar. Esta interacción entre los adolescentes y su grupo familiar, se reflejan en una pobre comunicación y una expresión afectiva que es negativa. El adolescente busca separarse de su grupo familiar y muchas veces la familia ve esto como una amenaza a su integridad.

Los padres con dificultades para disminuir gradualmente su “autoridad paternal” pueden contribuir a un problema de adaptación en el adolescente. Lamentablemente muchos padres se muestran reticentes a dejar su rol protector y a permitir al adolescente adquirir autonomía por medio de la libertad y la responsabilidad, lo cual se convierte en un campo de conflicto, donde el adolescente se enfrenta de manera desorganizada y en muchas ocasiones autodestructiva a un autoritarismo sin concesiones²⁹.

²⁸ MINUCHÍN, Salvador y FICHMAN, Charles. *Técnicas de terapia familiar*. Paidós, México, 1996, p.37.

²⁹ *Ibíd.*

CAPITULO III

IMPUTABILIDAD - INIMPUTABILIDAD

3.1 Sobre la imputabilidad y la inimputabilidad

La doctrina define a la imputabilidad como “el conjunto de facultades mínimas que debe reunir un sujeto para ser considerado culpable por la comisión de un hecho típico y antijurídico.

De la propia naturaleza de la imputabilidad surge la edad como elemento determinante. En el Derecho Penal de Menores, la edad es el condicionante que determinará la imputabilidad o la inimputabilidad.

3.2 Menores Imputables

La normativa legal vigente en Argentina establece quienes son los menores imputables de hechos delictivos.

La imputabilidad ha generado un debate que presenta algunos consensos, entre ellos el de la definición de imputabilidad a la que se considera como “la capacidad humana de actuar culpablemente dentro de los cánones de la ley penal”³⁰. La ausencia de culpabilidad es explicada por varios posicionamientos teóricos. Al respecto Cillero Bruñol sostiene que las doctrinas de imputabilidad basadas en el modelo de discernimiento, equiparan al menor con el alineado mental, sin plenitud de facultades para entender y querer, mientras que en su contraparte existen las doctrinas político-criminales que consideran la edad mental como una barrera político criminal entre dos sistemas de respuesta ante el delito: el de adultos y el de personas menores de edad. Ambos modelos coinciden en negar la culpabilidad, aunque no renuncian a la intervención coactiva a la que buscan mitigar mediante las figuras de protección y corrección³¹.

³⁰ FRÍAS CABALLERO, Jorge. *Imputabilidad Penal, capacidad personal de reprochabilidad ético social*. Buenos Aires, Depalma, 1981, p.36.

³¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal”. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, 2001, p.18.

Para la doctrina argentina la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, en consecuencia si se es imputable, se puede ser culpable. Morales Lezica sostiene que “la imputabilidad puede ser conceptualizada como la capacidad de ser responsable o capacidad de responder como autor de un hecho delictual cometido, es decir, es la capacidad que tiene una persona de responder -penalmente- por un injusto penal cometido”³².

Zaffaroni define a la imputabilidad como “la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel analítico en que se halla la posibilidad exigible de esa comprensión”³³.

En consecuencia los actos delictivos cometidos por menores de 18 años, deben ser juzgados por tribunales especializados y sometidos a medidas de protección, con un tratamiento tutelar individualizado, evitando el castigo y la estigmatización, apelando a la privación de libertad como última instancia y medida excepcional.

3.3 Menores inimputables

Mary Beloff se refiere a la inimputabilidad en la República Argentina desde dos puntos de vista, por un lado, aquellos menores de edad que resultan inimputables por la edad, por encontrarse debajo de la edad mínima de responsabilidad penal, y por el otro, aquellos menores de edad que se ven involucrados en delitos con pena de multa e inhabilitación o de prisión inferior a dos años, respecto de los cuales todos los menores de 18 años no resultan imputables. En esto se sustenta la distinción entre inimputables en razón de su edad, e inimputables por el hecho, dependiendo de cada país, la edad mínima establecida para la responsabilidad penal³⁴.

En la Argentina la edad mínima para ser penalmente responsables, es a partir de los 16 años, por ello, los menores de esa edad que se encuentren involucrados en un delito penal, aun cuando tengan la capacidad de infringir la ley penal, no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles penalmente responsables, aunque en caso de ser necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección.

³² MORALES LEZICA, José. “Acerca de la imputabilidad o inimputabilidad de los menores de edad. Aclaración de conceptos”. *Revista DJ Voces*, 2009, p. 28.

³³ ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1985, p.167

³⁴ BELLOF, Mary. *Nuevos problemas de la Justicia Juvenil*. Ad-hoc, Buenos Aires, 2017, p. 51.

Las normas que determinan los atributos de la capacidad de las personas son de orden público y es por ello que las reglas establecidas por la ley no son modificables, salvo en aquellos casos de excepción que se encuentren previstos también por la norma. Es la seguridad jurídica la que exige la determinación de una edad como presunción de habilidad para desenvolverse en la sociedad, por más que, en ciertos casos, la pauta objetiva utilizada para presunción no resulte adecuada a las condiciones particulares del individuo.

Está claro que la inimputabilidad en razón de la edad refiere a la imposibilidad de procesar penalmente y aplicarle una pena a un niño antes de adquirir una determinada edad penal, por lo que no corresponde asociar ese concepto al derecho de fondo conforme lo que prevé el artículo 34.

Alterini, sostiene que el fundamento de la incapacidad es salvaguardar ciertas insuficiencias del sujeto que no tiene la necesaria madurez psicológica. Obedece a razones circunstanciales que impiden el normal ejercicio por sí de las facultades que el derecho concede. La ley formula de este modo una consideración abstracta, pues no toma en cuenta la voluntad psicológica del sujeto, sino la voluntad jurídica que le imputa. Así el niño genio será igualmente incapaz de hecho en tanto no llegue a la edad en que se lo reputa mayor. Por su parte, agrega el autor que el “niño genio es irrelevante para el derecho, que toma en consideración la circunstancia objetiva de la edad, no el desarrollo mental individual”³⁵

3.4 Adolescentes infractores

Sin perjuicio de todos los esfuerzos que se están realizando en eliminar del vocabulario técnico y vulgar las expresiones “menor delincuente” y “delincuencia juvenil”, se siguen utilizando en la legislación, en la doctrina y la jurisprudencia, refiriéndose a los menores que cometen delitos como un grupo de jóvenes infractores, violadores del ordenamiento normativo jurídico y del orden social, para definir aquellas conductas que son desaprobadas por la comunidad, determinantes de la intervención del Estado y de los preceptos relativos a la responsabilidad penal.

³⁵ ALTERINI, Atilio. *Derecho Privado*. 2º Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 166.

Al decir de Rafael Sajón, la expresión “delincuencia juvenil” hay que desestimarla por impropia, cuyo concepto fue elaborado en base a dos elementos: el primero, la menor edad de la persona de que se trata; y, el segundo, que se corresponda con alguna descripción típica que efectúan las leyes penales³⁶.

Sin embargo la misma se encuentra anclada en varios posicionamientos teóricos que se describen a continuación.

3.4.1 Teoría de la anomia

Los principales exponentes de esta teoría son Emile Durkheim, Talcon Parsons, Robert Merton y Herbert McClosky. Estos autores del siglo XIX presentaron una serie de propuestas vinculadas a la delincuencia que los llevaron a crear grandes modelos teóricos que marcaron la conceptualización de la problemática.

Durkheim sostiene que

La teoría de la anomia debe ser entendida como la designación de ciertos estados de vacío o carencia de normas en una sociedad, que producen un efecto específico como es el de propiciar conductas desviadas en sus miembros. Esto ocurre cuando se rompe el equilibrio social (el consenso) que debe producir la conciencia colectiva (se anteponen valores individuales a los valores comunes), dado que la función de las normas y del poder del Estado, es precisamente equilibrar el cuerpo social, armonizarlo. Cuando esto no acontece, se produce el fenómeno anómico o el ambiente propicio para que se produzcan situaciones desviadas como el suicidio³⁷.

La teoría de la anomia postula que la sociedad, cuando cumple con sus funciones en forma adecuada, podrá lograr un orden estable que le permita un desarrollo pleno, esto es lo que Durkheim entiende como la “solidaridad social”, que se observa en la presión que ejerce la conciencia colectiva sobre cada uno de los miembros. Sin embargo es inevitable que dentro de la sociedad existan grupos de personas que no se adaptarán a

³⁶ SAJÓN, Rafael. *Derecho de Menores*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 26.

³⁷ DURKHEIM, Emilie. *Las reglas del Método sociológico*. París, 1895, p. 48.

las exigencias de la conciencia colectiva ya que presentan conductas desviadas que se manifiestan en la insatisfacción, el descontento y las protestas sociales.

Este autor considera que la anomia afecta en forma negativa al sistema social y altera su propio equilibrio modificando la capacidad de acción que tiene toda sociedad. Las actitudes y comportamientos anómicos que presentan algunos individuos, cuando no cuentan con roles claros del proceder humano que se ha logrado en el proceso de socialización, es lo que constituye la base de la anomia. Esta socialización aporta a los individuos criterios, usos, hábitos, costumbres, pautas conceptuales y comportamentales, y valores que sostienen su actuación la cual permite una adaptación adecuada a la sociedad, coincidiendo con Durkheim que la anomia se manifiesta en la desorganización social que puede observarse en un momento dado.

Respecto al castigo, Durkheim justificaba la necesidad del mismo

por el hecho que las violaciones de la conciencia colectiva -el delito- generan en la sociedad fuertes sentimientos de indignación y deseos de venganza que exige la aplicación del castigo al infractor. De este modo, para DURKHEIM, el crimen y el castigo desencadenan un circuito moral que tiene un desenlace funcional: la comisión de un crimen debilita las normas de la vida social al mostrarlas menos universales. El hecho de que surja una pasión colectiva como reacción al delito que exija el castigo del infractor, demuestra la fuerza real que apoya las normas sociales y las reafirma en la conciencia de cada individuo. Por lo tanto, si bien el castigo tiene una raíz pasional y no utilitaria, logra un efecto funcional espontáneo: el de la reafirmación de las creencias y relaciones mutuas que sirven para reforzar los vínculos sociales, la cohesión social³⁸.

3.4.2 Teoría de la asociación diferencial o del aprendizaje criminal

Shaw Clifford de la Escuela de Chicago sostenía

que la delincuencia juvenil provenía del apartamiento de los jóvenes respecto a los grupos convencionales y que la pobreza no era directamente la causa. Llegó a la conclusión de que los delincuentes no son diferentes del común de la gente, pero que se concentran en áreas delincuenciales caracterizadas por la alta

³⁸ ANITUA, Gabriel. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 274.

desintegración de las instituciones de control social de los niños, cuyos comportamientos en ocasiones son aprobados por los adultos. En esas áreas los niños encuentran muchas oportunidades para delinquir y que esa actividad comienza muy precozmente, como parte de juego callejeros³⁹.

Posteriormente Sutherland desarrolla su teoría expresando que

La conducta criminal forma parte de ese proceso de aprendizaje continuo, donde el infractor aprende estrategias de supervivencia, códigos y técnicas para desarrollar sus cometidos. Este aprendizaje, en una sociedad plural y diversa, se produce de manera concomitante al aprendizaje que otros individuos hacen que los define en favor del debido cumplimiento de las normas o de su indiferencia con relación a las mismas. Todas las conductas se aprenden⁴⁰.

El hecho de que una persona llega o no a ser delincuente, está en gran parte determinado por el grado de frecuencia e intensidad de sus contactos con estos tipos de conducta: el delincuente por un lado y el que se conforma a la ley, por el otro. Este proceso se denomina Asociación Diferencial, y explica las conductas de delincuentes de ambas clases sociales, alta y baja⁴¹.

La Teoría de la Asociación diferencial propuesta por Sutherland y Cressey sostiene que las organizaciones sociales diferenciales están estructuradas en función de diferentes intereses y metas, cuyo vínculo o nexo de unión se constituye en las bases psicológicas de los individuos que, al compartir los mismos intereses se comunican libremente. Esto permite que muchos grupos respalden modelos de conducta delictiva, otros grupos mantengan una posición neutral y otros mantienen una posición neutral.

Estas teorías permiten que el problema de la criminalidad sea abordado de manera científica utilizando la pedagogía y el aprendizaje para modificar esas conductas adquiridas que se han transformado en anómicas. Para esto es necesario generar procesos de capacitación que busquen la resocialización de los sujetos en función de su

³⁹ SHAW, Clifford R. *Delinquency Areas*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois. 1929. En ZAFFARONI, Eugenio R. *La palabra de los Muertos: Conferencias de Criminología Cautelar*. 1º Edición, Ediar, Buenos Aires, 2011, p.181.

⁴⁰ SUTHERLAND, Edwin. *Principios de Criminología*. Chicago: University of Chicago Press, 1939, p.64.

⁴¹ ANIYAR DE CASTRO, Lola y CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminología Sociopolítica*. Ediar, Buenos Aires, 2013, p.127.

recuperación y posterior reinserción social mediante un desempeño digno, traducido en educación, capacitaciones, religión, recreación, entre otros.

3.4.3 Teoría de las subculturas criminales

Albert Cohen es el principal exponente de esta teoría quien, habiendo estudiado el origen de los miembros de pandillas de delincuentes juveniles, determinó que las actitudes que se presentan en la clase obrera, hace que los jóvenes sean menos capaces de beneficiarse de las oportunidades de progreso que se ofrecen ya que están menos capacitados que las personas de clase media y en consecuencia, no se pueden insertar en espacios laborales. Una vez que eran conscientes de esta situación reaccionan rechazando los valores, la responsabilidad y la moralidad y las condiciones que la clase media establecen.

Para este autor las subculturas criminales se constituyen en una solución para estos jóvenes que les permite obtener modelos sociales de éxito por medio de comportamientos de agresión y vandalismo. Al respecto Cloward y Ohlin postularon que los jóvenes que pertenecen a grupos de delincuentes frustrados son diferentes a aquellos delincuentes insertos en grupos que han tenido una exitosa carrera delictiva siendo estos últimos más estratégicos que los primeros y manteniendo condiciones grupales de liderazgo que los diferencian de otros grupos, independientemente de la posibilidad o no de ser castigados por sus conductas delictivas⁴².

