

Universidad FASTA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Abogacía

*El límite de edad en la imputación penal de
los menores.*

*Fundamentos. Análisis del derecho comparado en
América Latina y sus efectos.*

María Florencia Campos

Tutor: Esteban Ignacio Viñas

Agosto 2013

*Al Dr. Wenceslao Tejerina, con quien me hubiera gustado compartir este trabajo, que da
inicio formal a mi vida profesional.
Y a mi mamá.*

Resumen.....	1
Abstract.....	2
Introducción.....	3
Capítulo I	5
Fundamentos de la inimputabilidad de los menores.....	5
I.I ¿Qué es la imputabilidad?.....	5
I.II. Antecedentes y evolución de la imputabilidad de menores.....	8
I.III. Métodos de determinación de imputabilidad.....	10
I.IV ¿Qué es un menor?	11
I.V. La madurez del juicio.....	12
I.VI. Fundamentos extrajurídicos de la inmadurez de juicio.....	13
I.VII. Sistemas de imputabilidad del menor.....	16
Capítulo II.....	19
El régimen penal de los menores en Argentina.....	19
II.I. Principios constitucionales y supra-constitucionales en materia de derechos de los niños.	19
.....	19
II.II. Derecho Tutelar de Menores y Patronato.....	22
II.III. El régimen penal de menores vigente.....	24
II.IV. Proyectos de reforma.....	32
Capítulo III	35
La realidad latinoamericana.....	35
III.I Antecedentes Generales.....	35
III.II. Características actuales.....	36
III.III Síntesis de los sistemas latinoamericanos.....	52
Capítulo IV.....	54
Posibles cambios.....	54
IV.I Factores que influyen en la delincuencia juvenil.....	55
IV.II Cambios propuestos.....	57
Conclusiones.....	61
Bibliografía.....	63

Resumen

El presente trabajo procura analizar el límite de edad de imputabilidad de niños y adolescentes, atento a la actualidad de la cuestión como consecuencia del reclamo comunitario ante el aumento y la frecuencia de la criminalidad juvenil.

Objetivo: Determinar la razonabilidad y eficacia de reducir la edad de imputabilidad en Argentina.

Materiales y métodos: Se trata de un estudio de tipo descriptivo, en el que se analiza la concepción de la imputabilidad en general a través del enfoque de las distintas escuelas del derecho penal, y los fundamentos jurídicos y extra-jurídicos de la inimputabilidad de los menores de edad. Se examinan las principales convenciones internacionales y las legislaciones relativas a la niñez vigentes en Argentina y en los países latinoamericanos.

Resultados: En América Latina se han establecido sistemas especializados de responsabilidad penal juvenil, a los que el menor que delinque ingresa –según el país- entre los doce y los catorce años de edad, y en los que se incluye un catálogo de respuestas de índole socio-educativa para alcanzar su reintegración. En Argentina no existe un régimen similar. Todo menor de dieciocho años de edad es un ser que se encuentra en desarrollo tanto físico como psíquico, con la consecuente necesidad de propugnarle un tratamiento diferente al de los adultos.

Conclusiones: Una baja en la edad de imputabilidad no resulta razonable ni eficaz, en tanto implique que quienes se encuentren dentro del límite establecido sean sometidos al mismo régimen que los adultos.

Palabras clave: imputabilidad, responsabilidad penal juvenil, justicia especializada, reintegración.

Abstract

The present final work tries to analyze the age limit of criminal responsibility in children due to the topicality of the subject as a consequence of community grievances in the face of growth and frequency of youth crime.

Objective: To determine the reasonableness and efficacy of lowering the minimum age of criminal responsibility in Argentina.

Material and methods: This is a descriptive study in which we analyze the concept of imputability through the approach of different criminal law schools and the legal and extralegal bases of unimputability of children. The most important international conventions are examined, as well as the Argentinean and Latin American children-related legislations.

Results: Latin American countries have established specialized juvenile criminal responsibility systems, in which young offenders are incorporated -according to each country- between the ages of twelve and fourteen. These systems include a broad socio-educative response catalogue to achieve their reintegration into society. There is not any similar regime in Argentina. In this country, every child under eighteen years old is considered a human being going through both physical and psychic development, with the consequent need for treatment different to that established for adult offenders.

Conclusions: Lowering the minimum age of criminal responsibility does not appear reasonable or effective as long as it implies submitting children within the established age limit to the same regime applied to adults.

Keywords: imputability, juvenile criminal responsibility, specialized justice, reintegration.

Introducción

En el presente trabajo final nos proponemos analizar los fundamentos del límite de edad establecido para la imputación penal de los menores y la incidencia de su modificación sobre el sistema actual, atento a las persistentes demandas sociales de reducir la criminalidad específica. A tal fin, realizaremos un sucinto examen de los modelos de responsabilidad juvenil vigentes en países de América Latina y de los proyectos nacionales de reforma legal, tratando de encontrar, de este modo, una posible respuesta al debate que viene teniendo lugar en Argentina desde hace ya varios años: si resulta razonable y eficaz, a los efectos del Derecho Penal material, una baja en la edad de imputabilidad de niños y adolescentes.

Se trata ésta de una cuestión de actualidad en el ámbito doctrinario, judicial, periodístico y social, como consecuencia del reclamo comunitario ante el aumento y la frecuencia de la criminalidad juvenil. Hoy en día, niños y adolescentes se encuentran en el centro de la conflictividad social. Nos hallamos frente a una cruenta realidad, en la que muchos menores de edad, excluidos del ámbito educativo y el mercado laboral, viven en condiciones de precariedad y, en ocasiones -careciendo de un entorno familiar que los contenga-, habitan las calles y adoptan conductas delictivas. A todo ello se añade con cierta asiduidad el factor de la drogodependencia, que lleva a estos menores a consumir sustancias generalmente de baja calidad, extremadamente dañinas para sus organismos, y a delinquir para solventar tal adicción.

El crecimiento progresivo de la delincuencia juvenil en la última década posee como características principales: a) la precocidad, en tanto los autores o partícipes de delitos son cada vez más cortos de edad; b) la gravedad de los crímenes, teñidos de crueldad o sadismo frente a la indefensión de las víctimas; c) la reincidencia, con desdén de todo afán reeducativo; d) la jactancia y firme voluntad de continuar en la carrera delictiva; e) la aparición de asociaciones ilícitas o bandas de niños y jóvenes.

La normativa vigente y las estrategias y políticas públicas en esta materia aparentan ser insuficientes, ambiguas o caer en abstracto, careciendo la mayoría de ellas de mínima implementación. Aquellos jóvenes detenidos por las fuerzas de seguridad tras cometer un delito, son -luego del respectivo proceso- trasladados a instituciones especiales de las que parecen escapar con facilidad, sin corrección en la conducta e -incluso- con un mayor resentimiento hacia la sociedad y el Estado. Algunos magistrados de la provincia de Buenos Aires han denunciado en comunicados de prensa la insuficiencia de vacantes en los centros especializados de permanencia y en las comunidades terapéuticas para alojar a los menores con problemas de drogadicción involucrados en causas penales, como así también la falta de lugares de permanencia transitoria. Existen alarmantes falencias de personal

capacitado y suficiente, de medidas de seguridad adecuadas y de asignaciones presupuestarias. Lo que la ciudadanía reclama es la sanción de una nueva ley de responsabilidad penal juvenil, que permita aplicar a los menores delincuentes penas de reclusión y prisión de la misma forma que a los adultos. El debate más enérgico se enfoca en los jóvenes de entre catorce y dieciséis años, aunque no se reduce a ellos: en una realidad en la que niños incluso menores de catorce años manipulan armas de fuego –a las que tienen fácil acceso-, se cuestiona desde diversidad de sectores la existencia de los presupuestos que dan lugar a la inimputabilidad de este grupo etario.

Frente a la mencionada demanda colectiva, y como contracara, se hallan las normas internacionales en la materia, de las cuales la más importante es la Convención de los Derechos del Niño del año 1989. Dichos tratados internacionales enuncian múltiples derechos de los niños y adolescentes que en la realidad latinoamericana son vistos como meros enunciados abstractos, por su posible concepción en torno a prioridades y preocupaciones de países de Europa y América del Norte, en situación radicalmente diferente a la de América Latina. Baste señalar que, según el informe “Pobreza: un desafío prioritario”, realizado por la Comisión Económica de América Latina y el Caribe (CEPAL) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en mayo del año 2010, el 62,7% de los niños y adolescentes en Latinoamérica y el Caribe sufre algún tipo de pobreza.

Asentados de este modo los argumentos que han motivado la elección de esta temática en particular, pasaremos a analizar, en el primer capítulo de nuestro trabajo, la noción de imputabilidad en la perspectiva de las distintas escuelas del Derecho Penal, para adentrarnos luego en la fundamentación jurídica y extrajurídica de la inimputabilidad de los menores de edad, y los sistemas empleados en el mundo para su determinación.

En el segundo capítulo sintetizaremos las convenciones internacionales relevantes en esta materia y el régimen jurídico aplicable en la República Argentina y, más específicamente, en la provincia de Buenos Aires.

Afrontaremos la cuestión de la imputabilidad de los niños y adolescentes en el derecho comparado en el tercer capítulo, examinando para ello la normativa vigente en algunos países de América Latina.

Finalmente, realizaremos una aproximación de los cambios que deberían hacerse en nuestra legislación y procuraremos dar respuesta al interrogante planteado respecto a la baja en la edad de imputación penal.

Capítulo I

Fundamentos de la inimputabilidad de los menores.

I.1 ¿Qué es la imputabilidad?

Etimológicamente derivada del latín *imputāre*, la imputabilidad puede ser conceptualizada como *capacidad de culpabilidad*, entendiéndose por *culpabilidad* -siguiendo a Edgardo Donna- el proceso de decisión libre y autodeterminada a favor del injusto, la comprensión de la criminalidad del acto por parte de su autor. *“La culpabilidad tiene directa relación con el principio de legalidad. Es más, no existe como tal, sino con relación a la legalidad penal. Y si toda la teoría del delito es una imputación al autor de su acción y del resultado de esa acción, es claro que en un momento dado se exige que este autor haya tenido la posibilidad real de conocer su injusto. Es absurdo imputar un hecho ilícito a alguien que no haya sabido que su accionar era violatorio de la ley. Para ello es necesario que tenga la capacidad de poder comprender la ilicitud de su conducta y, además, pueda actuar en consonancia con esa comprensión.”*¹

Ya la moderna dogmática alemana había adoptado esta concepción de imputabilidad como capacidad de culpabilidad, destacando el *poder motivarse* conforme a las normas, de acuerdo a las aptitudes psíquicas de quien realiza el acto, cuando en el caso concreto haya podido tener la comprensión de la antijuridicidad de su propósito.

Quien es imputable, por lo tanto, debe poseer cualidades o condiciones mínimas que permiten considerarlo responsable por un hecho o conducta reprobables; a contrario sensu, será inimputable el sujeto que no posea las facultades necesarias para alcanzar el entendimiento cabal de su hecho y para poder dirigir su conducta, en la forma y extensión requeridas por la ley.

Escuelas tradicionales. La doctrina penal clásica pone el foco en la racionalidad y libertad con la que está dotado todo hombre, como fundamentos de su responsabilidad ético-jurídica respecto de los actos que realiza. Francesco Carrara, máximo exponente de esta corriente doctrinaria, llega incluso a dar por supuesto el libre albedrío del hombre como fundamento de su sistema científico del Derecho Criminal, en el que la libertad moral será la base para distinguir las penas de otras medidas de seguridad, en caso de insuficiencia o alteración morbosa de las facultades. En este sentido, decía Carrara que a nadie se le puede culpar de un evento del cual ha sido causa puramente física, sin ser en modo alguno causa moral; nadie puede ser políticamente responsable de un acto del cual no sea responsable moralmente. El agente del delito no es culpable ni imputable cuando su conducta no fue

¹ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV, 1era. Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, págs. 10-11.

querida, ni su condición psíquica pudo juzgarla rectamente. Afirma el Dr. Raúl Horacio Viñas que *“los tratadistas clásicos, aún con imperfecta sistemática, daban cabida al ‘moderámen de la tutela penal’, (por ausencia o disminución de la fuerza moral subjetiva del delito), que ya antes se había aceptado en las prácticas tribunalicias del medioevo, y en las obras de prácticos y glosadores, aunque a veces empañadas por el rigorismo, el fanatismo o las pasiones políticas.”*²

La Escuela Positivista, desde otra perspectiva, enuncia un determinismo causalista en el acto del hombre que delinque, que es llevado forzosamente a ello en virtud de anomalías orgánicas, negándose así la existencia del libre albedrío. Elimina formalmente la cuestión de la imputabilidad del terreno penal, al considerar *socialmente responsable* a todo autor de delito por el solo hecho de vivir en sociedad, sea capaz o incapaz de comprender la naturaleza del acto que ejecuta y de sus consecuencias. Para esta corriente, la ley penal debe ser aplicada de la misma manera a los anormales psíquicos que a los delincuentes normales, pues la pena viene a ser, en este caso, una medida de defensa social al igual que las medidas de seguridad. Los positivistas justifican esta posición afirmando que la sociedad personificada en el Estado no debe cruzarse de brazos ante el resultado dañoso producido por quien carece de facultades para la comprensión de la infracción cometida.

La llamada Terza Scuola o Escuela del Positivismo Crítico, de origen italiano y cuyos principales representantes han sido Bernardino Alimena y Manuel Carnevale, concibe la imputabilidad como la aptitud o capacidad de percibir la *coacción psicológica* de la ley penal -prevención general-, y al mismo tiempo, de la dirigibilidad de los actos del hombre. Considera que no existe una edad determinante de imputabilidad, bastando que el agente del delito tenga la capacidad para inteligir la amenaza de la pena.

Teorías objetivas. a) La imputabilidad como capacidad de acción (Binding, von Hippel y Gerland): Se trata de la aptitud del sujeto para actuar, también presente en otros ámbitos jurídicos (así tenemos, por ejemplo, la capacidad de contratar o de testar en el Derecho Privado). b) La imputabilidad como capacidad de deber (Merkel, Von Ferneck y Kohlrausch): Se afirma que el inimputable no puede cometer acto antijurídico alguno, ya que no posee la aptitud para entender el deber jurídico contenido en la norma penal. c) La imputabilidad como capacidad de delito (Carnelutti): Implica la capacidad de realizar conductas punibles. d) La imputabilidad como capacidad de ser destinatario de la norma penal (Petrocelli): Se trata de un estado, de una condición o cualidad del sujeto necesaria para que la norma penal se refiera a él. Los inimputables, al no tener conciencia y voluntad normales, no poseen capacidad para conocer la norma y no son, en consecuencia, capaces de obediencia; es por ello que se les aplican medidas de seguridad en lugar de penas. e) La imputabilidad como capacidad de pena (Feuerbach): Parte del supuesto de que la pena

² VIÑAS, Raúl Horacio, *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, Buenos Aires: EDIAR, 1983, pág. 274.

tiene como misión básica la prevención general del delito y debe intimidar a los sujetos, por lo que será imputable aquel en quien se produzca el efecto de la amenaza.

Teorías subjetivas. a) La imputabilidad como presupuesto de culpabilidad: Su principal precursor es el jurista español Luis Jiménez de Asúa, quien sostiene que *“es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente. Lo primero indica madurez y salud mental; lo segundo, libre determinación o sea la capacidad de inhibir los impulsos delictivos.”*³ Establecido que el infractor de la ley penal es imputable, demostrada que su conducta es típica y antijurídica, es preciso determinar si es o no culpable: la imputabilidad es un requisito anterior a la culpabilidad. b) La imputabilidad como elemento de la culpabilidad: Son partidarios de esta teoría los autores alemanes Beling, Mayer y Mezger. Afirman que es la capacidad psicológica de la culpabilidad, pero no la definen, por lo que no resuelven el problema. Al ser la “libertad de querer” uno de los requisitos de la culpabilidad, entendida como posibilidad del agente de actuar en forma diversa a la prevista en la norma, y como tal libertad se excluye en los inimputables, la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad.

Teoría finalista. Ubica el dolo y la culpa en el tipo penal, eliminando de la culpabilidad los elementos psicológicos de la escuela tradicional de Goldschmidt, apartándola a un mero juicio de reproche personal que se le formula al agente por haber realizado una acción antijurídica pese a haber podido actuar de diferente modo. La culpabilidad es entendida como *reprochabilidad*, cuyo presupuesto es la posibilidad de autodeterminación del autor. Welzel explica que esta capacidad tiene un momento intelectual y otro volitivo: la comprensión del injusto y la determinación de la conducta conforme a esa comprensión, respectivamente. Si falta uno de ellos, no hay capacidad de culpabilidad.