Cohen sostiene que los jóvenes que adoptan conductas desviadas han elegido el delito como forma de interactuar en la sociedad copiando las mismas de sus grupos de referencia, en función de sus propios intereses.

Identifica cinco características de los grupos delictivos pertenecientes a la clase social baja, las que componen las subculturas de la delincuencia:

1. **No utilitaria o gratuita:** significa una delincuencia cuyos hechos no persiguen un beneficio económico o un ánimo de lucro determinado, sino que en la mayoría de los casos persigue otros objetivos que les permite

⁴² JIMENEZ, Cristina. *Delincuencia Juvenil y Control Social. De la vulnerabilidad social a la delincuencia juvenil: implicaciones sociales y subjetivas*. Centro de Investigaciones sociológicas de la Universidad Nacional de Tucumán. Tesis de Maestría, 2013, p. 16.

alcanzar gloria o realizar proezas, lo que les otorga una profunda satisfacción.

2. **Maliciosa:** la mayor parte de la actividad delincente de las bandas es “just plain mean”. Su único propósito es causar daño y problemas a la gente, conseguir que su vida resulte infeliz, incomoda y desagradable. Los actos de vandalismo son buenos ejemplos.
3. **Negativa:** la subcultura delincente no tiene unos valores y unas reglas diferentes de las normas que rigen para la gente “respetable”, sino que se produce una situación en la que se da una “polaridad negativa” con las normas de la clase media. Esto es, la subcultura delincente toma las normas de la cultura circundante, pero las invierte, convirtiendo en justo para ellos, lo que resulta injusto para las normas de la cultura circundante.
4. **Hedonismo inmediato:** tienen poco interés en metas a largo plazo, en planificar actividades y en desarrollar actividades que únicamente se puedan adquirir mediante la práctica, la deliberación y el estudio. La subcultura delincente busca una gratificación inmediata. Son jóvenes impacientes, 10 impetuosos y actúan por diversión teniendo poco en cuenta las ganancias remotas y los costes.
5. **Autonomía:** los miembros de la subcultura delincente se oponen a toda restricción o control de su comportamiento excepto cuando este se debe a una imposición informal por otros compañeros de su mismo grupo. Ellos desafían, desobedecen o ignoran la autoridad ejercida por los padres, profesores y otros agentes de control social. La subcultura delincente proporciona a sus integrantes un propósito, una forma de vida, que demanda lealtad, reciprocidad y colaboración mutua, subordinando los deseos o aspiraciones personales a las demandas y prioridades del grupo⁴³.

El autor puso énfasis en el papel que desarrollan las instituciones sociales, entre ellas la escuela, considerando que los jóvenes que pertenecen a estas subculturas delictivas han obtenido bajo rendimiento escolar, el cual es el resultado de un conflicto

⁴³ VÁZQUEZ, Carlos. *Teorías criminológicas sobre delincuencia juvenil*. Uned, Madrid, 2014, p. 81.

entre los valores dominantes de la clase media que predominan en la escuela, los que se contraponen a los valores de las clases bajas.

3.5 Control Social

El concepto de Control Social presenta múltiples interpretaciones y conceptualizaciones. Acuña considera que se identifica con las cuestiones macrosociológicas de instauración de un orden en el que las instancias de control adquieren

...un relieve mayor en el marco de las funciones de la producción del consenso o de represión del disenso. En este sentido, el derecho y la justicia criminal ocupan una posición central y sus funciones principales serán las de censurar comportamientos⁴⁴.

Baratta considera que el control social es horizontal y este es diferente de aquel que se ejerce en las agencias estatales las cuales tienen autoridad legal y están dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta las sanciones legales. “Esto lo convierte en diferente del Control Social Vertical el cual alude al ejercicio de las elecciones electorales, es decir, el hecho de que periódicamente los gobernantes deben rendir cuentas ante las urnas”⁴⁵.

Para Robles el control social es el conjunto de medios por los que un sistema de poder conoce, analiza, evalúa y mantiene sometidos a sus súbditos. El control social es la expresión más directa del poder del grupo sobre sus miembros, para el autor mencionado el poder y control social son términos que se complementan, pues quien tiene el poder ejerce el control y viceversa, quien ejerce el control es el que tiene el poder⁴⁶.

El control social incluye las normas no coactivas como los prejuicios, los valores y las creencias que poseen las personas, y poseen un conjunto de normas sociales que se encuentran implícitas en las diferentes instituciones sociales como son la familia, la

⁴⁴ ACUÑA, Gonzalo, FERRERI, Víctor, SOSA, Jorge, NOCITO, Sebastián. *Núcleos Fundamentales en Criminología Aplicada. Control Social de los Estupefacientes*. Tesis de Maestría. Universidad de Buenos Aires, 2014, p. 12

⁴⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal*. Buenos Aires, Siglo XXI, 1996, p. 42.

⁴⁶ ROBLES, Gregorio. *Sociología del Derecho*. Civitas, Madrid, 1997, p. 138.

religión, los medios de comunicación, el orden de jerarquías, los comportamientos aceptados y los usos y costumbres, y las leyes. Estas normas impuestas en el control social, hacen que una sociedad pueda funcionar, puesto que sería impensado que la misma exista sin normas ya que son las que regulan el comportamiento de los miembros en función de una multiplicidad de factores.

El control social es sostenido por sujetos activos que interactúan dentro de grupos en la sociedad, y que son capaces de producir y aplicar las diversas clases de control social, y este es aplicado en forma imperceptible a sujetos pasivos quienes no perciben del todo que algunas de las normas y acciones que realizan en forma cotidiana, responden a un tipo de control. Los sujetos pasivos el control social presentan autocontrol en sus conductas a fin de adaptarse a las normas y valores de una sociedad y evitar el conflicto⁴⁷.

3.5.1 Control Social Informal

Son aquellos que no están institucionalizados y se ejercen a través de manifestaciones que no alcanzan un cierto grado de precisión y regularidad. Estas normas no están jerarquizadas pero forman parte de las relaciones cotidianas de la sociedad. Un ejemplo de ello son los medios de comunicación social, las normas morales, la costumbre, las reglas de trato social, la moda, entre otros. Éstas no tienen una formalización a través de normas o leyes escritas, pero son más importantes que los formales porque transmiten hábitos, normas y valores determinados.

Los agentes del Control Social Informal son los que intervienen en la socialización de los individuos, la que comienza en edades tempranas y se va reforzando y perfeccionando en la medida que éstos van madurando e integrándose a la sociedad. Constituyen verdaderos instrumentos de los cuales se vale la sociedad ya que imponen sus normas de conducta, valores morales y éticos y su ideología, de acuerdo a las funciones que realicen cada uno de ellos⁴⁸. Condicionan y adaptan a los individuos a las normas sociales de disciplinarlo a través de un largo y sutil proceso que comienza en la familia, continúa por la escuela, la profesión, las instancias laborales y culmina con la obtención de su actitud conformista. Son informales puesto que no tienen un carácter estatal u oficial.

⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control Social y Sistema Penal*. PPU, Barcelona, 1987, p. 63.

⁴⁸ BARATTA, Alessandro. Ob. Cit., p.43

La Familia : Es el primer grupo de referencia para el ser humano, en su seno el individuo no sólo nace, crece y se desarrolla sino también va adquiriendo las primeras nociones de vida e incorpora, a través de las relaciones afectivas con los adultos, vivencias de amor, de respeto, de justicia y de solidaridad..

La escuela: Se le atribuye un papel fundamental al igual que a la familia. A ella se integra el individuo en edades tempranas, cuando ya está preparado para salir del seno familiar y adquirir otros tipos de conocimientos a través de la enseñanza y el contacto con personas ajenas que son portadoras de otros valores. En esta etapa comienza a manifestarse ya la influencia del grupo, cuyas pautas debe aceptar el individuo con el objetivo de formar parte de él, o por el contrario, no aceptarlas, por no corresponderse estas con sus patrones de conducta y normas.

La Religión: Esta siempre se caracterizó por ser un instrumento de dominación muy fuerte. En algunas regiones o países tiene un arraigo muy fuerte dentro de la sociedad, a tal punto que la orientación religiosa de algunos Estados se hace constar en las leyes constitucionales, cuenta con espacios educativos propios y establece un conjunto de normas que les son propias.

Las organizaciones de masas: están insertas dentro de la sociedad como una forma de organización de los individuos, tienen sus propias reglamentaciones y aplican sanciones morales a aquellos que se desvían del cumplimiento de las normas establecidas por la sociedad.

Los grupos informales y la comunidad: constituyen mecanismos independientes del control social informal y tienen una influencia directa sobre los individuos por ser allí donde éstos se desenvuelven. Su rechazo o aceptación resulta de vital importancia para los individuos en su desarrollo social⁴⁹.

3.5.2 Control Social Formal

El control social formal es ejercido por el Estado, el cual tiene un poder coactivo legitimado a través del Derecho.

⁴⁹ BARATTA, Alessandro. Ob. Cit., p.43

Es aquel que se ejerce por las instituciones que integran el sistema penal, como por ejemplo la policía, la fiscalía, las cárceles, los centros de rehabilitación social. Este control está más vinculado al derecho y el orden de una sociedad establecido por el Estado a través de sus normas y ejercido mediante un conjunto de sanciones plasmadas en dichas normas⁵⁰.

El control social formal según Gilbert, descansa en el aparato jurídico y en el aparato represivo del Estado. Se trata de una “organización formal encargada de responder a los quebrantamientos de las leyes establecidas a través de las cortes de justicia mediante el uso de la fuerza pública y la emisión de sentencias para castigar los crímenes cometidos por las personas”⁵¹. Este tipo de control, se caracteriza por tener al Estado como autoridad política ya que a través del marco jurídico promulgará que acciones, y cuáles no, se deben llevar a cabo a fin de garantizar el orden social.

De este modo, se entiende que el control social formal se fundamenta en dos premisas. La primera, que tiene que ver con la aceptación de las conductas o comportamientos que se establece en el marco legal de cada país. En segundo lugar, el control social implica en cómo la sociedad y el Estado responden a las conductas o actividades que afectan el orden social.

El control social formal fija los procedimientos públicos desde las instituciones que lo regulan y habilita a otras instituciones a ejercer los procedimientos necesarios para dar cumplimiento a las normas.

Dentro de esta instancia, se encuentran aquellos organismos que regulados mediante una disposición legal, se encargan de regular sus funciones y objetivos, encaminados principalmente a aportar una vía para lograr el orden social que ha sido quebrantado⁵².

3.6 Características de la Delincuencia Juvenil

Algunos autores consideran que los actos delictivos durante la adolescencia suelen ser manifestaciones pasajeras que forman parte del proceso madurativo de los

⁵⁰ AGUILAR AVILÉS, Dager. “Control social y prevención delictiva: una introducción al tema de análisis de los medios de comunicación social”. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Vol. 20, Nº1, DOI. 10.51896/CCS, 2010, p.27.

⁵¹ GILBERT, Jorge. *Introducción a la sociología*. LOM ediciones, Santiago de Chile, 1997, p.37.

⁵²AGUILAR AVILÉS, Dager. Ob. Cit., p. 27

seres humanos, mientras asimilan las reglas de socialización y van generando el proceso de adaptación a ellas.

Muchas acciones de adolescentes y jóvenes no pasan de ser infracciones leves o menos graves y esporádicas que nunca llegan a la justicia ni requieren intervenciones policiales. Sin embargo existen niños, niñas y adolescentes que presentan conductas más graves y con alguna frecuencia relativa, siendo un grupo que requiere mayor atención por parte de la sociedad en su conjunto.

Los factores que inciden en las conductas delictivas de los adolescentes y jóvenes se vinculan con:

- La inmadurez emocional y psicológica que produce inestabilidad del carácter; el deseo de aventura con afán de riesgo, la carencia de valores, la marginación o la discriminación.
- La gravedad y la violencia ejercida con una falta de motivación aparente e incluso sin una planificación.
- La actuación en grupo con jóvenes de la misma edad es frecuente. Las actuaciones masivas o vandálicas, corresponden a la necesidad de autoafirmación personal (crisis de la adolescencia)⁵³.

3.6.1 Factores Protectores y Factores de Riesgo en la Adolescencia

Todo ser humano se encuentra expuesto a factores de riesgo que influyen en su vida cotidiana. En la adolescencia estos factores son esenciales para la comprensión de las acciones que llevan a cabo diariamente y se convierten en los condicionantes de las conductas que desarrollan.

Los factores protectores son las condiciones o los entornos capaces de favorecer el desarrollo de individuos, o grupos y, en muchos casos, de reducir los efectos de circunstancias desfavorables⁵⁴.

⁵³ HIGUERA GUIMERÁ, Juan. *Derecho penal juvenil*. Editorial Bosch, Barcelona, 2003, p. 47.

⁵⁴ BURAK, Donas. *Protección, riesgo y vulnerabilidad. Sus posibles aplicaciones en la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud integral de los adolescentes y las adolescentes*. Organización Panamericana de la Salud, Caracas, 1998, p.1.

Los factores de riesgo son las acciones, ya sean pasivas o activas, que involucran situaciones de peligro para el bienestar del individuo, o que acarrear directamente consecuencias negativas para su salud o comprometen su desarrollo.

Tanto los factores protectores como los factores de riesgo, se dividen en Individuales, familiares y sociales. A continuación se presenta un cuadro explicativo⁵⁵:

⁵⁵ MARTÍNEZ, Alicia. “Familia y adolescencia. Factores de protección en los consumos problemáticos. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo”. Octubre, 2014, p.18.