Teoría psico-social de Von Lizst. Entiende la imputabilidad como la capacidad de conducirse socialmente, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en comunidad. En consecuencia, supone que la psiquis del sujeto disponga de la riqueza necesaria de representación para poder realizar una completa valoración social, que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con velocidad normal, que la base afectiva de las representaciones y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad no ofrezcan nada esencialmente anormal. La imputabilidad se trata, entonces, de un vínculo meramente psicológico que determina el acto culpable por un imputable, mientras que el inimputable es tal por poseer un sentimiento imperfecto del deber social.

³ JIMÉNEZ DE ANSÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V*, 3era. Edición, Argentina, Losada, 1956, pág. 86. Este autor ve en la imputabilidad un problema de capacidad.

Elementos. Dejando de lado las posiciones doctrinales de las distintas escuelas de pensamiento penal, podemos afirmar que la imputabilidad se encuentra constituida por un elemento intelectual -la capacidad de comprensión respecto de la conducta a ejecutar y la valoración de sus consecuencias- y un elemento volitivo –la facultad del sujeto para dirigir su comportamiento. En este orden de ideas, dice el Dr. Carlos Creus que la capacidad de culpabilidad “*está determinada por las características del sujeto, que le permiten comprender lo que hace y dirigir sus acciones según esa comprensión, en el momento en que las realiza.*”⁴ Estas características son las siguientes:

- ❑ La madurez del juicio, que implica un grado de desarrollo de la capacidad mental del individuo acorde con su edad.
- ❑ La salud mental, que permite al individuo realizar los juicios necesarios para comprender cabalmente el alcance de su conducta.
- ❑ La plenitud de la conciencia, o conciencia suficiente en el momento de actuar.

Las tres particularidades mencionadas habilitan a considerar a un sujeto como imputable y son determinantes “*para que el derecho punitivo pueda arbitrar a los violadores del orden jurídico, las soluciones adecuadas, mediante un sistema principal (pero no exclusivo) de doble vía, según el cual: 1) a los imputables, esa capacidad de culpabilidad los encamina en principio y por lo regular, a una sanción penal, mientras que: 2) a los inimputables, les procura medidas de seguridad de diversa índole, en función de la peligrosidad social ‘ex delicto’ que revela cada personalidad...*”⁵

I.II. Antecedentes y evolución de la imputabilidad de menores.

Dentro de las Instituciones del Derecho Romano, particularmente en la época del Imperio y conforme a las previsiones de la *lex Cornelia de Sicaris*, se establecían cuatro categorías respecto de los menores de edad. La primera de ellas era la de los infantes (*infans*), hasta los siete años de edad, en la que se consideraba al niño como al loco. La segunda era la de los impúberes, que comprendía a los varones hasta los diez años y medio y a las mujeres hasta los nueve años y medio, irresponsables de los ilícitos cometidos salvo prueba en contrario de especial capacidad (prueba del discernimiento). La tercera categoría era la de los *impúberes “proximus pubertatis”*, que se extendía para los varones hasta los catorce años y para las mujeres hasta los doce, con posibilidad de ser castigados si la prueba del discernimiento establecía que eran capaces de demostrar dolo o si las características propias del delito así lo estipulaban. La última categoría era la de los menores de entre doce

⁴ CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, 4ta. Edición, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 261.

⁵ VIÑAS, Raúl Horacio, *La responsabilidad penal de los menores en el tercer milenio – Actualizaciones. Bases para propuestas Legislativas*, 1era. Edición, Mar del Plata: Suárez, 2011, pág. 54.

y catorce años y los veinticinco, quienes eran sometidos a un régimen de responsabilidad penal pero menos riguroso que los adultos.

En el primitivo derecho anglosajón, el límite de imputabilidad llegaba a los diez años, adoptándose en el medioevo, y por obra de los glosadores, los criterios romanos del Imperio. En el derecho germano consuetudinario, la inimputabilidad se extendió hasta los doce años, mientras que en la legislación franco-visigótica, el límite eran los catorce.

El derecho español también receptó la influencia romana, con ligeras variaciones, en las Partidas del siglo XIII. Hasta los diez años y medio no eran responsables por “mengua de razón y sentido”, extendiéndose la indemnidad hasta los catorce en el caso de delitos contra la integridad sexual. Fuera de estas situaciones, las penas se mitigaban hasta los diecisiete años, excluyéndose la pena capital. Dentro de las Partidas existía la idea de que el menor ya tenía un cierto nivel de comprensión respecto de sus actos. En el siglo XIV se instalaron en España las primeras instituciones protectoras de la infancia, enfocadas a ser casas de misericordia y hospicios para los niños vagabundos. La Novísima Recopilación de 1805 siguió la misma línea de pensamiento que las Partidas, y se establecieron penas atenuadas para los menores de doce, diecisiete y veinte años, según el delito.

El derecho del Imperio Alemán del siglo XVI acoge las enseñanzas romanas, al similar la minoridad a la enajenación y al aceptar el examen del dolo que pudiera hacer responsable al menor. Al ladrón menor de catorce años se le imponía pena de castigo corporal y renuncia eterna a vengarse, pero si se trataba de un muy peligroso o gran ladrón podía ser penado en bienes, cuerpo o vida, con tal que se acreditase que tenía la malicia de los mayores. Se trataba, en otras palabras, de establecer si el menor poseía el discernimiento suficiente y, en tal caso, se lo castigaba con penas corporales, aunque posteriormente se interpretó que lo que debía ejecutarse era una corrección que le dejara al niño una fuerte impresión.

La edad contemporánea, con el auge del Iluminismo y los valores de la Revolución francesa, llevó cambios al sistema penal, eliminando gradualmente las penas capitales y corporales, y particularmente suavizando las destinadas a los menores. En Alemania, ya en el siglo XIX, se fijaron en muchos derechos locales toques mínimos de edad, por debajo de los cuales la inimputabilidad sería absoluta. En los códigos de Prusia de 1851, el de Baviera de 1861 y el primer Código Penal del Reich de 1871, se estableció la inimputabilidad absoluta por debajo de los dieciséis años de edad, pero relativizada por la fórmula del discernimiento o capacidad de dolo del derecho romano.

En los códigos y autores de la escuela penal clásica aparece una etapa de inimputabilidad absoluta para los infantes, considerados carentes de maldad, a quienes se aplican medidas preventivas-correctivas; otra etapa de impubertad próxima a minoridad (de doce a catorce años) y la minoridad (entre los catorce y dieciocho años), que requerían un examen obligatorio del discernimiento.

Hacia los albores del siglo XX y conjuntamente con el avance de la tecnología y los estudios sobre las diversas etapas del desarrollo humano, se opera una profunda transformación progresista en las instituciones jurídicas relativas a la minoridad, convirtiéndose el Derecho Penal aplicable a este grupo en un conjunto de medidas encaminadas a su educación moral, intelectual y física. Ello fue contemporáneo a la idea de dar un tratamiento diferenciado a los menores, sustrayéndolos del ámbito del Derecho Penal común.

En los primeros congresos penitenciarios internacionales, se teorizó sobre las condiciones que permitieran la separación de los menores de los adultos en las instituciones de segregación, abogándose por la prohibición de la reclusión en establecimientos carcelarios de los menores de dieciocho años. En dichos congresos, se insistía ya sobre la necesidad de introducir y diseñar alternativas al encierro, optándose por la adopción de medidas como la colocación de jóvenes en familias, el mantenimiento de menores en situación de libertad vigilada, la creación de las primeras escuelas profesionales e industriales, etc. Se llegó, incluso, a la articulación de verdaderos programas de tratamiento para el combate contra ciertas causas que eran señaladas como responsables de la desviación y la criminalidad, como, por ejemplo, el alcoholismo.

Se elevaron, asimismo, los topes legales de inimputabilidad absoluta y se crearon los Tribunales de Menores, con carácter paternal, tutelar y educativo, dotados de jueces especializados, médicos y asistentes sociales.

En el campo legislativo se opta por el agrupar todo lo referido a los problemas del menor en un único cuerpo legal, al estilo de la *Children Act* de Inglaterra del año 1908, seguida por muchos proyectos, códigos y publicaciones en diversas naciones.

I.III. Métodos de determinación de imputabilidad.

El Derecho Penal ha empleado tres métodos diferentes a la hora de analizar cuándo el sujeto es capaz a los efectos de aplicación de la pena:

- El método biológico. Se trata de una posición frente a la imputabilidad cercana a la idea de que existen causas físicas que dificultan la comprensión. Sus fórmulas refieren únicamente a la enfermedad, la anomalía o el trastorno mental, sin aludir a los efectos psicológicos en la voluntad o conciencia del sujeto, bastando su comprobación para el sustento de la inimputabilidad del autor. Ejemplo de la aplicación de este método es el Código francés de 1810, que en su artículo 64 afirmaba: *“Il n’y a crime ni delite, lors que le prevenue était en érat de demence au temps d’action.”* (No hay crimen ni delito cuando el reo se encontraba en estado de demencia en el momento de la acción.) Por demencia debía entenderse, según los doctrinarios franceses, toda forma de alienación mental.

- El método psicológico. Se estructura sobre las consecuencias psicológicas, sin interesarse en cuáles han sido las causas que las producen; sólo se hace referencia al estado de inconsciencia o la anulación de voluntad del sujeto. Es decir, no es suficiente la existencia de alienación, sino que además es necesario establecer si ella impide al sujeto conducirse normalmente. Estas fórmulas han sido criticadas por su imprecisión y, consecuentemente, por la clara afectación a la seguridad jurídica. Ejemplos de este sistema son el *Codees Iuris Canonici*, cuando determina “*Delicti sunt ncapaces qui actu carent usus rationis*” (C. 2201), y el Código austriaco de 1852, que afirmaba que no sería imputable quien estuviera enteramente privado de razón o no fuera consciente de su acción.
- El método biológico-psicológico-normativo o mixto. Es el sistema elegido por la mayoría de las legislaciones vigentes. Atiende tanto a las bases biológicas que producen la inimputabilidad como a sus consecuencias en la vida anímica del autor. Las alternativas del sistema mixto van desde fórmulas biológicas–psicológicas y psiquiátricas, hasta fórmulas psiquiátricas-jurídicas, originarias de las Partidas españolas y que incorporan resultados de alcance moral y jurídico a las deficiencias o perturbaciones psiquiátricas. El artículo 34 inciso 1 del Código Penal Argentino adopta este sistema del Código Penal ruso, estableciendo que no es punible “*el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.*”

I.IV ¿Qué es un menor?

Si bien inicialmente el término *menor* fue utilizado por el sistema tutelar, como veremos, para denominar a los niños y adolescentes que eran objeto de protección y asistencia –por ser ajenos a las pautas de conducta, educación, localización espacial y relación con los adultos aceptables para su edad-, en la actualidad el concepto de *niño* y el de *menor* son empleados mayoritariamente en las convenciones internacionales y las legislaciones locales como sinónimos. Así lo haremos a los efectos de este trabajo.

Extraemos de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una primera definición: “*La palabra ‘menor’, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno –o amplio- ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (...) y la capacidad de ejercicio de ellos.*”⁶ Esta fórmula se muestra concordante con la

⁶ Del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

que proporcionan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores -también conocidas como Reglas de Beijing- que consideran menor a *“todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto.”* En este punto podríamos afirmar que el concepto de *menor* posee un tinte más bien jurídico, en tanto se es tal de acuerdo a lo establecido por la ley y no en virtud del desarrollo físico y psíquico de la persona.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, por su parte, parece emplear además un cierto criterio biológico, señalando que es niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad (artículo 1). En su articulado reconoce que se trata de *“un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática.”*⁷

Mediante ley 23.849, aprobatoria de la Convención, Argentina amplía este concepto al declarar como niño a todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los dieciocho años de edad.

I.V. La madurez del juicio.

La característica más relevante del sujeto en esta materia, que hace a su imputabilidad o inimputabilidad, es la madurez del juicio. La *insuficiencia de las facultades* a la que refiere el artículo 34 del Código Penal argentino, en su primer inciso, alude a la falta de madurez en el desarrollo de la personalidad del autor del hecho reprobable. Esta insuficiencia se debe, en este caso, a un hecho natural: la edad de la persona. Nos hallamos frente a una presunción *juris et de jure* según la cual no se ha alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con el entendimiento del derecho.

La tendencia actual es considerar la falta de madurez fisiológica como una causal de exclusión de responsabilidad y no de inimputabilidad, atento a que el término refiere a perturbaciones de índole patológica, que dan lugar a la aplicación de medidas de seguridad, conforme el mencionado artículo 34. Cita Donna a los juristas alemanes Reinhart Maurach y Heinz Zipf: *“En los casos de inmadurez fisiológica (determinada por el crecimiento) de niños y jóvenes, el Derecho Penal juvenil no se refiere a su incapacidad de imputabilidad, sino sólo de la exclusión de responsabilidad, del mismo modo que, a la inversa, el joven capaz de imputabilidad es considerado como responsable en el sentido del Derecho Penal juvenil. Tales discrepancias terminológicas respecto del Derecho Penal general tienen fundamentos justificados. En primer término y dado que en el caso de la inmadurez ético-intelectual de los niños y jóvenes se trata de un estadio de desarrollo natural, fisiológico, debiera evitarse el término ‘incapacidad de imputabilidad’,*

⁷ Del fallo *“García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”* de la CSJN del 02/12/2008, Considerando 3°).

que alude y nos remite a los trastornos patológicos (...) Pero mayor importancia práctica tiene otra razón. A partir de la comprobación de la capacidad de imputabilidad, el Derecho Penal general deduce la punibilidad del autor. La afirmación de la responsabilidad de un joven, en cambio, no trae esa consecuencia consigo. Con ella se comprueba sólo la culpabilidad (y así la receptividad ante la pena) por parte del joven. Pero de ello no resulta aún el deber del juez de castigar; en realidad la pena (juvenil) es un medio a disposición del juez de jóvenes a la cual se debe recurrir tan sólo en último término.”⁸

En Argentina, la ley 22.278 del año 1980, modificada por ley 22.803, establece en su artículo 1 que no será punible el menor que no haya cumplido los dieciséis años, lo que equivale a decir que la normativa crea una presunción *jures et de jure* de que quien no alcance esa edad no posee madurez en su juicio.

En el ámbito del derecho comparado, podemos mencionar el caso de las leyes italiana y alemana, que establecen la inimputabilidad absoluta hasta los catorce años de edad por reputar a los niños inmaduros, pero introducen asimismo una causal de inmadurez contingente, pendiente de verificación, para los menores de entre catorce y dieciocho años, que consiste en la “incapacidad de entender y querer”.

La doctrina judicial italiana ha sentado que esa capacidad de entender y querer debe ser examinada en el caso concreto, versando la valoración del juez sobre el desarrollo intelectual y la fuerza del carácter, la aptitud para discernir el bien del mal y el dominio de sí mismo. Los fenómenos de naturaleza neurótica son de considerarse constitutivos de la normal crisis puberal, no alterando en modo alguno la capacidad intelectual y volitiva del menor. Cuando uno o más factores determinan condiciones relevantes de desequilibrio o desarrollo de la personalidad desviada, deberá ser reputado inmaduro y, por ende, no imputable.

La ley penal para menores de Alemania Federal prevé en su artículo 3 que “*Un menor es penalmente responsable si al tiempo del hecho, es suficientemente maduro, según su desarrollo moral y psíquico, para representarse el injusto del hecho y obrar según esa comprensión.*” Se alude aquí, cabe aclarar, a los menores de entre catorce y dieciocho años. Aparece, entonces, una causa de imputabilidad similar a la del derecho italiano, consistente en una especial inmadurez en el desarrollo espiritual y moral, medida a través de la falta de comprensión de la ilicitud del acto y la incapacidad para dirigir la acción.

I.VI. Fundamentos extrajurídicos de la inmadurez de juicio.

La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad es una categoría jurídica que implica a la vez una toma de posición, y obliga al magistrado a abrir las fronteras del derecho para

⁸ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV, 1era. Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, págs. 166-167.

integrarlo con los aportes de la antropología filosófica, la psicología, la psiquiatría y la pedagogía.