Factores Protectores y Factores de Riesgo

FACTORES INDIVIDUALES	
Factores Protectores	Factores de Riesgo
<ul style="list-style-type: none"> • Autoestima y autoeficacia (sensación de logro y valoración a lo que se hace) • Capacidad de comunicación • Crear proyectos personales y sociales • Poseer una escala de valores que canalice las inquietudes y otorgue un sentido a la propia vida • Sentido de pertenencia y compromiso con diferentes grupos e instituciones. Buen rendimiento escolar • Otorgar espacios de diversión y esparcimiento en la vida cotidiana 	<ul style="list-style-type: none"> • Baja autoestima • Escasa tolerancia a la frustración y poca capacidad de espera • Dificultades de comunicación • Falta de proyectos • Sensación de vacío e intrascendencia • Bajo rendimiento escolar. • Pertenencia a grupos delictivos • Utilización del tiempo libre para el consumo de sustancias adictivas. • Uso precoz de sustancias adictivas. • Personalidad dependiente. • Rebeldía y dificultad para aceptar la autoridad.
FACTORES FAMILIARES	
<ul style="list-style-type: none"> • Grupo familiar estable, contenedor, que presenta capacidad para resolver los conflictos que se presentan. • Buen nivel de comunicación entre los miembros de la familia. • La disciplina familiar es consistente, flexible y con permanencia en el tiempo. • El ámbito familiar constituye un núcleo donde se expresan los afectos y permite el intercambio afectivo. • Protagonismo y compromiso social. • Existencia de una red social de apoyo. • Buena utilización del tiempo libre en actividades deportivas, artísticas, entre otras. • Grupo de pares que favorece actitudes de solidaridad y ayuda mutua 	<ul style="list-style-type: none"> • Inestabilidad. Desintegración familiar. • Maltrato físico y/o sexual. • Violencia en el grupo familiar. • Dificultad en la integración. • Disciplina laxa o muy autoritaria. Inconsistente. • Acciones de sobreprotección o abandono • Presencia de conductas de abuso o adicción a sustancias en algún integrante de la familia. • Falta de normas y límites. • Dificultades de integración al grupo de pares. • Grupo de amigos consumidores de sustancias psicotrópicas. • Capacidad recreativa basada en el abuso de sustancias y/o la adopción de conductas ilícitas.
FACTORES SOCIALES Y ECONÓMICOS	
<ul style="list-style-type: none"> • Situación económica estable, destacando que la pobreza no es una condición para la actuación delictiva. • Organización comunitaria participativa. • Espacios comunitarios saludables como polideportivos, iglesias, escuelas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ocio y demasiado tiempo libre. • Desorganización comunitaria • Acceso a drogas • Miembros adultos de la comunidad implicados en actividades delictivas. • Exposición a la violencia

Fuente: Familia y adolescencia. Factores de protección en los consumos problemáticos⁵⁶.

⁵⁶*Ibidem.*

CAPÍTULO IV

MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Como se ha mencionado los jóvenes menores de 18 años de edad no pueden ser pasibles de las mismas sanciones penales que el Estado aplica a los adultos en idénticas circunstancias. Sin embargo es necesario aplicar alguna normativa que de respuesta a las conductas delictivas a partir de brindar tratamientos alternativos e individualizados de protección que les otorgue la posibilidad de apartarse de estos comportamientos, brindándoles herramientas que les permitan integrarse en espacios saludables alejados de hechos delictivos. Estas respuestas se encuentran en las medidas que se llevan a cabo a través de la Justicia Restaurativa.

4.1 Justicia Restaurativa

La Justicia Juvenil Restaurativa es una forma de justicia que aborda los conflictos desde un enfoque social, afectivo, pedagógico y de derechos, orientado por los principios de la protección integral, interés superior del adolescente, pero también a su responsabilidad. Esta justicia busca el restablecimiento de los derechos del adolescente, la toma de conciencia sobre el daño causado, la garantía de los derechos a la verdad y a la reparación integral de la víctima, el reconocimiento recíproco entre las partes y la reintegración a la sociedad, todo ello por medio de un procedimiento que debe contar con la participación activa del Estado, la comunidad y las familias. Persigue el restablecimiento de las relaciones familiares y comunitarias que se han alterado a partir de la reparación y la inclusión social.

Al respecto el Comité de los Derechos del Niño recomienda la aplicación de este instituto a través de la Observación General N°10 y enmarcados en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales.

4.1.1 Conceptualización de Justicia Restaurativa

En referencia a la justicia restaurativa

“el debate se caracteriza por una gran confusión *terminológica y conceptual*, reflejada muy gráficamente por la variedad de términos que se proponen; “Justicia positiva”, “pacificadora”, “relacional”, “reparativa”, restauradora”, “comunitaria”, junto a esos adjetivos aparecen los sustantivos reparación, expiación, indemnización del daño, servicios comunitarios, mediación, etc.”⁵⁷

La calificación restauradora o restaurativa es el justo medio, ya que comprende la víctima, el autor y a la comunidad. Uno de los debates más importantes se centra en la confusión terminológica y conceptual la cual se refleja en la variedad de términos como son: “justicia positiva”, “pacificadora”, “relacional”, “reparativa”, “restauradora”, “comunitaria”, los cuales son acompañados por otros conceptos como la reparación, la expiación, la indemnización del daño, la mediación, entre otros.

Se conforma de un gran abanico de prácticas que buscan responder al delito de un modo más constructivo que lo conocido y aplicado por el sistema punitivo tradicional, ya sea por el retributivo o bien por el de rehabilitación. En este modelo retributivo se resumen la responsabilidad, la restauración y la reintegración, entendiendo que la responsabilidad del autor debe responder por las conductas que ha asumido libremente; la reintegración del infractor y el restablecimiento de los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.

Muchos programas restaurativos, al igual que en la mediación, se basan en la posibilidad del encuentro entre víctima, infractor y/o comunidad, los que no siempre son idóneos ni adecuados. Sólo en algunas instancias se puede actuar de forma restaurativa, aunque el infractor no desee participar, para lo cual hay que recurrir a otros elementos.

La Justicia Juvenil Restaurativa se beneficia del infractor como de la víctima dado que esta obtiene una respuesta rápida que le permite obtener una reparación al daño producido por el hecho delictivo. A su vez la reparación tiene efectos educativos y socializadores para el adolescente que ha infringido la ley al ayudarlo a comprender las consecuencias de su acto y brindando la oportunidad de reivindicarse, transformándose en un ciudadano responsable que contribuye con la comunidad.

⁵⁷ BARBIROTTA, Pablo. Justicia Juvenil Restaurativa. "Ojo por ojo... y el mundo se queda ciego". *Revista Pensamiento Penal*. 2011, p. 3.

La Justicia Juvenil Restaurativa tiende tanto al interés superior del niño, como al interés social de no estigmatizar y confinar en el delito a un joven que recién está formando su carácter. La fuerza con que el ejercicio de la acción penal determina la conducta posterior de los transgresores primerizos es un fenómeno muy evidente. Lo realmente nocivo para los niños fue desde siempre la incriminación precoz, la privación de libertad y la confusión de sus transgresiones, por graves que sean, con el delito adulto, al punto de darles la misma respuesta social y estatal. Esto es el llamado retribucionismo penal, hoy camuflado en un neo-retribucionismo atenuado en casi todo nuestro continente, pero no por más leve la sanción deja de ser sanción, ni por garantizado el proceso penal deja de ser tal.

El postulado ético debe ser alejar a los niños de la justicia retributiva, que es una forma de alejarlos del delito. El nuevo modelo que aquí se propicia, se aleja discrecionalmente del retribucionismo penal y por lo tanto es una herramienta importantísima de acción y también de reflexión y de formación de conciencia. La justicia juvenil restaurativa enseña el arte de “no matar gorriones con cañones”, con esta frase se quiere sintetizar las ventajas educativas, sociales, judiciales y hasta económicas de este nuevo modelo para afrontar las infracciones cometidas por adolescentes y evitar empujarlos hacia la delincuencia”⁵⁸.

Todo niño, niña o adolescente es un sujeto educativo que puede restaurar el hecho dañoso, si se le brindan oportunidades de cambio, privilegiando la solución del conflicto sobre la coerción estatal, donde la víctima tenga un mayor protagonismo.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40, acápite tercero b, dispone:

“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:...

⁵⁸ *Ibidem*.

- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Esta condición de “apropiado y deseable” se refiere al bien o interés del adolescente, no al deseo de la sociedad o del Estado. Agrega luego en el mismo artículo 40 numeral 4:

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”

La Convención realiza así una enumeración no taxativa de las posibilidades de tratamiento de la infracción juvenil. En cumplimiento de este artículo, así como en aplicación del principio de excepcionalidad del sistema de justicia juvenil y en respeto de las obligaciones especiales de protección que se derivan de los artículos 7 y 19 de la Convención Americana, los Estados deben limitar el uso del sistema de justicia juvenil y ofrecer alternativas a la judicialización.

Por ello, el proceso penal juvenil debe contemplar un gran abanico de opciones que posibiliten una vía diferente de la del proceso penal y/o la suspensión del mismo una vez iniciado. Ejemplos de estos mecanismos son la remisión de casos, la probation, la mediación penal, la conciliación, la reparación del daño causado en la medida de lo posible y/o la imposición de determinadas obligaciones a la persona imputada – asistir a un establecimiento educativo o de capacitación⁵⁹.

Para las Naciones Unidas, la Justicia Restaurativa es entendida como una “respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas,

⁵⁹ CICHERO, María.”Proyecciones de la mediación para una justicia restaurativa”. *Revista elDial.com*. Buenos Aires, 2015, p. 14.

infractores y comunidad”⁶⁰. Esta definición incorpora otros valores que la refuerzan: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza, empatía, responsabilidad, respeto, humanidad y sanación, entre otros. Esta amplitud conceptual y filosófica, permite que se la conciba como un paradigma de justicia que fomenta la humanización de la misma.

La justicia restaurativa engloba una serie de principios y valores, directamente emanados de la filosofía que subyace en ella, entre los cuales están: respeto, encuentro, reparación, responsabilidad, seguridad, curación, reintegración y empatía. La ejecución de las acciones propuestas por la Justicia Restaurativa, pueden llevarse a cabo entendiendo que en el acto delictivo están las víctimas a las que hay que brindarles apoyo y contención, pero además se encuentra el infractor a quien se le aplica un castigo constructivo que busca la integración social sin reincidencia delictiva.

Estas prácticas responden a procesos formales e informales que anteceden a las conductas indebidas, los mismos que forjan proactivamente relaciones y crean un sentido de comunidad para evitar los conflictos. El uso de las prácticas restaurativas ayuda a: reducir el crimen, la violencia y el hostigamiento escolar (bullying), mejorar la conducta humana, fortalecer a la sociedad civil, proporcionar un liderazgo efectivo, restaurar relaciones y reparar el daño. Por su parte, la justicia restaurativa es concebida como un subgrupo de práctica restaurativa de carácter más bien reactivo, es decir, que responde de manera formal o informal al delito o a conductas indebidas una vez que estas ocurren.

La justicia restaurativa representa entonces un proceso no adversarial y voluntario basado en el diálogo, la negociación y resolución de problemas. Entonces desde este enfoque, los jóvenes no son vistos como amenazas al orden social sino como miembros de una comunidad que asume la responsabilidad que le corresponde, mientras que al mismo tiempo ellos asumen la propia por lo que han cometido, es decir, se reconoce que en el fenómeno delictual concurre una corresponsabilidad de carácter colectivo. El objetivo es reparar el daño causado por el delito además de reducir la probabilidad de un daño futuro.

En el proceso penal, dentro de las fases de instrucción, enjuiciamiento y ejecución no había espacio para los sentimientos ni las expresiones de los imputados

⁶⁰ DOMINGO, Virginia. “Justicia restaurativa como ciencia penal o social, encaminada a mejorar la justicia”. *Revista Educación Social*, N°67, 2017, p. 4.

No hay espacio para expresar sentimientos, ni emociones, ni deseos; tampoco para la responsabilización personal del infractor, ni para que la víctima conozca la verdad de lo ocurrido. No hay espacio para el diálogo, ni para el perdón ni para la reconciliación, porque ni propicia esos valores, ni tampoco permite que se fomenten, sino más bien, todo lo contrario, acentúa la violencia institucional que conlleva el propio proceso y las posiciones enfrentadas de cada una de las partes. Y esto es precisamente lo que intenta superar la justicia restaurativa...⁶¹

La Justicia Restaurativa se conceptualiza como una fórmula alternativa o complementaria, dentro de la solución pacífica de los conflictos legales. Comenzó a tener mayor protagonismo con el surgimiento del movimiento victimológico, pero sobre todo con la necesidad de crear nuevas respuestas al paradigma retributivo tradicional vigente en el sistema penal. Así la justicia restaurativa buscó la participación de las personas y la comunidad en la cual la víctima concreta, afectada directamente por la infracción, presenta un rol fundamental pudiendo beneficiarse de la restitución o reparación la que queda a cargo del infractor.

Entiende al delito como un generador de un daño en las personas, con un quiebre en sus relaciones, lo que le da la posibilidad de restaurar y reparar. Convoca a la víctima, al delincuente y a la comunidad en una búsqueda de soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y el perdón. Para esto ha desarrollado programas siendo el de la mediación el más conocido, en el cual víctima e infractor pueden reunirse en un escenario seguro y estructurado en el cual hay un mediador penal que los asiste a fin de construir un plan de acción que aborde las consecuencias del delito y sus implicancias en el futuro.

El trabajo de la restauración debe ir unido a la red social, ya que en estos acuerdos se pactan determinadas obligaciones (ejemplo recurrir a un centro de tratamiento por adicción, psicológico, o reparar o devolver algún objeto etc.) que sirven para restaurar las relaciones entre las personas involucradas, teniendo como función también proyectar actitudes que incidan en el futuro comportamiento del ofensor⁶².

⁶¹ PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. "Justicia Restaurativa como nuevo paradigma de justicia penal y penitenciaria". *Revista Crítica* N° 973, 2011, p. 29.

⁶² *Ibidem*.

4.1.2 La Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa

La Declaración de Lima ha definido a la Justicia Juvenil Restaurativa como una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y a las relaciones causadas por el delito imputado. Este objetivo requiere un proceso en el que el agresor juvenil, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que ha originado el delito. No hay sólo un modelo, en distintos ordenamientos la justicia juvenil restaurativa se practica aplicando la conciliación, conferencias en grupo familiar, círculos de sentencia y otros enfoques culturales específicos.

Cuando sea posible deben instaurarse políticas para introducir y aplicar la justicia juvenil restaurativa y aprovechar las prácticas tradicionales inofensivas ya existentes para el tratamiento de niños y jóvenes transgresores a la ley.

El resultado de este proceso incluye respuestas y programas orientados a satisfacer necesidades individuales y colectivas, responsabilizando a las partes y logrando la reintegración tanto de la víctima como del agresor y recomponiendo la armonía de la comunidad.

La justicia juvenil restaurativa no debe circunscribirse sólo a delitos menores o a agresores primarios. La experiencia muestra que también puede jugar un papel importante en el abordaje de delitos graves. Es importante no limitar esta práctica a casos aislados en justicia juvenil, sino más bien desarrollar e implementar políticas de prácticas restaurativas proactivas, como por ejemplo, en las escuelas.