Factores biológicos. Cesare Lombroso, uno de los principales exponentes del determinismo de la escuela positivista, consideraba al niño, por regla general, como un ser privado de sentido moral, con los caracteres propios del loco moral y del criminal nato. Dicha tesis fue objeto de severas críticas en el Congreso de Antropología de París del año 1889, coincidiendo varios de quienes asistieron en atribuir la delincuencia juvenil a fallas educativas en el plano familiar y social. No obstante, es dable encontrar en la actualidad opiniones que expresan que, aunque no haya una disposición criminal, existen disposiciones heredadas que hacen más probable que un sujeto delinca.

Factores psicológicos. Particularmente en el ámbito de la minoridad, es necesario tener presente los especiales caracteres de la personalidad psíquica del menor, cuyo conocimiento sólo es posible mediante el estudio profundizado y sistemático de las características del proceso evolutivo de dicha personalidad.⁹ La psicología evolutiva es precisamente la disciplina que estudia los cambios atravesados por una persona con el avance de la edad. *“Se elabora (...) la evolución del desarrollo intelectual, volitivo, emocional, físico y de comprensión social y legal que va superando la persona en sus primeros años de vida. Ello no implica que pueda establecerse estáticamente los cambios pues los mismos varían sustancialmente según la herencia y el ambiente; la interacción social que esa persona tuvo durante sus primeros períodos levanta un capital cultural significativo. Por esta última circunstancia es que los condicionantes socio culturales y económicos son reveladores para establecer en calidad y cantidad el estado de progreso intelectual de los niños y jóvenes.”*¹⁰ El psicólogo suizo Jean Piaget explica que la vida mental puede concebirse como una evolución hacia la forma de equilibrio final, representada por el espíritu adulto, tal como evoluciona el cuerpo hacia la madurez de sus órganos. Ve el desarrollo mental como una construcción continua, comparable al levantamiento de un gran edificio, perceptible con facilidad al oponer las ideas infantiles a la razón adulta.

A los fines de determinar la imputabilidad de un niño, es imprescindible analizar su desarrollo cognitivo, que depende de las incitaciones intelectuales recibidas de los adultos o de sus posibilidades espontáneas, y de los procesos de socialización e interacción social. En la etapa de la adolescencia, cuyo inicio fija la psicología evolutiva en los doce o trece años de edad, se produce una transformación fundamental en el pensamiento del niño, que

⁹ D'Antonio, Daniel Hugo, *El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento.*, 2da. Edición, Buenos Aires: Astrea, 1992, pág. 65. En cuanto a este tema, destaca el autor que la psicología moderna ha demostrado que el niño no es un adulto en miniatura, y que la psiquiatría infantil es diferente de la de los adultos. Señala, asimismo, que debe tenerse en cuenta la existencia de diversas teorías acerca de la personalidad básica del niño: mientras hay quienes la conciben como de naturaleza bondadosa y altruista, otros ven en ella una carga primitiva, egoísta y de perversidad.

¹⁰ Saumell, María Fernanda, *Una ciencia penal diferente y una respuesta estatal diferente frente al delito cometido por adolescentes*, en Bombini, Gabriel et. al., *Juventud y Penalidad. Sistemas de responsabilidad penal juvenil*, Mar del Plata: Eudem, 2011.

es el paso del pensamiento concreto –referido a la realidad en sí misma y, en particular, a los objetos tangibles- hacia el pensamiento hipotético-deductivo. Se trata de la edad metafísica por excelencia: el adolescente tiene facultad para razonar sobre la educación, la religión, la existencia y la justicia; ello en la medida en que reciba una estimulación social adecuada, ya que puede existir en el sujeto un cierto desarrollo cognitivo pero, ante una escasa estimulación social, baja será la comprensión de las normas y el pensamiento moral, legal y político.

Podemos afirmar, en esta instancia, que en la adolescencia el joven adquiere la evolución intelectual suficiente para realizar una previsión de los efectos de su comportamiento presente en el futuro, y para comprender las prohibiciones contenidas en la ley penal.

Factores sociológicos. Hoy en día, la mayor parte de los menores que cometen delitos provienen de sectores marginales, de entornos en los que deben asumir roles de adultos a temprana edad y en los que han recibido otra idiosincrasia a través de aquellos que se han encargado de su socialización primaria. Se plantea, entonces, en la doctrina, que los factores de índole sociológico o socio-culturales puedan generar una falta de comprensión como lo hacen las causas de orden biológico y psicológico tenidas en cuenta por la legislación penal vigente; es decir, que lleven a la falta de conciencia íntima de actuar injustamente. Lo que para quienes poseen una comprensión social adecuada, basada en una estimulación suficiente, es visto como conducta ilícita, puede representarse de manera diferente en quienes han sido sometidos a una interacción social y procesos de aprendizaje distintos.¹¹

Es necesario, en este análisis, recurrir a la psicología social y, en particular, al llamado *socioconstruccionismo*. Para esta disciplina, el hombre es un ser que interpreta la realidad en base a una materia prima, la cultura. La consecuencia individual es el producto de la interacción entre la cultura circundante y la experiencia psicológica, lo que da lugar a diferentes interpretaciones en cada sujeto en tanto su bagaje cultural sea disímil. Lo importante será, entonces, no sólo lo que la persona piensa del acto que realiza, sino las posibilidades de pensar y plantearse distintas alternativas, lo que se conoce como capital simbólico. El marco socio-cultural reparte distintos capitales simbólicos a las personas, en función del estrato social donde se encuentran: a menor capital simbólico, menor será la libertad de elección.¹² En los jóvenes marginales, el déficit educacional y de socialización los inducen a asumir el delito como actividad normal en su vida.

¹¹ Así, la *teoría de la asociación diferencial* expuesta por el sociólogo estadounidense Edwin Sutherland, sostiene que si los grupos primarios no apoyan la adhesión a la norma establecida o se identifican con otros grupos que violan las leyes, crece la probabilidad criminal.

¹² Esto es lo que se conoce como *teoría de la anomia*, enunciada por los sociólogos francés, Émile Durkheim, y estadounidense, Robert K. Merton.

Consideramos fundamental tener en cuenta la interrelación de los factores biológicos, psicológicos y sociales que muestra el fenómeno de la delincuencia juvenil. Así como en la realidad no es dable aislar en forma parcelaria uno u otro factor, tampoco será ello posible en el marco del conocimiento científico, que parte de los datos ofrecidos por esa misma realidad.

I.VII. Sistemas de imputabilidad del menor.

Entendiendo por imputabilidad, como dijimos, la capacidad que detenta un sujeto para comprender el alcance de sus propios actos y dirigir su conducta conforme a la ley, podemos describir, en lo que respecta a los menores de edad, tres sistemas diferentes adoptados por las distintas legislaciones mundiales para determinar cuándo existe o no esa capacidad.

El sistema sujeto a determinación pericial. Al tratarse la imputabilidad de un concepto de contenido subjetivo, particularmente en el caso de los menores relacionado con la psicología evolutiva en cuanto al desarrollo gradual de las facultades del individuo, este sistema adopta el informe de peritos como base para evaluar, en el caso concreto, si el individuo cuenta con el discernimiento suficiente para comprender cabalmente el delito cometido. El cuestionamiento principal que se plantea refiere a la seguridad jurídica: la aplicación de la norma penal dependerá del caso particular, dando lugar a distintas soluciones para personas de la misma edad. Se trata así de un sistema de dudosa constitucionalidad.

El sistema de presunción *jure et de jure*. Este sistema se cimienta en una ficción jurídica que no admite prueba en contrario: se considera que el niño que ha alcanzado la edad establecida por la norma tiene la aptitud para comprender la ilicitud de sus actos y evaluar sus consecuencias. Así, con base en las características de una persona promedio o normal, se determina una edad a partir de la cual se entiende que el menor ha adquirido el desarrollo cognitivo necesario que es fundamento de toda imputabilidad. *“La atribución de imputabilidad o inimputabilidad ope legis a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica –la única que existe- en el caso de cada uno de ellos.”*¹³ Se cumple de este modo lo requerido por el artículo 16 de la Constitución Nacional argentina: la igualdad de todos los habitantes ante la ley.

¹³ Del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 11 in fine.

La mayor parte de los países de América Latina, incluido Argentina, emplea el sistema de presunción.