La justicia vista así, es una forma de atender y entender a los niños y adolescentes que están en conflicto con la ley y contribuir a su reintegración a la sociedad y los apoya para asumir un rol constructivo dentro de ella, fortaleciendo su sentido de la responsabilidad, del respeto y en el entendimiento de lo que significan los derechos humanos y las libertades fundamentales de los demás, en este caso de la víctima y otros miembros afectados de la comunidad. La justicia restaurativa es un instituto que fomenta el sentido de dignidad y valor del adolescente.

4.1.3 Reglas para el uso de la Justicia Restaurativa instrumentadas en la Declaración de Lima

La justicia juvenil restaurativa debe emplearse solamente cuando exista evidencia suficiente para acusar al niño y/o adolescente imputado, y cuando se cuente con el consentimiento libre y voluntario del supuesto infractor y de la víctima, el que podrá ser retirado en cualquier momento durante el proceso. Los acuerdos serán voluntarios y contendrán únicamente obligaciones razonables, proporcionales y de fácil cumplimiento, para no frustrar a los protagonistas.

La víctima y el joven, conforme a la ley, tienen el derecho de recibir asesoría legal, y ambos, cuando la víctima resulte menor de edad tienen el derecho de recibir asistencia por parte de sus padres o tutores o por el representante del Ministerio Pupilar o Asesor/a de Menores, bajo sanción de nulidad.

La víctima, el infractor y los representantes legales de este último, deben estar completamente informados de sus derechos, la naturaleza del proceso restaurativo y las posibles consecuencias de su decisión.

El resultado del proceso tiene los mismo efectos que cualquier otra decisión judicial o sentencia, como el principio “Non bis in idem”⁶³.

Las prácticas de la justicia restaurativa promueven la solución de conflictos de manera participativa. A estos fines la Organización de las Naciones Unidas en su documento de Promoción de la Justicia Restaurativa para Adolescentes, abordó los beneficios de la siguiente manera:

Para el joven agresor:

- Asumir la responsabilidad y cambio de comportamiento: la dimensión participativa de la justicia restaurativa proporciona a los/las jóvenes la oportunidad de entender plenamente la magnitud del daño ocasionado y ser parte de una respuesta constructiva.
- Sentirse respetado y escuchado durante el proceso de justicia restaurativa: en la base de la justicia restaurativa está el requerimiento de que el/la joven infractor

⁶³ *Ibidem.*

y la víctima acuerden participar de un proceso restaurativo donde cada uno sea tratado con respeto para expresarse, ser escuchado y entendido y así juntos desarrollar una solución al conflicto. La evidencia internacional indica que estos procesos restaurativos generan resultados muy positivos en términos del sentido de justicia y equidad para el/la joven infractor, además de sentirse libre de expresarse a su manera, en un ambiente cómodo y seguro, rodeado de una red de apoyo con sus padres y delegado del caso.

- Evitar los efectos negativos de la privación de libertad: los procesos de justicia restaurativa permiten guiar la delincuencia juvenil y hacer rendir cuenta de sus acciones al joven infractor, al mismo tiempo que se les protege de los efectos nocivos de la privación de libertad que han sido ampliamente documentados.
- Libre de estigma: se ha demostrado que el hecho de que una persona esté involucrada en el sistema de justicia implica el mismo estigma social que provoca la delincuencia.

Para la víctima:

Los procesos de justicia restaurativa se caracterizan por un mayor involucramiento de la víctima, contrario a lo que ocurre en los procesos de justicia convencional, donde sólo intervienen el Estado y el joven infractor.

La evidencia internacional sugiere que las víctimas indican sistemáticamente que su visión es más respetada en procesos de mediación que en aquellos impuestos por el juez, además de que resulta más probable recibir una disculpa por parte del delincuente.

Para la sociedad:

El costo de que un adolescente cometa un acto delictual es bastante alto no sólo para su persona, sino también para la sociedad en su conjunto. Por un lado, están los costos directos y medibles asociados al procesamiento judicial y a la privación de libertad del/la joven. Existe una importante diferencia en el costo monetario para el Estado entre la institucionalización versus programas de justicia restaurativa basados en la comunidad, ya que si se dispusiera la internación, implica un costo de hasta doce veces más por persona.

Por otro lado, están los costos indirectos y más difíciles de medir como la pérdida del/la joven en una vida de delincuencia y los efectos que ello conlleva sobre el tejido social. Más aún, reducir la reincidencia conlleva beneficios secundarios.

4.2 Mediación Penal de Menores

El tema se plantea en función de las posibilidades que brinda la legislación argentina respecto de introducir la institución, como fórmula de resolución de conflictos en el ámbito de los jóvenes en conflicto con la ley penal.

En principio, debe reconocerse que aún se aplican en Argentina medidas tutelares, no obstante la sanción de la ley 26.061 en diciembre de 2.005, que perduran como resabio de un sistema proteccionista imperante desde el primer cuarto del siglo XX y que están reñidas con el sistema de garantías que establece la Constitución Nacional.

Este punto no resuelto, dificulta el tratamiento de la cuestión enunciada y pone de relieve otro, que tiene que ver con el instrumento que permite analizar cuándo una acción realizada por un niño o joven debe ser atrapada por la estructura del derecho penal.

El proceso de interacción entre autor y víctima debe realizarse utilizando una instancia de mediación la que debe llevarse a cabo con especialistas en el tema, y puede durar mucho más tiempo que el proceso mismo, pero que deberá tener como objetivo la reafirmación de la norma jurídica violentada que se pone de manifiesto mediante la concientización de la conducta infractora⁶⁴. En la mediación se supone la reparación voluntaria del injusto a través del reconocimiento de un accionar equivocado, ya que su objeto está, en lo posible, volver los términos de la relación víctima-victimario, al estado anterior de los hechos antijurídicos y restablecer así, la paz social.

Sin embargo en la actualidad es imposible no judicializar el conflicto, dado que los mecanismos de mediación-reparación deben realizarse dentro del proceso, en cualquier momento del mismo y deben tener efectos al dictarse la resolución judicial, que busquen excluir o disminuir la pena. Se debe tener en cuenta que es posible que

⁶⁴ MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted. "En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa". En://www.iirp.edu/news/en-busca-de-un-paradigma-una-teoria-sobre-justicia-restaurativa. Río de Janeiro, 12 de Agosto de 2003, p.1. (Visto el 10/02/2021)

genere un alto rechazo social, ya que la legislación actual carece del principio de oportunidad.

La mediación es viable para aquellos autores primarios que puedan comprender los alcances de solucionar un conflicto dentro del marco de origen. Los menores inimputables, por su corta edad, carecen de la posibilidad de comprender las prescripciones de la norma, así como las consecuencias de sus propios actos; adolecen de madurez para llegar a un punto de negociación en el conflicto y tampoco podría esperarse que se comprometan responsablemente con su acuerdo y puedan sostenerlo en el tiempo⁶⁵.

4.2.1 La reparación

Se ha denominado mediación-reparación a la institución que pretende resolver los conflictos sociales del orden penal dentro del marco del acuerdo de voluntades, devolviéndole a la víctima un rol preponderante y proporcionándole al autor la posibilidad de comprender su acto equivocado, contrario al derecho, propiciando su arrepentimiento que se traducirá en una manifestación de confianza en las normas jurídicas, conllevando seguridad y restableciendo la paz social. Con estos objetivos se complementan tal vez de manera más humanitaria los fines del derecho penal general, debiendo la mediación-reparación implementarse dentro del proceso, con control judicial, siendo esta la única alternativa dentro del régimen jurídico penal argentino por el momento.

La mediación específicamente tendrá lugar en un ámbito especializado y demandará esfuerzos y desarrollo de capacidades individuales que no siempre arribarán a soluciones satisfactorias.

Roxin⁶⁶ ha sostenido que cuando no sabemos si podemos ayudar al delincuente mediante el derecho penal, en el sentido de lograr su resocialización, deberíamos por lo menos auxiliar a la víctima; ya esto constituiría un avance frente al derecho penal anterior, circunscrito a las penas y a las medidas.

⁶⁵ CHAPUY, Juan. “La justicia restaurativa, nuevo paradigma”. En: <https://www.grupoprofesional.com.ar/blog/justicia-restaurativa/> 2021, p. 1. (Visto el 10/02/2021)

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. T.1. Trad. De Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remsal. Ed. Civitas, Madrid, 1997, p.86.

Sin embargo, esta aseveración no resulta pacífica ya que el Proyecto Alternativo de la Reparación sostiene que la misma puede ser aplicada a todos los delitos y a todos los delincuentes, dándole por ello la denominación de “principio de aplicabilidad universal”⁶⁷.

El proyecto señala que la reparación debe en primer lugar realizarse a favor del perjudicado; cuando esto no sea posible, no se obtiene ningún resultado o no es suficiente en sí misma, puede tenerse en cuenta la reparación a favor de la comunidad (reparación simbólica).

Tanto la reconciliación como la mediación deben considerarse como la consecuencia directa de tres movimientos contemporáneos, por un lado la creciente preocupación por las víctimas y el rol que juegan en el proceso penal; por el otro está la falta de satisfacción que resulta de las maneras de castigo establecidas al ofensor y por último, la conciencia de que existen nuevas alternativas de reparación, las que no necesariamente tienen que ser económicas.

Lo dicho implica la puesta de ciertos límites a la potestad punitiva del Estado, como también la participación protagónica de la víctima y el acuerdo del conflicto, al que se llegó sobre ciertas premisas que deben tenerse en cuenta como por ejemplo, la confrontación entre ella y el victimario, la estimulación de sentimientos de buena vecindad y la posibilidad de que autor y damnificado se involucren en la resolución de las diferencias que los afectan en lugar de delegarlas en otros organismos que seguramente realizarán una (otra) interpretación propia del conflicto.

La mayoría de los programas que siguen esta orientación se han iniciado como alternativas previas a introducir a un niño en el sistema criminal; estas son las experiencias que se han realizado tanto en Estados Unidos como en Canadá y Europa; posteriormente en varios países de América Central y del Sur.

En el sistema penal para los jóvenes delincuentes, se sigue aplicando en Argentina, el Decreto Ley 22.278, por lo que no se puede dejar de mencionar la prescripción que contiene el art.4º últimos párrafos, cuando permite la absolución del

⁶⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “La tercera vía”. *En la Mediación penal*. Planeta, Barcelona, 1999, p.109.

imputado teniendo en cuenta la modalidad del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión recogida por el juez.

En este marco es posible considerar que un acuerdo entre las partes, o la reparación del daño a satisfacción de la víctima, son circunstancias que pueden influir en el ánimo de la decisión discrecional del magistrado que debe aplicar la consecuencia jurídica.

Debe entenderse que a partir de 1995 la institución que ocupa el presente trabajo, ha sido recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y más recientemente por el Consejo de Europa, quienes además de propiciar y destacar los beneficios de la mediación, han logrado que gran parte de los países de Europa y América la instituyan a partir de su inclusión en la legislación penal juvenil⁶⁸.

La Convención sobre los Derechos del Niño en el art.40.3.b) recomienda la adopción de medidas para tratar a los niños que hayan cometido infracciones a las leyes penales sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos y garantías legales.

En este punto convergen mejor las opiniones que consideran que allí tendría cabida la mediación-reparación como solución alternativa a las penas y medidas de seguridad. Establece el Art.40.3.b de la CDN (1989): “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: (...) b. Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán los derechos humanos y las garantías legales”.

4.2.2 Requisitos

Como se acaba de sostener, es necesaria la instauración del principio de oportunidad procesal y de una ley que implemente la mediación-reparación, ya que por

⁶⁸ RÍOS MARTÍN, Julián y OLALDE ALTAREJOS, Alberto. “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”. *Revista de Mediación*, Vol. 4, Nº8, 2011, p. 14.

el momento esta institución sólo puede considerarse una alternativa a la pena y no una alternativa al proceso.

Sin embargo, debe quedar claramente expresado que esta alternativa a la pena cumple las expectativas de los fines tradicionales del derecho penal y que en principio, sólo podría aplicarse a cierto tipo de delitos considerados de menor cuantía, delitos patrimoniales y delitos no violentos.

La mediación no debe entenderse como respuesta única y definitiva al problema de la criminalidad ni adulta ni juvenil, sólo es una posibilidad de resolver algunos conflictos sociales.

Hay que destacar que no podrá operar en delitos donde se encuentren involucrados los llamados “intereses difusos de la sociedad”, tampoco donde falta la voluntad de las partes para llegar a esa solución, o cuando a pesar del esfuerzo deba considerarse el fracaso de la negociación, y en todo caso también deberá indicarse que el incumplimiento posterior al acuerdo de mediación-reparación, importará la continuación del proceso unido a las garantías constitucionales, entre las cuales tiene especial relevancia el principio de inocencia.

En los delitos sexuales inmersos o no en un marco familiar y en aquellos considerados como de violencia moral, los instrumentos con los que se realice la mediación deberán atender a la especificidad de la problemática de que se trate⁶⁹.

4.2.3 Posibilidad de desjudicialización del procedimiento penal de menores

Si bien se contempla el tema dentro del sistema de sanciones penales, también aparecen nuevas prácticas de integración de la mediación y la reparación a nivel extrajudicial, respetando en todos los casos en los que se quiere ir más allá de la simple reparación material, la voluntariedad de los infractores (o de los condenados).

Contemplada la mediación y consiguiente reparación como un mecanismo de desjudicialización, las características que la definen, modifican sustancialmente el sentido de la reacción social frente al delito. Desde esta perspectiva, se apela al principio de oportunidad, con el objetivo de evitar el inicio de un proceso penal. Se

⁶⁹ *Ibidem.*

trata de dar a las partes la opción de resolver el conflicto teniendo en cuenta los derechos e intereses del autor y la víctima, y evitar el riesgo de estigmatización (generalmente) del joven infractor⁷⁰.

Las normas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores, indican que cuando proceda, se examinará la posibilidad de ocuparse de los menores infractores sin recurrir a las autoridades competentes, para juzgarlos oficialmente; que la policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupan de los casos de delincuencia de menores, estarán facultados para fallar en estos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas; que toda remisión que supone poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo, estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o tutor, a pesar de que la decisión relativa a la remisión del caso se someterá a examen de la autoridad competente, cuando se solicite.

Ello se basa en el principio de oportunidad y en la mediación de los casos para llegar a la tramitación discrecional. Aunque no todas relacionadas con la mediación, existen propuestas respecto de la sentencia y la resolución, que permiten una diversidad de respuestas, como ser órdenes de prestación de servicios a la comunidad, sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones, entre otros.

La Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas, produjo un cambio sustancial en materia de derecho de menores, al superar la doctrina de la situación irregular que consideraba a los menores como objetos de protección, mediante la adopción de la doctrina de la protección integral, que considera al niño y al adolescente como sujetos de derechos y garantías plenas. Contempla como deseable, la posibilidad de establecer medidas adecuadas para tratar a los niños infractores sin utilizar procedimientos judiciales, siempre que se respeten sus derechos humanos y las garantías legales.

⁷⁰ *Ibidem.*

4.2.4 Características de la mediación penal

Múltiples conflictos penales que involucran acciones delictivas consumadas o tentadas, pueden ser resueltos por mediación o conciliación, contando con la voluntad favorable de las partes; como ya sabemos, dicha mediación nunca puede ser impuesta en materia penal.

A veces, el victimario y la víctima se conocen antes de ocurrido hecho delictivo, por lo que habrá que restablecer en la medida de lo posible esa relación; otras, deberá la pareja penal, asumir sus culpas. Cabe aclarar, que no siempre la víctima tuvo frente al infractor una conducta normal o inocente. La victimología ha demostrado desde sus primeros pasos, con cientos de miles de ejemplos, que el llamado sujeto pasivo, ha colaborado con sus actitudes “de víctima” en la consumación del delito de modo inconsciente, y en oportunidades, no tan inconsciente. Mediación y arribo a la conciliación para regular el conflicto, implica voluntariedad⁷¹. La propuesta puede ser judicial o privada, según el sistema que se adopte, pero son tan sólo las partes, con la ayuda del mediador o frente a la propuesta del juez o del ministerio público, las que pueden o no, aceptar las reparaciones que se ofrecen.

Las partes, como se ha mencionado, son las dueñas del conflicto, pero podría ocurrir que la víctima renuncie o se declare renuente a continuar, por motivos que se reserva o que le afecten repentinamente en su sensibilidad, o se angustie y por eso, decida no continuar, o que el victimario no concuerde y también renuncie a la búsqueda conciliatoria.

Más allá del trabajo, los esfuerzos y los dones de generosa calidez del mediador, o de la actitud judicial, para intentar un nuevo avenimiento, el hecho de haber aceptado la posibilidad de no ingresar o de retirarse del procedimiento judicial normal, significa que las partes no están impelidas y obligadas a acordar. No existe tampoco el pago de un precio a cambio de la impunidad penal⁷².

Los principales aspectos de la mediación penal, requieren un plan concreto con miras al futuro que sea posible de cumplir por las partes; que ellas, al aceptar, tengan bien claras las decisiones y sus alcances; y la posibilidad de que el arribo a una solución

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² *Ibidem.*

en el conflicto, haga que los intervinientes reduzcan sus tensiones y angustias generadas por delito. La mediación como alternativa del juicio y de la pena, debe tener las siguientes características esenciales:

a) Resarcitoria: por los daños irrogados, quedando la causa, de esta manera, archivada de modo definitivo (o condicional, según la legislación de que se trate).

b) Moral y social: en ciertos casos, por ejemplo: mujeres y niños lesionados por padres golpadores y otros problemas familiares, se trata de no llegar a abrir causas penales, derivando el conflicto a la mediación.

c) Resarcitoria y moral: ayuda a que las partes se pongan de acuerdo en el monto del perjuicio y, si la ocasión se presta, a estudiar conjuntamente las causas del conflicto, lo que puede generar el establecimiento o restablecimiento de otro tipo de vínculos⁷³.

En todos los casos, se desentornilla esa legitimación muda de la comunidad social frente al sufrimiento y victimización del infractor. Es posible que la utilización continuada de estos modelos adquiera trascendencia cultural y, en su consecuencia, permitan a la sociedad, en un tiempo futuro, sublimar esa suerte de sentimiento vindicativo ínsito en la pena.

4.2.5 El proceso de mediación

Los encuentros víctima-victimario son personalizados, entre el autor y la víctima de un acto delictivo. Esto le permite a la víctima una participación en el acto, gozando de la oportunidad de obtener las respuestas que necesita a fin de comprender su problema.

Para el infractor, la participación de la víctima, puede resultarle igualmente dolorosa. Es indiscutible que muchos seres humanos no quieren pasar por la experiencia en una primera instancia, sin embargo un segundo encuentro puede brindar algunas alternativas más positivas. Muchas veces, si la situación se conformara de modo que las razones pudieran darse desde el punto de vista de las partes y no sólo de los abogados, quizás la situación no sería tan humillante, principalmente si la cuestión central no fuera atribuir culpas, sino profundizar en un diálogo o discusión bien entendida sobre lo que

⁷³ *Ibidem.*

podría hacerse para enmendar lo hecho, siendo esto exactamente lo que puede suceder al hacer participar a la víctima en su caso, se prestaría más atención a las pérdidas y a su sufrimiento, con la consiguiente reflexión dirigida a tomar conciencia de cómo se pueden aliviar. Esto lleva a una discusión sobre la reparación, pudiendo el causante cambiar su situación, es decir, de ser sólo un espectador en el tema a la espera de la pena que debe recibir, pasar a reflexionar cómo podría corregir su conducta y reparar el daño.

En el sistema tradicional, el delincuente pierde la oportunidad de ser comprendido, buscar una reconciliación y por qué no, hasta ser perdonado; mientras que la víctima, a su vez, recupera la posibilidad de ser oída, obtener reparación, comprender, ofrecer reconciliación y hasta perdonar.

4.2.6 Admisión de la responsabilidad

Durante el proceso de mediación no se determina la responsabilidad del imputado, sino que la aceptación de los hechos y su participación se considera como el requisito fundamental para poder iniciar una mediación entre éste y la víctima.

La declaración de culpabilidad constituye uno de los problemas más importantes de la justicia juvenil por lo que resulta indispensable, que la participación en el proceso de mediación sea voluntaria, y no durante el proceso judicial, sino antes de que se inicie la acción.

En el sistema de justicia juvenil, también se ha significado que la declaración de culpabilidad se utiliza en casos de complicidad con adultos, en supuestos en que los menores, seguramente especulando con su inimputabilidad y la mayor flexibilidad de las medidas socio-educativas, encubren a los partícipes mayores de edad. Estos casos, representan una mayor complejidad para el proceso de mediación o conciliación que debería encararse adecuadamente.

4.2.7 Intimidad, confidencialidad y respeto

“...se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento” (CDN, 1990). La mediación requiere ampliar el plano de los hechos y la inclusión de

preguntas o información sobre situaciones o intereses particulares que puedan exceder el contenido de la infracción. Al respecto, parece necesario reforzar el requisito de participación voluntaria y cuidar que el mediador no invada áreas de la esfera personal en forma violenta, y se mantenga en la certeza de que es necesario para el bienestar del niño o adolescente.

4.2.8 Desarrollo del sistema de mediación penal

Los primeros programas de justicia reformativa, cuando ni siquiera se usaba esta terminología, estructuraron sesiones de diálogo entre pequeños grupos de presos en institutos carcelarios, como en Estados Unidos y Gran Bretaña y víctimas de delitos, aunque no con las propias víctimas de cada delito. Luego se desarrollaron sistemas que fueron más allá, que son los actuales, en que las entrevistas se realizan entre víctima y victimario.

Aunque existen diferencias entre los distintos proyectos, en términos generales puede describirse de cómo se aplica la mediación víctima-infractor.

En principio, el caso llega al centro o institución de atención por derivación, del Tribunal, policía, Fiscalía, abogado defensor, agencia de ayuda a las víctimas, etc. El criterio clásico es que debe establecerse previamente, por lo menos, que se haya quebrantado la ley y que el acusado se corresponda con el individuo en particular que ha cometido el hecho, pues debe existir alguna asunción de responsabilidad, para participar en la mediación.

Existen distintos pasos, pero dentro del modelo tradicional de mediación víctima-victimario, puede resumirse el procedimiento de la siguiente manera:

- Fase de admisión
- Fase de preparación de la mediación
- Fase de mediación
- Fase de seguimiento

El procedimiento de admisión, es muy importante y tiene por objeto identificar qué casos son apropiados para llevar a cabo la mediación. La víctima tiene que estar

dispuesta a participar y a enfrentar la situación, estableciendo un vínculo con el autor del hecho; no se podría, si está sufriendo tal dolor, que no esté en condiciones de hablar por sus propios medios y según sus ideas o convicciones, o que no esté en estado de escuchar, no puede tener como único objetivo denigrar y maltratar a su ofensor. Al mismo tiempo, respecto del victimario, debe tratarse de una persona susceptible de rehabilitación; debe mostrar cierto grado de arrepentimiento; debe también estar en condiciones personal de hablar, escuchar atentamente y establecer un diálogo, por lo cual no puede ser por ejemplo, un usuario no tratado dependiente de drogas, estupefacientes, alcohol, etc..

Sin embargo, debe existir cierto marco de seguridad para la víctima, procurando evitar una re-victimización.

Se realiza una visita o reunión preliminar, con cada parte en forma separada para oír su versión sobre los hechos, ofrecer información sobre el servicio de mediación y evaluar si la misma es adecuada al caso. Además, para ver si los involucrados en el hecho, están dispuestos a servirse del programa de mediación, pues aunque haya existido una derivación judicial, la participación es voluntaria como ya se dijera, ya que luego de una sesión informativa, las partes pueden decidir no continuar.

El trabajo preparatorio puede ser difícil y llevar varias sesiones de pre-mediación, a fin de que cada uno piense, analice sus sentimientos y sepa que va a querer decir cuando esté frente al otro; se tiende a lograr que los participantes entiendan el sentido de hacerse cargo y tomar responsabilidades. En estas entrevistas, el mediador trata de establecer un nexo con cada uno y de obtener su confianza.

Luego hay una primera reunión conciliatoria entre la víctima y el autor que constituye el punto crítico. Es el momento del enfrentamiento cara a cara y es crucial para determinar si es conveniente completar el intento propuesto, ya que en los programas que reciben derivación de los jueces, el acuerdo pasa a formar parte del expediente al integrar los registros oficiales del Tribunal, de manera que el seguimiento es muy importante. El acuerdo no necesariamente obliga al juzgador. El encuentro se lleva a cabo en un lugar neutral donde los intervinientes se sienten igualmente cómodos. Si el mediador ha hecho bien el trabajo previo y ha obtenido la confianza y legitimación

suficiente, toda la mediación se llevará a cabo en reuniones conjuntas y pocas veces será necesaria la reunión privada con cada una de las partes.

En algunos supuestos –aunque no es lo ideal para quienes promueven la comunicación y el diálogo restaurado -, cuando la víctima quiere participar en la mediación pero no desea encarar al delincuente, el facilitador puede intervenir yendo y viniendo con información, preguntas, etc. y eventualmente, ayudando a llevar a cabo la negociación entre las partes, sin que éstas deban enfrentarse.

Si el infractor no cumple con lo establecido en el acuerdo, el magistrado interviniente puede imponer la sanción penal, la cual se evaluará según el caso y el estado del proceso criminal en que se haya efectuado la derivación, pudiendo estar o no determinada previamente. Más la fase de seguimiento por parte del mediador, no sólo tiene objetivos de control de cumplimiento, sino que refuerza la responsabilidad de quien debe dar cuenta de lo hecho, humaniza más aún el proceso, ratifica la ruptura con los estereotipos, permite la renegociación si existen problemas posteriores, da oportunidad de reconciliación, etc..

Agregando palabras de Elías Neuman, “el incumplimiento de lo convenido por parte del infractor, da lugar a que la víctima haga saber al juez de la causa de esa situación, donde seguramente el juicio penal se reabre”⁷⁴.

4.2.9 Mediación aplicada a delitos graves

Al decir de Elena Highton, se observa una tendencia a someter a mediación a los delitos menos graves, aunque algunos entienden que ello se debe más a las prácticas procesales, los casos graves en que efectivamente se medió, han demostrado su utilidad y que, tanto el autor como la víctima, vivieron este proceso con verdadera conciencia de la importancia y significado que tenía para ellos.

La mayoría de los programas de mediación víctima-victimario, trabajan solamente con hechos cometidos por jóvenes, cuando además, se trata de acciones no violentas, especialmente en los delitos contra la propiedad. Sin embargo, se ha hecho ensayos sobre la aplicabilidad de este instituyo en materia penal en casos de crímenes severos y violentos, inclusive de homicidio, comenzándose a observar que la

⁷⁴NEUMAN, Elías. *Mediación y conciliación penal*. Depalma, Buenos Aires, 1997, p.29.

confrontación con el ofensor, en un ambiente seguro y controlado, con la ayuda de un mediador, devuelve a la víctima su desaparecido sentido de estar a salvo y tener el control de su propia vida. De ahí, que cada vez más programas, advierten que un encuentro cara a cara puede ser invaluable, hasta en los crímenes más horribles, por lo cual están ampliando su visión para incluir la mediación de casos cuidadosamente seleccionados de crímenes serios.

Casi siempre, los casos se someten a mediación a iniciativa de la víctima y solamente después de muchos meses (a veces años) de trabajo y preparación con un mediador especializado y calificado, en colaboración con el terapeuta de la víctima y otros profesionales adecuados a lo especial de la situación. Se realiza la preparación particularmente, para asegurar que no haya re-victimización de ninguna especie, en el encuentro de mediación. La participación deber ser totalmente voluntaria, tanto para la víctima como para el victimario. Los mediadores revisan los casos y en todo momento el proceso tiene como norte el cuidado y seguridad de la víctima.

4.2.10 Selección de los casos

La mediación no es recomendable para todos los casos, como tampoco para la mayor parte de las víctimas y sus autores. Cada caso debe ser cuidadosamente evaluado. Para esto existen instrumentos específicos que permiten identificar candidatos apropiados a las intervenciones que surgen de la justicia restaurativa, también existen riesgos, sobre todo cuando se trata de participantes en crímenes severamente violentos.

Los requisitos de los autores implican que estos admitan su responsabilidad y manifiesten arrepentimiento, como también el deseo de reparación del daño, a fin de ingresar como aspirantes de la mediación. Los requisitos de las víctimas implican que presenten un consentimiento informado.