El sistema de intervención proactiva del juez. Este sistema utiliza la fijación de un límite cronológico por debajo del cual se establece una presunción absoluta de inimputabilidad que no puede ser desvirtuada, pero agregando entre el límite mínimo y el máximo –es decir, a partir del cual se aplica el derecho penal de adultos- una presunción *iuris tantum* en la que el menor es sometido a un juicio individual de discernimiento para determinar la normativa a la cual estará sujeto. Las posibilidades serán entonces, o bien aplicar la normativa generalmente extrapenal para los inimputables –si carece de discernimiento-, o bien la legislación penal juvenil –en caso de que lo posea. Los países que adoptan este sistema suelen contemplar un tercer grupo conformado por jóvenes adultos, de entre dieciocho y veintiún años, a quienes según su nivel de madurez se les podrá aplicar la normativa de menores en lugar del régimen penal de adultos.

Alemania es el país por excelencia que adhiere a este modelo, introduciendo el *criterio de la madurez suficiente*. Así, el parágrafo 3 de la Ley Judicial Juvenil precisa que un menor será penalmente responsable si al momento del hecho era *suficientemente maduro* de acuerdo a su desarrollo mental y moral, para comprender la antijuridicidad del hecho y actuar según esta comprensión. No basta, entonces, para la ley alemana, que se trate de un menor (de entre catorce y dieciocho años) o de un menor adulto (de entre dieciocho y veintiún años), sino que es requisito, además, determinar su grado de madurez. ¿En qué consiste esta madurez? La ley no brinda un concepto abstracto y general. Para el jurista Friedrich Schaffstein, la formulación legal es el resultado de una larga evolución jurídica, con base en la moderna psicología, que llevó a que se agregara a los presupuestos de responsabilidad juvenil la necesidad de madurez intelectual y espiritual. La norma actual no exige una específica comprensión del hecho en sentido jurídico, sino del injusto material del hecho, adecuado al grado de conciencia que pueda poseer el autor. Sólo posee madurez intelectual y ética quien encuentra su comportamiento como legalmente objetable; quien comprende que su conducta está prohibida. El análisis de la madurez suficiente se trata de una apreciación que debe tener en cuenta fundamentalmente el grado de evolución moral y mental del menor, y que se constituye como una garantía a su favor.

La ley italiana también sigue el sistema de intervención proactiva, permitiendo al juez indagar, en el caso de los menores de entre catorce y dieciocho años, acerca de su “capacidad de entender y de querer”, a fin de reputarlos imputables o inimputables. Dicho examen debe estar relacionado con la índole del delito cometido, ya que algunos suponen un grueso atentado a normas ético-sociales elementales –como sería, por ejemplo, el homicidio-, mientras otros requieren un afinamiento en la conciencia para advertir su ilicitud

–delitos contra el honor, daños menores, etc. La jurisprudencia italiana ha facultado al magistrado para apartarse de las conclusiones del Instituto de Observación, expresando las razones y fundamentando su criterio opuesto.

La principal dificultad que afronta este modelo es la de determinar cómo se realiza la prueba sobre el discernimiento y cómo debería motivarse su decisión en cada caso concreto, y ha sido objeto de numerosas críticas basadas en cuestiones de seguridad jurídica. Se trata de un modelo que requiere recursos humanos y económicos, donde el discernimiento plantea dificultades de comprobación caso por caso, pues puede ser objeto de distintas interpretaciones y dar lugar a fallos diversos. Sin embargo, es un sistema que funciona con éxito en Alemania e Italia, y que respeta mejor el principio de culpabilidad, permitiendo adecuar la respuesta penal o extrapenal a los caracteres reales del menor delincuente.

Capítulo II

El régimen penal de los menores en Argentina.

II.I. Principios constitucionales y supra-constitucionales en materia de derechos de los niños.

Luego de la Segunda Guerra Mundial se ha promovido, en el ámbito internacional, el reconocimiento universal de los derechos humanos, *“inspirados en la reafirmación de la intrínseca dignidad y valor de la persona humana, de la familia como grupo fundamental de la sociedad y de los niños, que conducen a la protección y asistencia de éstos, para que puedan ejercitar y gozar de esos derechos, como también prepararlos a asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad.”*¹⁴ Se enfatiza la necesidad de que los adultos -en especial los funcionarios que han de juzgarlos-, tengan en cuenta la voz de los menores antes de someterlos a cualquier tratamiento punitivo que implique una restricción en sus derechos.

Los instrumentos principales donde fueron plasmados tales derechos y garantías son la Convención Internacional de los Derechos del Niño del año 1989; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia juvenil de 1985, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de jóvenes privados de la libertad de 1990, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil, del mismo año. Realizaremos aquí una somera descripción de sus puntos más importantes.

Convención Internacional de los Derechos del Niño. Fue aprobada en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en New York, el 20 de noviembre de 1989. Para su entrada en vigencia era necesaria su ratificación por un mínimo de veinte países, lo que ocurrió menos de un año después, convirtiéndose así en el tratado de derechos humanos que más rápidamente entró en vigor, siendo además el más ratificado; los únicos países que no lo han hecho son, a la fecha, Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur.

El punto principal de esta Convención es, a nuestro criterio, la nueva consideración del niño como un verdadero *sujeto de derechos*, es decir, dotado de los derechos atribuidos a todas las personas, más aquellos específicos por tratarse de un ser en desarrollo –es reconocida la *evolución* de sus facultades en los artículos 5 y 14.2.

Estos derechos son sólo limitados en función del interés superior del niño, concepto que aparece en la mayor parte del articulado de este tratado internacional y particularmente enunciado en su artículo 3.1: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las*

¹⁴ VIÑAS, Raúl Horacio, *La responsabilidad penal de los menores en el tercer milenio – Actualizaciones. Bases para propuestas Legislativas*, 1era. Edición, Mar del Plata: Suárez, 2011, pág. 79.

instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

En virtud de este interés superior, el niño puede ser separado en forma temporal o permanente de su grupo familiar, garantizando los Estados Parte, de ser así, otros tipos de cuidado como *“la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.”* (artículo 20.3). La privación de la libertad se admite como medida de último recurso y de conformidad con la ley, lo que equivale a decir que no se trata de una sanción ilegítima, siempre que se observen los recaudos mencionados en la Convención.

El artículo 40 establece como regla el buen trato a los menores infractores de la ley penal y la preocupación por que se tome en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración para que asuma una función constructiva en la sociedad. Para ello, los Estados deben observar el principio de reserva e irretroactividad de la ley penal, el principio de inocencia y el principio de celeridad procesal. Se recomienda a los Estados Parte establecer una edad mínima fuera de la cual se presuma que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, esto es, la inimputabilidad absoluta. Sobre ellos podrán disponerse medidas de tratamiento, sin recurrir a procedimientos judiciales, *“siempre que sea apropiado y deseable”*.

En Argentina, la Convención fue ratificada en el año 1990 mediante ley 23.849, incorporada a la Constitución Nacional con la reforma de 1994 –a través del artículo 75 inciso 22- y transformada en ley nacional en 2006 (Ley 26.061 de Protección Integral), con paralelo en la provincia de Buenos Aires en la ley 13.298.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia juvenil.

También conocidas como Reglas de Beijing, tienen como finalidad promover el bienestar del menor y de su familia, y lograr que los Estados se esfuercen por crear condiciones necesarias para que el menor tenga un proceso de desarrollo personal y educacional lo más exento del delito posible. En vista de ello, se busca la promulgación, en cada jurisdicción nacional, de una normativa aplicable específicamente a los menores delincuentes, que tendrá por objeto responder a sus diversas necesidades y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos, satisfacer las necesidades de la sociedad y aplicar cabalmente las reglas de mención.

Se deja a criterio de cada sistema jurídico nacional la determinación de la edad mínima de imputabilidad, aconsejando la regla 4 que no deberá fijarse *“a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.”*

La regla 11.1 establece que, para aquellos menores delincuentes pasibles de sanción, se examinará la posibilidad de ocuparse de ellos sin recurrir a las autoridades competentes, lo

que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores, en particular cuando el delito no tiene carácter grave, y cuando la familia, la escuela u otras instituciones de control social han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que así reaccionen.

La prisión preventiva sólo deberá aplicarse como último recurso y durante el plazo más breve posible (regla 13.1), adoptándose en su lugar medidas sustitutas, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

Al momento de la sentencia, el juez deberá aplicar la restricción de la libertad sólo tras un cuidadoso estudio, como último recurso y reduciéndola al mínimo posible. Dice, en concordancia, la regla 17.1 en su inciso 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.”* Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la aplicación de sanciones retributivas, en esta materia particular siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de jóvenes privados de la libertad. Resaltan, como la Convención de los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, el carácter excepcional que debe tener el encarcelamiento de menores y dejan librado a cada jurisdicción el establecimiento de la edad límite fuera de la cual no se permite privarlos de su libertad.

Estas Reglas describen las condiciones en las cuales los menores han de ser alojados, en cuanto a seguridad, higiene, acceso a la educación y al empleo, actividades recreativas, prácticas religiosas y atención médica preventiva y correctiva, entre otras. Se destaca en todo su texto el objetivo primordial de reintegración del niño en la sociedad. Así, la Regla 79 proclama: *“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 libertad anticipada, y cursos especiales.”* Y a continuación, dispone la Regla 80: *“Las autoridades competentes deberán crear o recurrir a servicios que ayuden a los menores a reintegrarse en la sociedad y contribuyan a atenuar los prejuicios que existen contra esos menores. Estos servicios, en la medida de lo posible, deberán proporcionar al menor alojamiento, trabajo y vestidos convenientes, así como los medios necesarios para que pueda mantenerse después de su liberación para facilitar su feliz reintegración...”*

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o Directrices de Riad. Postulan, entre sus principios fundamentales, la prevención de la delincuencia juvenil como parte esencial de la prevención del delito en la sociedad, siendo necesario procurar el desarrollo armonioso de los niños desde su primera infancia y a través de toda su adolescencia. Los pilares básicos para la efectiva prevención son la familia, la educación, la comunidad, los medios de comunicación y la política social.

Las Directrices asignan importancia primordial a la familia como unidad central encargada de la integración social primaria del niño, por lo que los gobiernos han de salvaguardar su integridad, adoptando una política que permita un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. En último instancia, cuando no exista este ámbito familiar propicio, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, puede recurrirse a otras modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y adopción.

La educación ha de tener una importancia trascendental, en cuanto a la enseñanza de los valores fundamentales y el fomento del respeto de la propia identidad, de los valores sociales y de los derechos y libertades de todo ser humano.

La comunidad debe adoptar o reforzar medidas de apoyo a los jóvenes, a fin de hacer frente a los problemas especiales de los menores expuestos a riesgo social.

Los medios de comunicación han de facilitar a los jóvenes el acceso a la información, percatándose de la importancia de su función y responsabilidad social, y reduciendo al mínimo el nivel de pornografía, drogadicción y violencia en sus mensajes.

Por último, los organismos gubernamentales deben asignar elevada prioridad a los planes y programas orientados a jóvenes y suministrar los suficientes fondos y recursos para brindar los servicios necesarios, en particular los dedicados al tratamiento del uso indebido de alcohol y estupefacientes. Una vez más, se destaca que la reclusión de menores en instituciones deberá aplicarse como último recurso y por el período mínimo e indispensable.

II.II. Derecho Tutelar de Menores y Patronato.

El modelo tutelar, también conocido como *modelo de la situación irregular*, reproduce criterios criminológicos de la escuela positivista y determinista del Derecho Penal. “*Son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al Estado a intervenir; no su conducta delictiva concreta, de ahí que estos sistemas suelen ser caracterizados como ejemplos puros de derecho penal de autor.*”¹⁵ Los destinatarios de las normas tutelares son aquellos menores considerados *en situación irregular*, vistos como seres incompletos, carentes de racionalidad y sentido propio, que requieren un abordaje especial. El fundamento en el que se basa este

¹⁵ Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, 1era. Edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, pág. 21.

sistema es la ayuda a la infancia “desviada”, como un tipo diferente de infancia frente a la que tiene sus derechos satisfechos debido a la protección familiar.

La intervención estatal se habilita cuando un funcionario judicial considera, en forma discrecional, que el menor se encuentra en una situación de riesgo, peligro material o moral. Queda de este modo abolido el principio de legalidad, aplicándose el mismo tratamiento para aquellos menores a quienes se les imputa la comisión de un delito y para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de derechos fundamentales: en palabras de Mary Beloff, el Estado reacciona ante las personas por lo que son y no por lo que hacen. Así, *“...la extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado, llevó a reunir dentro del mismo marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y aquellos que no lo eran, incluyendo ciertos conflictos domésticos cuya solución correspondía a los padres y se transfería, por incompetencia o comodidad de éstos, a los órganos correccionales del Estado.”*¹⁶

La principal característica de la respuesta estatal es la centralización de funciones en la figura del juez de menores, facultado para la disposición e intervención sobre la familia y el niño en forma ilimitada, ejerciendo un rol paternal y de ejecutor de políticas sociales. La medida de protección principal aplicable al menor es la internación en un establecimiento de guarda o custodia.

En cuanto a la imputabilidad, el sistema tutelar considera a los niños a quienes se les atribuye la comisión de un delito como inimputables, dada la concepción de ellos como seres incapaces. *“Ello entre otras cosas ha implicado, en la práctica, que frente a la imputación de un delito no se les siga un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida coactiva no depende necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño o joven se encuentre en ‘estado de riesgo’ o ‘situación irregular’.”*¹⁷ El derecho del Estado para negar al niño las garantías procesales de las que gozan los adultos se basa en la afirmación de que el niño no tiene derecho a la libertad sino a la custodia.

Argentina fue el primer país de América Latina con una norma legal que seguía el modelo tutelar. El 19 de septiembre del año 1919 sancionó la Ley N° 10.093, también conocida como Ley de Agote –por tratarse de un proyecto del médico y diputado conservador Luis Agote–, que instauró el dispositivo del Patronato de Menores y la consecuente necesidad de identificar a aquellos niños considerados un peligro para la sociedad, para desplazarlos del ámbito de la potestad familiar e ingresarlos bajo la tutela estatal. Se implantó, de esta manera, una función tutelar pública-estatal de carácter integral, a ejercer por los jueces nacionales o provinciales, con la concurrencia del Ministerio Público de Menores, respecto

¹⁶ Del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 17.

¹⁷ Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, 1era. Edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, pág. 29.

de todos los menores en el territorio argentino, con miras a su salud, seguridad y educación moral e intelectual. Esta función asignada al Estado era subsidiaria y respetuosa de las facultades atribuidas a la autoridad familiar, apuntando en forma primordial a la situación de menores abandonados material o moralmente y a los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad. Dice la ley que, a sus efectos, se entenderá por abandono material o moral *“la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones, o con gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido dieciocho años de edad, vendan periódicos, publicaciones, u objeto de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos o cuando en esos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.”* Se pone de manifiesto en este punto la labor preventiva y protectora del Estado, con independencia de una imputación penal concreta.

Los jueces se encontraban facultados por la norma para disponer preventivamente o por tiempo indeterminado –y hasta los veintiún años- de los menores acusados o víctimas de delitos, en estado de abandono o peligro moral, con independencia de las sanciones que correspondiesen aplicar por la ley penal. Esta disposición podía consistir en la entrega a persona honesta, pariente o no, a establecimientos de beneficencia o reformatorios, o la permanencia con sus padres, tutores o guardadores, bajo vigilancia. El tratamiento tutelar duraba el tiempo que el juez consideraba suficiente, cuando a su criterio el joven hubiera reconocido su falta –en el caso de hechos delictivos- y demostrado el efecto expiatorio del sistema.

El régimen tutelar fue posteriormente muy cuestionado, principalmente por la gran injerencia del juez sobre el menor de edad y por la ausencia de garantías procesales básicas, amparadas en una concepción del niño como un ser incompleto, objeto de protección. La privación de la libertad empleada como medida general en este sistema ha sido tachada de inconstitucional y contraria a lo dispuesto por los tratados internacionales sobre derechos humanos. Quienes terminaron siendo clientela de este sistema fueron los menores provenientes de sectores marginales, que representaban una amenaza para el Estado en cuanto a defensa social.

II.III. El régimen penal de menores vigente.

En la década de 1980 se iniciaron las discusiones en torno a un nuevo modelo, conocido como de *protección integral*, que pasó a considerar al menor como un verdadero sujeto de derechos, basándose para ello en la Convención de los Derechos del Niño y en otros tratados internacionales acerca de este grupo etario. Se trata de evitar la construcción social que separa a los menores de los niños, a fin de evitar su marginalización.

En Argentina nos encontramos frente a un marco normativo complejo, atento a la coexistencia de una ley de protección integral de derechos –26.601, actualizada conforme a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, y una ley que regula el sistema aplicable a los menores –la 22.278, que no ha sido adecuada a dicha Convención. En la provincia de Buenos Aires se encuentran vigentes las leyes 13.298 y 13.634, de índole procedimental.