En los delitos menores el propósito principal es llevarlos a la mesa de mediación. Mientras que en los crímenes serios o violentos, la mediación funciona como la culminación de un proceso en el que el trabajo puede ser más complejo. Al momento de llegar las partes al encuentro, se tendrá claro que piensan y sienten sobre el crimen y sus efectos, así se sabrá que se quiere comunicar durante la sesión y se tendrán en cuenta que resultados desean lograr. Mediar el conflicto puede no ser la tarea primordial de la reunión. Las reuniones de mediación en los casos donde hay vidas

perdidas pueden ser imposibles, en consecuencia estos modelos, ante estos delitos, tienen poca aplicabilidad. Un aspecto importante para mediar en estos casos, es el de proveer a las víctimas de crímenes violentos la oportunidad de tener un encuentro estructurado, cara a cara, con el autor del hecho, en un ambiente seguro, para facilitar el proceso de recuperación.

El objetivo de la mediación en el caso de un crimen, es el de ofrecer una oportunidad para que la víctima (o sus familiares) y el ofensor, contribuyan a que el otro se recupere al compartir el dolor y el arrepentimiento. Cabe preguntarse si a este procedimiento se le puede llamar *mediación*, cuando se ofrecen disculpas verdaderamente sentidas desde el corazón y las partes pueden hablar de perdón. En realidad, no se busca el perdón y este procedimiento no tiene este fin, pero ofrece un espacio abierto en el que el perdón puede suceder si las víctimas desean considerarlo.

Aunque se sabe que el derecho penal está centrado en el autor del hecho, y que con la mediación penal se está concediendo una ventaja para el infractor, este tipo de programa se puede desarrollar con una importante atención a la situación de la víctima del delito grave y a su asistencia. El caso se iniciaría con su participación en el programa y cada una determinaría los objetivos básicos que espera ver cumplidos, y la forma y alcance que quisiera dar a su proceso. Si se considera que cada quien maneja su dolor de diferente manera, se puede decir que: algunos, tratan de olvidar lo ocurrido y dejan todo atrás; otros, abatidos por la depresión y el desconsuelo, se tornan destructivos; otros, gozando de una contención familiar favorable, siguen con sus vidas; y otros, que necesitan respuestas a sus preguntas, y que sólo se las puede dar el autor del hecho, quieren oírlo admitir su culpa y responsabilidad.

CAPÍTULO V

PROCESO PENAL JUVENIL

La Justicia Penal Juvenil se caracteriza por buscar el bienestar de los adolescentes que han infringido la ley penal, por lo que las respuestas del Estado deben ser inmediatas y enmarcadas en la concepción del infractor como sujeto de derecho, asegurando sus garantías durante todo el proceso. Al respecto se debe tener en cuenta la edad, madurez, la opinión y los intereses del niño, niña y adolescente junto con los intereses de la sociedad. Dado que la intervención estatal puede tener un impacto negativo en la vida de los infractores, es que se recomiendan intervenciones mínimas y que el proceso judicial sea un recurso excepcional, como también que la internación sea considerada como la última instancia y durante el menor tiempo posible. Para esto se deberá recurrir a mecanismos de desjudicialización en las infracciones que no revisten gravedad. Por último se considera que la respuesta judicial debe ser proporcional tanto a las circunstancias del delito como a las circunstancias personales del adolescente que ha cometido la infracción. A fin de cumplir con lo expuesto, se requiere que los operadores de justicia tengan una amplia discreción en sus decisiones así como una alta especialización en justicia juvenil. Es por esto que las intervenciones deben ser interdisciplinarias, compuestas por equipos de abogados, psicólogos, trabajadores sociales y operadores territoriales a fin de contar con el apoyo adecuado para los niños, niñas y adolescentes.

5.1 Aplicación de la Ley 6.354

Dentro del Proceso Penal Juvenil se procura la protección integral de los derechos de los infractores, por esta razón se crearon programas destinados a este grupo que permitieran un abordaje responsable de los adolescentes y sus familias. Este sistema comprende a los jóvenes entre 16 y 18 años de edad que hayan cometido delitos y que se encuentren en seguimiento por Juzgados Penales de Menores de Mendoza.

La aplicación de la ley queda en manos del Juez Penal de Menores quienes deben aplicar y controlar las medidas de protección, en cumplimiento además, del art. 4 de la Ley 22.278, constituyendo lo que este llama “tratamiento tutelar” y se sustancia

en forma separada, es decir, por medio de actuaciones que se radican en el Juzgado. Se trata de un expediente paralelo al proceso donde se investiga el hecho ilícito que se atribuye al menor y que dirige el Fiscal.

La aplicación de las medidas de protección implica la construcción de informes psicológicos, psiquiátricos, ambientales, situacionales y todos los que sean necesarios a fin de buscar la intervención más adecuada, los que son realizados por profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario y en algunos casos, otros efectores. También surgen resoluciones como resultado de la revisión, modificación, sustitución o revocación, cuando las partes (también fiscal y defensor) peticionan a través de sus dictámenes respecto de las medidas de protección impuestas.

Paralelamente a dicha intervención, se trabaja en forma coordinada con los profesionales de la Unidad de Medidas Alternativas a la Prisión (UMA), organismo del Poder Ejecutivo, quienes también coadyuvan aplicando distintas herramientas y estrategias como medidas más convenientes en el caso concreto.

La supervisión de la aplicación de diferentes medidas queda bajo la lupa del Juez Penal de Menores, a quien se lo cuestiona considerando que de esta forma desnaturaliza la función judicial de protección de derechos, dado que al realizar el seguimiento de las medidas, puede transformarse en un “padre de familia”. Sin embargo tanto la imposición como el seguimiento de la aplicación de este tipo de medidas, involucra al juez ya que conoce al menor y su ámbito familiar, como también las circunstancias que motivaron el inicio del proceso penal en el cual se encuentra imputado, peligrando su posición de tercero imparcial y garante de las reglas del proceso, entre las que se incluye la de asegurar el pleno desarrollo de los roles procesales de cada una de las partes.

5.2 Medidas aplicadas a los menores infractores

Las medidas que se aplican están amparadas en las Reglas de Beijing y ponen en relieve el interés superior del menor durante el procedimiento sancionador.

- Existe una discrecionalidad en las diferentes etapas del juicio durante el cual se consideran las necesidades especiales de los menores, para lo que se apela a la aplicación de diversas medidas.

- Se realizan investigaciones completas sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor, como también las circunstancias que condujeron al delito antes de tomar una decisión.
- La privación de la libertad es aplicada como último recurso y en plazos breves.
- La decisión judicial se ajusta a los principios establecidos en la Regla 17: La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: 1. La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; 2. b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; 3. c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; 4. d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

La aplicación de las medidas alternativas comprende las siguientes características:

- Se establece una relación más clara entre el delito y la sanción, así la medida cobra un significado relevante tanto para el menor como para la sociedad.
- Quedan establecidas las consecuencias de la infracción y la responsabilidad del menor hacia la comunidad.
- Existe una mayor responsabilidad de la comunidad en el proceso de respuesta a la conducta infractora, así como también el apoyo de los propios adolescentes a fin de desarrollar una conducta más conformista que permita acatar la ley.

Para esto, el juez puede aplicar las siguientes medidas, las que se pueden seleccionar tanto en forma separada como simultáneamente:

- Atención, orientación y supervisión de las recomendaciones en materia de educación, inclusión social y/o atención en salud.
- Libertad vigilada.
- Prestación de servicios a la comunidad.
- Sanciones económicas indemnizatorias o devoluciones.

- Tratamiento intermedio, en caso de ser necesario, y todas las formas de tratamiento que el juez considere oportuna en función de los diagnósticos obtenidos.
- Inclusión en el sistema educativo y otros de integración social.
- Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos de acuerdo a las necesidades particulares.

Estas medidas, alternativas a la internación, se enmarcan en el paradigma de la protección integral, y sirven para otorgar al menor infractor, un abanico de posibilidades de integración social a fin de alejarlo de la comisión de nuevas conductas de riesgo.

5.3 Privación de la libertad como última ratio

Se entiende por privación de libertad al encierro del/a adolescente en un establecimiento del que no puede salir por propia voluntad, por un acto jurisdiccional del Estado y que se aplica como la alternativa más grave, cuando se constata su culpabilidad en un hecho punible.

Los/as jóvenes en conflicto con la ley penal en Argentina constituyen un grupo humano que recibe la atención esporádica de algunos sectores de la sociedad, especialmente cuando se registran situaciones que los involucran. Este abordaje suele posicionarlos como victimarios –o presuntos victimarios–, como “peligros sociales”, pero también como víctimas de un sistema de desigualdades donde las etiquetas se superponen: pobres, jóvenes, delincuentes, desertores, abandonados. Se trata de una población muchas veces difícil de tratar, pero que necesita un abordaje sumamente cuidadoso y especializado.

El hecho de estar privados de libertad implica la vivencia de otras experiencias que pueden generar actitudes y expresiones que se ponen de manifiesto en la indiferencia afectiva la cual puede funcionar como mecanismo de defensa. Otras actitudes que aparecen son las conductas impulsivas y la intolerancia a la frustración, la pérdida de la cercanía familiar y de otras figuras adultas familiares que son importantes para los adolescentes.

Los efectos sociales negativos como la estigmatización, el alejamiento de las redes de contención como son las instituciones educativas, deportivas y/o religiosas en

las que pudo haber participado, afectan el desarrollo de los adolescentes. A fin de evitar estas situaciones, es que se considera como última instancia la internación de los menores infractores.

5.4 Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil

La institución encargada de llevar a cabo estas acciones es la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil, dentro de la cual se encuentran la Dirección de medidas alternativas de la privación de la libertad, externación e inclusión social y la Dirección de Internación Juvenil. A continuación se describen sus funciones:

La Dirección de medidas alternativas, externación e inclusión social, tiene por objetivo propiciar la reinserción social del adolescente en conflicto con la ley penal, con una función constructiva en la sociedad y en un marco social y educativo propicio para lograr estos objetivos. Luego de comenzar con el tratamiento se hace un seguimiento del sujeto para ver si cumple con las medidas adoptadas (por ejemplo, ¿vive en el lugar que se determinó?, ¿cumple con la asistencia a la escuela? por nombrar algunas); es preciso destacar que es un seguimiento interinstitucional e interdisciplinario, y que estas medidas de acompañamiento constituyan una alternativa no privativa de la libertad, de tratamiento basado en la resocialización y reeducación de aquellos jóvenes que cometen delitos, buscando evitar su ingreso a instituciones penitenciarias.

La dirección de internación juvenil, tiene por objetivo la reeducación del adolescente en conflicto con la ley penal, en el marco socioeducativo, tendiendo a lograr su reinserción social; se incluyen distintos departamentos, entre ellos el departamento operativo. En este se clasifica a los jóvenes en diferentes sectores de acuerdo a sus perfiles, ya sean reincidentes o primarios, teniendo en cuenta la escalada en delitos cometidos, también a sus posibilidades de adaptación a las normas de convivencia:

- a. **Recepción:** En este sector se aloja a jóvenes que ingresan por primera vez al sistema y cuya internación no vaya a ser mayor a seis meses, en el cual se encuentran bajo un sistema de supervisión y observación permanentes, con un abordaje personalizado y/o en pequeños grupos. Se garantiza la inmediata incorporación a la escolaridad y la atención en salud, y se evalúan los intereses, capacidades y recursos de cada joven para la participación en distintos talleres.

- b. **Sector A:** En este sector se albergan jóvenes cuya internación ha sido establecida por un plazo mayor a un año. Presentan alta vulnerabilidad y/o un alto nivel de conflictividad. Son jóvenes que adoptan conductas de dominación, apelando a su reputación y al uso del poder basado en el miedo. En consecuencia requieren alojamiento individual y con estricta supervisión, que presentan reincidencia delictiva con escalada de violencia, pueden haber estado en otro sector y haber sido trasladados por involución en su conducta o reiteradas transgresiones a las normas del sector. El sector debe garantizar al joven al menos una oferta formativa en actividades artísticas y expresivas, acceso preferentemente a los talleres de capacitación laboral diseñados con planificación curricular semestral y anual (dependiente de Dirección General de Escuelas o no). También se debe garantizar un mínimo de 8 horas de actividad física semanal, con oferta deportiva; se brinda un abordaje centrado en modificar las redes de relación disfuncional, trabajar la problemática de liderazgo, rutinas de convivencia y control de la impulsividad.
- c. **Sector C:** aquí se incluye a jóvenes con mediana vulnerabilidad, reincidentes que presentan reiterancia delictiva sin escalada de violencia, aquellos que han mostrado mayor adaptación a las normas de convivencia e incorporado mayor respeto por el otro; los que provienen de otros sectores y que responden adecuadamente al tratamiento institucional. En este sector se orientará a trabajar en actividades específicas de reparación y reducción de daño, se incluyen talleres preferentemente de capacitación laboral y la incorporación en programas de ayuda y voluntariados. El personal de este sector preferentemente deberá estar capacitado en temáticas de Justicia restaurativa.
- d. **Sector D:** jóvenes con mediana vulnerabilidad y mayor adaptación a las normas de convivencia, aquellos cuyo perfil supone riesgo inminente de vida (autolesiones), para sí mismo o para terceros, o adolescentes que presenten características especiales que requieren atención más personalizada. Los operadores que se desempeñen en este sector serán formados en la capacidad de observación y de cuidados especiales a efectos de brindar herramientas de contención y seguimiento.
- e. **Sector F** (residencia o albergue): aquí hay jóvenes que han logrado una efectiva evolución en el tratamiento institucional, han cumplido con un Régimen Progresivo del Tratamiento durante al menos seis meses; jóvenes

procesados con medida tutelar mayor a un año, que requieran de un programa de residencia para su incorporación a su centro de vida, o bajo régimen de Semi- Libertad. Han demostrado nivel de autonomía en sus conductas por lo que su plan de actividades tiende a ser en espacios de libertad (actividades intra y extra institucionales). El monitor de este sector cumplirá la función de facilitador en las actividades de planificación, orientación laboral, educativa, cívica y social.

- f. **Sector de Mujeres:** se da alojamiento a jóvenes con identidad auto percibida como mujer, que se encuentren en situación de vulnerabilidad, con mayor o menor conflictividad, sean primarios o re incidentes. Se hará hincapié en la convivencia y la relación entre las jóvenes, facilitando los procesos grupales tendientes a la reducción de daño y la reparación. Se brinda acceso a talleres de capacitación laboral y educativa, diseñados con planificación curricular semestral y anual (Dependiente de DGE o no), como así también actividades tendientes a generar una salida laboral y/o educacional, ante una futura externación. Se debe garantizar al menos una oferta formativa en actividades artísticas y expresivas y un mínimo de 8 horas de actividad física semanal, con oferta deportiva. Este sector debe brindar programas especiales de atención en salud, con controles ginecológicos periódicos.

Arévalo y Maldonado realizaron un trabajo de investigación en el cual se describen las características de los adolescentes en conflicto con la ley penal, entre los que enumera: “la impulsividad significativa, baja tolerancia a la frustración, manipulación, transgresiones, inestabilidad emocional, vulnerabilidad, falta de límites, mecanismos de defensas estereotipados; acercamiento a grupos de riesgo, precoz ingesta de drogas”⁷⁵.

Los autores incluyen otros factores de riesgo como son las familias multiproblemáticas, que se han observado en gran parte de estos jóvenes. Estas familias incluyen las siguientes características:

padres en disonancia educativa; roles desdibujados; personas inmaduras; poca tolerancia a la frustración; sin posicionamiento crítico; padres ‘amigos’;

⁷⁵ AREVALO, Gabriela & MALDONADO, Jorge. “Tratamiento de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal”. En: <https://www.psicopedagogia.com/ley-penal-ninos-adolescentes-delitos>. 2005, p.1 (Visto el 10/02/2021)

progenitores abandonicos; progenitores expulsivos; falta de límites; familias que facilitan inconscientemente la transgresión; escaso espacio para compartir; familias numerosas; escolaridad inconclusa de los padres; economía de subsistencia: changas, cirujeo, venta ambulante, etc⁷⁶.

Muchos de estos adolescentes son víctimas de la violencia institucional que se presenta en condiciones de privación de libertad. Sujetos a lo establecido por las Reglas de la Habana, el Estado debe denunciar toda conducta que afecten sus derechos. En el conocido fallo “Maldonado”, la Corte Suprema estableció que la privación de libertad debe fundamentarse en la resocialización y no en la retribución.

La ley 26.061, en su art.9º ratifica el derecho de los niños de no sufrir tratos violentos, vejatorios, humillantes, intimidatorios, torturas, abusos, negligencia, o cualquier otra forma o condición cruel o degradante.

La Observación General N° 13 apuntan a la necesidad de actividades de control destinadas a poner fin a la violencia contra los niños, lo que significa, en el contexto de encierro de adolescentes, poner en funcionamiento órganos específicos de monitoreo y generar un “sistema integrado, cohesivo, interdisciplinario y coordinado ya que los programas y actividades aislados que no estén integrados en políticas e infraestructuras públicas sostenibles y coordinadas tendrán efectos limitados”.

Respecto a la externación de menores las Reglas de la Habana (1990) establecen: “Todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la de libertad anticipada, y cursos especiales”.

La DRPJ es la encargada de ejecutar las políticas públicas destinadas a los jóvenes transgresores de la ley entre los 16 y 18 años, y en algunos casos se ocupan también de muchos de los que han superado la mayoría de edad. Actualmente cuenta con un área denominada Centro de Abordaje Integral para Adolescentes (CAIPA), parcialmente habilitada y destinada a jóvenes que se encuentran privados de libertad, pero que estando listos para empezar con permisos o reintegros, por diversos motivos, sociales, familiares, entre otros, aún no están dadas las condiciones o faltan algunos

⁷⁶ *Ibidem*

requisitos para ello. Funciona también como Centro de Día en el cual muchos jóvenes en conflicto con la ley que se encuentran en libertad, continúan realizando actividades y capacitaciones orientadas a una pronta salida laboral, que les brindan herramientas para ampliar sus posibilidades de integración en la sociedad.

5.5 Sanciones Penales y Medidas de Seguridad

Los menores que quedan incluidos en las Medidas de Seguridad, como también en sanciones penales, son aquellos adolescentes menores de 18 años de edad que hayan sido protagonistas de delitos tales como robos, lesiones, hurto, disturbios en la vía pública; y en quienes se registren niveles de vulnerabilidad en una o dos de las siguientes áreas: individual, familiar y contextual.

Las penas tienen un significado expiatorio, mientras que las medidas de seguridad responden a un estado peligroso y por lo tanto tienen un carácter asistencial o tutelar, por este motivo las medidas de seguridad no suponen sufrimiento. Estas son aplicadas a menores con un criterio que los beneficia y justifica su aplicación en tanto permiten diferentes intervenciones interdisciplinarias integrales que buscan la prevención de la comisión de nuevos hechos delictivos.

Para Von Liszt si bien la pena es el mal que el juez penal aplica al infractor a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y a su autor, distinguiendo conceptualmente la prevención especial de la general, las medidas de seguridad son todos aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educativas, terapéuticas o correccionales), o la eliminación de éstos en la sociedad (medidas de protección o de seguridad, en sentido estricto). Ambas pueden ser aplicadas a un mismo sujeto, aunque se ha dado prioridad a la ejecución de la pena a fin de restablecer el orden social que ha sido perturbado⁷⁷.

5.5.1 Programa de Unidad de Medidas Alternativas a la privación de la libertad

El objetivo de este programa es “propiciar la reinserción social del adolescente en conflicto con la ley penal, con una función constructiva en la sociedad y en un marco

⁷⁷ PONCE, Marcela. “Medidas alternativas a la privación de la libertad: una oportunidad de cambio para jóvenes en conflicto con la ley penal”. Tesis de Maestría en Criminología. Universidad del Aconcagua, 2014, p.21.

social y educativo propicio a estos objetivos”⁷⁸. Aplican medidas de protección y de restitución de derechos vulnerados o la efectivización de aquellos a los que nunca accedieron. El funcionamiento del mismo implica una articulación en red comprendida por diferentes organismos e instituciones como ONG, centros de salud, escuelas, uniones vecinales, instituciones de abordaje de consumos problemáticos, espacios de recreación, entre otros que les posibilitan a los equipos interdisciplinarios, la creación de estrategias adecuadas a cada niño, niña y adolescente que ha cometido un delito, atendiendo su situación de vulnerabilidad y particularidad, a fin de evitar la internación.

Estas medidas son fijadas judicialmente y en ellas se establece quién recibe el control del joven, si este le corresponde a los profesionales de la Dirección de Responsabilidad Juvenil Penal, o de la UMA, o a quien haya designado el juez. Esto permite establecer quienes realizarán el seguimiento del adolescente, esto también incluye a la familia la que deberá hacerse cargo ya sea sus padres o quien se haya designado como el adulto responsable.

El tratamiento incluye el regreso a la escolaridad del adolescente, la inclusión en un espacio de recreación y tiempo libre como por ejemplo asistencia a fútbol u otra actividad que pueda ser atractiva para él, la inclusión en un tratamiento por consumo problemático de sustancias psicoactivas, si correspondiere, la asistencia a un centro de atención en salud para evaluar su estado de salud actual, y el refuerzo de las relaciones familiares y sociales.

Estas medidas de resguardo se convierten en una alternativa de tratamiento que se encuentra basado en la resocialización y la incorporación en espacios de los cuales pudo haber sido excluido con anterioridad, buscando evitar el ingreso en una institución cerrada y de esta manera protegiendo sus derechos y su futuro.

En dicho programa las acciones que se llevan a cabo son rápidas y ágiles a fin de brindar una respuesta adecuada a las necesidades que se presentan en estos jóvenes a fin de mantenerlos alejados de las conductas delictivas. Este sistema permite que si el adolescente no puede mantenerse dentro del programa por no respetar los acuerdos establecidos o no cumplir con los objetivos propuestos, es derivado automáticamente a la unidad de internación, lugar al que ingresa con un diagnóstico elaborado y las pautas

⁷⁸ *Ibidem*

de tratamiento que han sido realizadas con anterioridad como también con las recomendaciones correspondientes.

El trabajo comienza con la realización de entrevistas realizadas por el equipo interdisciplinario y adecuadas a los adolescentes. Una vez detectados los indicadores se elabora una evaluación, en conjunto con el Juzgado Penal de Menores que lo ha derivado, y posteriormente se lo incluye en el programa creando los dispositivos adecuados a sus necesidades.

De esta forma se observa que dicho programa se encuentra enmarcado en el paradigma de la protección integral en el cual se busca un sistema “basado en la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello”⁷⁹.

El programa de Medidas Alternativas se encuentra vinculado con la Unidad de Internación, siendo así una instancia previa que permite determinar la derivación, o no, del adolescente infractor. La medida de internación sólo se aplica cuando el comportamiento del infractor implique una grave amenaza a la integridad física de las personas o la propia, por incumplimiento reiterado de las medidas alternativas.

Las sanciones aplicables son mucho más flexibles que en los adultos, siendo el principio educativo el que se considera fundamental en atención de la protección integral del niño. Así la internación será siempre la *ultima ratio*, dando prioridad a sanciones socioeducativas.

La sanción de internamiento se establecerá sólo cuando la pena, en el derecho penal de adultos, sea mayor a seis años, lo que no se regula como obligatorio. Cuando se decide por la aplicación de una medida de internamiento, su ejecución debe estar influida por el principio de educación ya que se trata de compensar las carencias de carácter educativo y psicológico que afecten al niño y de contrarrestar el carácter criminógeno de la privación de libertad, tal como se establece en las Reglas de Beijing.

Por este motivo las organizaciones del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil deben acompañar a los jóvenes en la formación y realización de sus proyectos de

⁷⁹BELOFF, Mary. Ob.cit, p. 56.

vida estableciendo actividades que permitan alcanzar resultados positivos para el futuro de ellos.

CONCLUSIONES

La responsabilidad penal del adolescente imputable, constituye el inicio de un abordaje judicial e interdisciplinario que debe hacer énfasis, a lo largo de todo el proceso, en las garantías, derechos y obligaciones con que cuenta en tanto es sujeto de derechos.

A lo largo de la presente investigación se puede constatar que tanto la doctrina, como la práctica, recurren a múltiples recursos para mantener dichas garantías, según las cuales él y las adolescentes en conflicto con la ley, pueden encontrar respuestas adecuadas para integrarse plenamente a la sociedad, ya que las instituciones existentes en ella posibilitan la inclusión.

Este trabajo ha partido de plantearse un supuesto en el que se considera que los jóvenes que cometen infracciones a la ley penal, son sometidos a un proceso penal especial, con los mismos derechos que en el proceso penal de los adultos, pero con otros específicos por su condición de niños en etapa de maduración y desarrollo, en el cual se les imponen medidas de protección que deben cumplir en función de lo establecido en la Ley 22.278/803, con el fin de su resocialización integral. Lo que se realiza en atención a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño y demás Tratados Internacionales, con jerarquía constitucional, enmarcados en el Paradigma de Protección Integral, como también en función de lo establecido en la normativa legal vigente en Argentina. Ahora bien, la cuestión de fondo radica en que es lo que se considera más importante para el adolescente: el proceso legal o las medidas de protección que se llevan a cabo. Ambas resultan importantes y una no debe excluir a la otra, sin embargo, como se ha observado, las medidas de protección requieren de una mayor complejidad para su abordaje.

Estas, cuando son bien aplicadas y conforman dispositivos específicos para cada problemática, constituyen una pieza fundamental en la vida de los jóvenes en conflicto con la ley penal. Actuar dentro del Paradigma de Protección Integral significa buscar y ejecutar todas las medidas orientadas a un reintegro social, evitando disponer de la privación de la libertad. De esta forma se brinda un abanico de posibilidades de integración social que lo alejan de nuevas conductas de riesgo.

La Justicia Restaurativa cumpliría un rol fundamental en este proceso, al proponer un abordaje desde un enfoque social, afectivo, pedagógico y de derechos, orientado por los principios de la protección integral y el interés superior del adolescente, sin dejar de lado la responsabilidad de los actos cometidos y entendiendo la importancia del restablecimiento de los vínculos y la armonía entre el infractor y la víctima, y especialmente con la comunidad.

La Mediación es otro de los programas alternativos que permiten en muchos casos la reparación del daño producido, cuyas condiciones permiten otras formas de evitar la judicialización.

Es importante destacar al gran “convidado de piedra del sistema penal” como bien ha calificado a la víctima el Dr. Marcelo Ferrante⁸⁰, quien, gracias a las nuevas normativas a partir de la Ley 27.372/17 comienza a adquirir protagonismo y a hacer valer sus derechos como tal, ya no sólo en el proceso penal de adultos, sino también en el de menores.

Este cambio de rol que se le ha adjudicado a la víctima en la Justicia Penal argentina, ha permitido que participe e interactúe con quien ha cometido el delito, acordando con este, soluciones alternativas a la imposición de una condena, logrando una reparación al daño y recomponiendo la relación entre el infractor, la víctima y la comunidad.

A fin de garantizar los derechos de las partes, la Mediación resulta ser una alternativa viable ya que se constituye un proceso de interacción entre autor y víctima guiado por especialistas que protegen los derechos de ambos. “En la mediación se supone una reparación voluntaria del injusto a través del reconocimiento de un accionar equivocado...”⁸¹ que busca volver la relación víctima-victimario al estado anterior de los hechos antijurídicos. El respeto de los derechos de la víctima está garantizado en este procedimiento. Una vez acordadas las voluntades de las partes se establece una reparación que puede generar una devolución a la víctima, como también propiciar el arrepentimiento del infractor que permitirá restablecer la paz social. Esto permite también complementar, de manera más humanitaria, los fines del derecho penal general.

⁸⁰ FERRANTE, Marcelo. “El convidado de piedra: sobre el rol de la víctima en el proceso penal”. *Revista UNAM*. N°63. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 86.

⁸¹ MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted. *Ob.Cit.*, p.31

Los profesionales encargados de observar las conductas delictivas de adolescentes, deben tener presente que el reintegro al grupo familiar es el objetivo a seguir, evitando adoptar medidas privativas de la libertad, salvo cuando no se observen alternativas viables. Y en el caso de que esta sea la única alternativa, es esperable generar espacios de reflexión e inclusión en los cuales el adolescente encuentre recursos suficientes para que, en caso de reintegrarse a su grupo familiar y social, se aleje de la comisión de conductas delictivas.

Para lograr esto, el acompañamiento estatal en grupos vulnerables socialmente, es fundamental. El mismo debe sostenerse en el tiempo en forma positiva, esto es generando un acompañamiento progresivo y dentro del proceso madurativo, buscando alternativas para sus relaciones sociales como también en su educación y su salud. El conjunto de una serie de estrategias que contengan recursos adecuados, permitirá que los adolescentes retomen el control de sus vidas, asegurando además su sentido de identidad, movilidad social y postulando valores positivos para su comunidad.

La propuesta estatal de acompañamiento se refleja en las Medidas Alternativas que se brindan a los adolescentes en conflicto con la ley, las que consisten en prácticas destinadas específicamente para este grupo vulnerable, mediante intervenciones programadas y profesionalizadas sustentadas en un abordaje interdisciplinar. Con estas medidas se le brinda un lugar privilegiado al adolescente, pero también a la comunidad y a la familia, los que se constituyen en co-responsables de la situación de cada joven, siendo los agentes de control social los responsables de velar por el pleno ejercicio de sus derechos.

Las Medidas de Protección constituyen prácticas superadoras puesto que requieren un conjunto de estrategias y herramientas a implementar, poniendo de manifiesto la esperanza de superar las instancias que lo condujeron a adoptar conductas delictivas.

Los equipos de trabajo que colaboran en estos cambios con avances y retrocesos, con intervenciones y prácticas adecuadas, permiten visibilizar que no es un proceso lineal, estadístico, uniforme, el que se lleva a cabo, sino que la situación de cada joven es única, sin recetas previas. Los profesionales que intervienen deben estar preparados para poder intervenir en estas situaciones ya que las intervenciones deben ser adecuadas

y particularizadas para brindar nuevas oportunidades y no deben ser objeto de discriminación.

La creación de dispositivos de atención adecuadas a los adolescentes en conflicto con la ley requiere que se realicen intervenciones desde la educación, incorporando a estos menores nuevamente el sistema; desde la salud atendiendo sus problemas de salud más importantes; desde el ocio, la recreación y el tiempo libre, incorporándolos en actividades que permitan su desarrollo social; en sus grupos familiares buscando recomponer relaciones y mejorando así la contención, y en las instituciones religiosas, si correspondiera y tuvieran interés, respetando siempre las decisiones de los menores y sus gustos.

Es importante destacar que muchos de estos adolescentes en conflicto con la ley, presentan problemas vinculados con el abuso de sustancias psicotrópicas, ya sean estas legales, como el alcohol y los medicamentos, o ilegales como la marihuana, cocaína y/o alucinógenos. Las drogas legales, si bien presentan ciertas limitaciones como la prohibición de venta de alcohol a menores o la adquisición de medicamentos bajo recetas médicas, no constituyen un obstáculo para su adquisición. Se debe ser consciente que tanto las drogas lícitas como las ilícitas, presentan una fuerte circulación social sin distinción de clases sociales, ni niveles adquisitivos y que los niños, niñas y adolescentes están expuestos por múltiples razones, a su consumo. Al respecto es importante que se tenga en cuenta la necesidad de contar con espacios en los cuales este tipo de conductas puedan ser tratadas a fin de prevenir un consumo problemático que los conduzca, más adelante, a una adicción.

Para esto los equipos interdisciplinarios que trabajan en los Centros de atención de Consumos Problemáticos, son una gran herramienta. Enmarcados en los lineamientos de la Ley N° 26.657, de Salud Mental, y la Ley 26.934 del Plan Integral de los Consumos Problemáticos, se realizan tratamientos ambulatorios como internaciones en instituciones especializadas que permiten intervenciones en cualquier nivel de relación que los adolescentes presenten con el consumo de sustancias psicotrópicas.

Para que las medidas implementadas sean exitosas se considera importante que se tenga en cuenta los siguientes puntos:

- Fortalecer los vínculos familiares para que puedan ser un espacio de contención, siendo importante que se tenga en cuenta que cualquier miembro del grupo familiar puede funcionar como un acompañante durante este proceso.
- La importancia de encontrar espacios educativos orientados al diálogo en los cuales se fortalezcan valores que les permitan resolver problemas sin recurrir a la violencia.
- Generar espacios en los cuales se establezcan límites claros.
- Fomentar la capacidad de autocontrol.
- Recordar que con vínculos afectivos fuertes podrán generar nuevos proyectos a corto, mediano y largo plazo. Si estas relaciones son sanas los adolescentes podrán crear nuevas propuestas para sus vidas alejadas de hechos delictivos.
- Es importante que desde los abordajes de salud mental, se realicen acciones que contribuyan a trabajar la tolerancia a la frustración.
- El abandono escolar es una forma de exclusión social. La importancia de incluirse en el sistema educativo contribuye con el desarrollo de la subjetividad del individuo.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, Gonzalo, FERRERI, Víctor, SOSA, Jorge, NOCITO, Sebastián. *Núcleos Fundamentales en Criminología Aplicada. Control Social de los Estupefacientes*. Tesis de Maestría. Universidad de Buenos Aires, 2014.
- AGUILAR AVILÉS, Dager. "Control social y prevención delictiva: una introducción al tema de análisis de los medios de comunicación social". *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Vol. 20, N°1, 2010.
- ÁLVAREZ, Atilio. "Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa. Entre el fin del tutelarismo y el retorno al retribucionismo". *Revista Justicia para crecer*. Vol. 4, N° 13, 2010.
- ÁLVAREZ, Gladys, HIGHTON, Elena Y GREGORIO, Carlos. *Resolución alternativa de disputas en el sistema penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- ALTERINI, Atilio. *Derecho Privado*. 2º Edición actualizada. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981.
- ANITUA, Gabriel. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola y CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminología Sociopolítica*. Ediar, Buenos Aires, 2013.
- ARÉVALO, Gabriela & MALDONADO, Jorge. "Tratamiento de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal". En: <https://www.psicopedagogia.com/ley-penal-ninos-adolescentes-delitos>., 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI, Buenos Aires, 1996.
- BARBIROTTA, Pablo. Justicia Juvenil Restaurativa. "Ojo por ojo... y el mundo se queda ciego". *Revista Pensamiento Penal*, 2011.
- BELOFF, Mary. *Nuevos problemas de la justicia juvenil*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.
- BURAK, Donas. *Protección, riesgo y vulnerabilidad. Sus posibles aplicaciones en la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud integral de los adolescentes y las adolescentes*. Organización Panamericana de la Salud, Caracas, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control Social y Sistema Penal*. PPU, Barcelona, 1987.
- CEVASCO, Luis. *Reflexiones sobre el Sistema de Justicia Penal Juvenil*. Jusbaire, Buenos Aires, 2017.

- CHAPUY, Juan. “La justicia restaurativa, nuevo paradigma”. En: <https://www.grupoprofesional.com.ar/blog/justicia-restaurativa/>, 2021.
- CICHERO, María. “Proyecciones de la mediación para una justicia restaurativa”. *Revista elDial.com*. Buenos Aires, 2015.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal”. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N°2, 2001.
- CONCEPTOS. En: www.conceptodefinicion.de/infancia/ 2015, p.1.
- CÓRDOBA, Eduardo. *Universo Jurídico del menor*. Editorial Marcos Lerner, Buenos Aires, 1994.
- CRIVELLI, Ezequiel A. “El Proceso Penal de Menores en la Provincia de Mendoza” <http://files.catedra-procesal-penal.webnode.es/200000144-5f8eb608ba/Proceso%20de%20MENORES-%20apuntes%20E.%20Crivelli.pdf>
- D’ALESIO, Andrés. *Código Penal Argentino Comentado*, 2º Edición. La Ley, Buenos Aires, 2013.
- D’ANTONIO, Daniel. *Derechos Fundamentales del Niño*. Zeus, Rosario, 1999.
- DOMINGO, Virginia. “Justicia restaurativa como ciencia penal o social, encaminada a mejorar la justicia”. *Revista Educación Social* N°67, 2017.
- DOLTO, Francisco. *La dificultad de vivir. Familia y sentimientos*. T.1. Gedisa, Roma, 2009.
- DURKHEIM, Emile. *Las reglas del Método sociológico*, París, 1895.
- FARÍAS CARRACEDO, Carolina. “Legislación acorde a la doctrina de la Protección Integral: Mendoza, provincia pionera”. *Revista de Niños, Menores e Infancias*, Vol. 8, N°8, Mendoza, 2014.
- FERNÁNDEZ, Silvina. “Las políticas de la infancia. Una infancia de la política”. *Revista Margen Trabajo Social*. Vol. 12 N° 7. En: http://www.revistamargentrabajosocial.com.ar/rev_articulos/arti00069f001t1.pdf. Edición Electrónica, 2009.
- FELLINI, Zulita. *La problemática penal Juvenil: análisis y evolución del Derecho Penal de Menores*. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.
- FERRANTE, Marcelo. “El convidado de piedra: sobre el rol de la víctima en el proceso penal”. *Revista UNAM*. N°63. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- FÓSCOLO, Norma. Y ARIZU, Ester. *Voces de los jóvenes desde la vulnerabilidad*. Compilado Buenos Aires, Buenos Aires, 1989.

- FRÍAS CABALLERO, Jorge. *Imputabilidad Penal, capacidad personal de reprochabilidad ético social*. Depalma, Buenos Aires, 1981.
- GARCÍA CANCLINI, Néstor. *Consumidores y Ciudadanos. Conflictos Multiculturales de la globalización*. Grijalbo, México, 1995.
- GILBERT, Jorge. *Introducción a la sociología*. LOM ediciones, Santiago de Chile, 1997.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan. *Derecho penal juvenil*. Editorial Bosch, Barcelona, 2003.
- JIMENEZ, Cristina. “Delincuencia Juvenil y Control Social. De la vulnerabilidad social a la delincuencia juvenil: implicaciones sociales y subjetivas”. Centro de Investigaciones sociológicas de la Universidad Nacional de Tucumán. Tesis de Maestría, 2013.
- KNOBEL, Mauricio. *Infancia, Adolescencia y Familia. Orientaciones sobre Salud Mental*. Granica Editó, Buenos Aires, 1973
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “La tercera vía”. *En la Mediación penal*. Planeta, Barcelona, 1999.
- MARTÍNEZ, Alicia. “Familia y adolescencia. Factores de protección en los consumos problemáticos”. Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, Octubre 2014.
- MAIER, JULIO. *Derecho Procesal Penal, Sujetos Procesales*. Tomo II, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted. “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa”. En: <https://www.iirp.edu/news/en-busca-de-un-paradigma-una-teori-a-sobre-justicia-restaurativa>. Río de Janeiro, 12 de agosto de 2003
- MINUCHÍN, Salvador y FICHMAN, Charles. *Técnicas de terapia familiar*. Paidós, México, 1996.
- MORALES LEZICA, José. “Acerca de la imputabilidad o inimputabilidad de los menores de edad. Aclaración de conceptos”. *Revista DJ Voces*, 2009.
- NEUMAN, Elías. *Mediación y conciliación penal*. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. Justicia “Restaurativa como nuevo paradigma de justicia penal y penitenciaria”. *Revista Crítica*. N° 973, 2011, p. 29-34.
- PASQUALINI, Diana y LLORENS, Alfredo. “Salud y Bienestar de los Adolescentes y Jóvenes. Una mirada integra”. *Revista Organización Panamericana de la Salud* N° 26, 2010, p.36-49.
- PARMA, Carlos. *Culpabilidad*. Ediciones Jurídicas, Mendoza, 1997.
- PARMA, Carlos/ MANGIAFICO, David/ ÁLVAREZ DOYLE, Daniel, *Derecho Penal. Parte Especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

- PONCE, Marcela. “Medidas alternativas a la privación de la libertad: una oportunidad de cambio para jóvenes en conflicto con la ley penal”. Tesis de Maestría en Criminología. Universidad del Aconcagua, 2014.
- QUIROGA, Susana. *Adolescencia: del goce orgánico al hallazgo del objeto*. Eudeba, Buenos Aires, 2004.
- RÍOS MARTÍN, Julián y OLALDE ALTAREJOS, Alberto. “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”. *Revista de Mediación*, Vol. 4, N°8, 2011, p. 10-21.
- ROBLES, Gregorio. *Sociología del Derecho*. Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. T.1. Trad. DE LUZÓN PEÑA, Díaz y GARCÍA CONLLEDO, Vicente Remsal, Ed. Civitas, 1997, p. 86.
- SAJÓN, Rafael. *Derecho de Menores*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- SUTHERLAND, Edwin. *Principios de Criminología*. Chicago, University of Chicago Press, 1939.
- UNICEF “Derechos de la Infancia”. En: <https://www.unicef.es/causas/derechos-infancia>, 2018.
- UNICEF “Convención Sobre los Derechos del Niño”. En: https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html. 2019.
- VÁZQUEZ, Carlos. *Teorías criminológicas sobre delincuencia juvenil*. Uned, Madrid, 2014.
- VILLANTE, José. “Diferimiento punitivo respecto de los menores en conflicto con la ley penal impuesto por el art. 4º de la ley 22.278”. En SAIJ: <http://www.saij.gob.ar/jose-alberto-villante-diferimiento-punitivo-respecto-menores-conflicto-ley-penal-impuesto-art-4to-ley-22278-dacf180080-2018-04-11/123456789-0abc-defg0800-81fcanirtcod?&o=3&f=Total%7CFecha/2018%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B>. 2018.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. 3º Edición. Tomo III, 1914
- ZAFFARONI, Eugenio R. *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*. 1º ed., Ediar, Buenos Aires, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 1985.

Legislación

Constitución Nacional

Convención de los Derechos del Niño.

Anexo 1: Protocolo Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos
(2018) Buenos Aires: Poder Ejecutivo Nacional.

Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa. Versión aprobada en la V
reunión. 7 de Diciembre de 2017. Comisión Marc. TTD.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.
Directrices de Riad. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución
45/112 del 14 de Diciembre de 1990.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de
Menores. Reglas de Beijing (1985).

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad.
Reglas de Tokio.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.
Reglas de la Habana.

Ley 26.061/2005. Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y
adolescentes.

Ley 23.849/1989. Convención de los Derechos del Niño.

Ley 22.278/1980 Régimen Penal de la Minoridad.

Ley 22.803/1983. Modificatoria de la Ley 22.278.

Ley Provincial 6.354/1995 Régimen Jurídico de protección de la Minoridad. Mendoza.