Ley 22.278. El régimen penal de la minoridad se encuentra regulado, en la actualidad y en el ámbito nacional, por la ley 22.278 del año 1980 -modificada por ley 22.803 y complementaria del Código Penal-, cuyo artículo 1 establece que *“no es punible el menor que no haya cumplido los dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de (2) dos años, con multa o con inhabilitación. Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conductas, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.”*

En consecuencia, será *punible* para la ley argentina –o *imputable*, término que debiera utilizarse, al entender del Dr. Raúl Viñas-, el menor de entre dieciséis y dieciocho años de edad que incurriera en un delito de acción pública sancionado con pena privativa de la libertad superior a dos años. La consecuencia inmediata de este hecho delictivo consiste en la *disposición provisoria* del menor por parte del juez, medida netamente tutelar, con custodia obligada y facultad para la restricción de los derechos propios de patria potestad.

El menor será entonces procesado y sometido a observación y tratamiento de medidas tutelares por el lapso mínimo de un año, prorrogable hasta la mayoría de edad. Conforme al resultado de este tratamiento, las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y la impresión directa recogida por el juez, éste *dispondrá definitivamente* del mismo: si considera necesario condenarlo, lo hará aplicándole la pena propia del delito en tentativa; de lo contrario, será absuelto. La imposición de pena estará supeditada al cumplimiento de los requisitos enumerados en el artículo 4:

- a) La declaración previa de responsabilidad penal y civil -si correspondiere-, conforme a la normativa penal.
- b) Que el menor hubiera cumplido los dieciocho años de edad.
- c) Que hubiera sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año.

Las penas privativas de la libertad se harán efectivas en institutos especializados, cumpliendo el resto de la condena en establecimientos para adultos si alcanzaren en esta situación la mayoría de edad (artículo 6). No se aplican a los menores de dieciocho años las disposiciones relativas a la reincidencia (artículo 5).

Constitucionalidad. En el caso *“García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 2 de diciembre del año 2008, la Fundación Sur –organización destinada a la promoción y defensa de los derechos humanos de la infancia y la juventud- interpuso un habeas corpus colectivo a favor de todas las personas menores de dieciséis años que se hallaban privadas de la libertad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solicitando la inconstitucionalidad de la norma que regula los procedimientos tutelares. Tras declarar la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 22.278 y ordenar la libertad progresiva de todos los menores detenidos en virtud de dicha norma, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia por interposición del recurso extraordinario por parte del representante del Ministerio Público Fiscal. La Corte resolvió que, si bien existe una tensión entre la norma impugnada y la Constitución, no es facultad de los jueces la derogación de las disposiciones cuestionadas ni la creación de un mecanismo sustitutivo del actual, dado que tal solución *“requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas”*, por lo que finalmente revocó la sentencia recurrida y exhortó a los tres poderes del Estado a adaptar la legislación e implementar políticas acordes a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales.

Críticas. Es cuestionada en la doctrina la filiación predominantemente tutelar que tiene la ley, contradiciendo los principios y reglas de la Convención de los Derechos del Niño, hallándose entroncada en la filosofía de la ley de Patronato y evidenciando amplísimas y discrecionales facultades otorgadas al juez. La expresión “disposición” empleada por la norma es también objeto de severas críticas por su ambigüedad y consecuente atentado contra la seguridad jurídica. A su vez, tampoco se ha definido con precisión los presupuestos que autorizan al juez a considerar necesario o no imponer una pena y a aplicar las medidas tutelares que crea convenientes.

Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre del año 2005, deroga la Ley de Patronato, enunciando dentro de sus objetivos, garantizar el ejercicio pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales de los que la Nación sea parte. El principio del interés superior del niño –definido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley- es explícitamente considerado rector del articulado.

La norma sienta sus bases en el modelo de protección integral que reemplazó al antiguo modelo tutelar. Los niños son ahora definidos como personas cuya única particularidad es encontrarse en proceso de crecimiento, por lo que se lo reconoce como un verdadero sujeto de derechos y, en consecuencia, responden por sus delitos a partir de determinada edad. La intervención estatal tiene lugar ante una conducta delictiva concreta, y no ya por las características del sujeto. El juez retoma sus funciones de naturaleza estrictamente jurisdiccional.

Se reconocen al niño en los procedimientos judiciales y administrativos las mismas garantías que a los adultos, más garantías específicas: a ser oído ante la autoridad competente, 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, a participar activamente en todo el procedimiento, y a recurrir ante el superior ante cualquier decisión que lo afecte.

La normativa establece un Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, conformado por todos aquellos organismos y entidades que planifican, coordinan, ejecutan y supervisan políticas públicas o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinadas a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Ante la amenaza o violación de los derechos y garantías reconocidos a los niños y adolescentes –proveniente de acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares, padres, familia, representantes legales o responsables del niño, o de su propia conducta- el Sistema se vale de la aplicación de medidas de protección integral emanadas del órgano administrativo competente, que tienen como objetivo la preservación o restitución del ejercicio de los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. El artículo 37 de la ley realiza una enumeración no taxativa de las medidas que pueden adoptarse, incluyéndose, entre otras:

- ✓ Aquellas tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca conviviendo con su grupo familiar;
- ✓ Solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- ✓ Asistencia integral a la embarazada;
- ✓ Inclusión de la niña, niño o adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- ✓ Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones;
- ✓ Tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico;

✓ Asistencia económica.

Se prevén, también, medidas excepcionales para casos en que los niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, consistiendo en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco, consanguinidad y afinidad. Estas medidas son limitadas en el tiempo y únicamente procedentes cuando se hayan cumplimentado, previamente, las medidas de protección integral mencionadas ut supra.

A través de esta ley, se crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo especializado en derechos de infancia y adolescencia, y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia. Dicha Secretaría cuenta con facultades para elaborar un plan nacional de acción y promover investigaciones y políticas de promoción y defensa en materia de derechos de los niños y adolescentes. El Consejo, por su parte, posee funciones deliberativas, consultivas, de formulación de propuestas y de políticas de concertación. Aparece, asimismo, la figura del Defensor de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, designado por el Congreso Nacional, cuya función principal es la de promover las acciones para la protección de los derechos e intereses difusos o colectivos de los menores. De esta forma, las facultades tutelares del Patronato de Menores son transferidas a organismos del gobierno, dándoles un carácter primordialmente administrativo.

Ley provincial 13.298 de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños. Sancionada por la Legislatura el 29 de diciembre del año 2004, y teniendo en miras los mismos objetivos que la ley nacional, esta normativa comprende a las personas desde su concepción hasta alcanzar los dieciocho años. Fundamentalmente avanza en la desjudicialización de las problemáticas infantiles de índole social-asistencial, para transferir la atención primaria de las mismas a la familia, los órganos técnico-administrativos y las organizaciones de la sociedad civil. Se consideran sus principios interpretativos las Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, y las Directrices del RIAD.

El interés superior del niño es también aquí considerado marco de todas las decisiones que se pretenda aplicarle y todas las políticas que se implementen en la materia. Se enuncia, como deber del Estado, una **garantía de prioridad** para la realización de los derechos de los niños, consistente –según el artículo 7- en la protección y auxilio a la familia y comunidad de origen en el ejercicio de deberes y derechos, asignación privilegiada de recursos públicos, preferencia en la formulación y ejecución de políticas sociales públicas y de atención en los servicios esenciales, promoción de la formación de redes sociales que contribuyan a optimizar los recursos existentes, y prevalencia en la exigibilidad de su

protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los de personas mayores de edad o con los de entidades públicas o privadas.

El Sistema de Promoción y Protección Integral que se establece en la provincia de Buenos Aires presenta las mismas características que el descripto en la ley 26.081, contemplando idénticos fines y valiéndose de los mismos recursos para alcanzarlos. Las medidas de protección integral de los derechos son análogas a las dispuestas a nivel nacional.

Se erige como Autoridad de Aplicación de la ley al Ministerio de Desarrollo Humano, encargado del diseño, instrumentación, ejecución y control de políticas dirigidas a la niñez, como así también de la creación en cada municipio órganos descentralizados denominados Servicios Locales de Protección de Derechos, con la función de facilitar que el niño que tenga amenazados o violados sus derechos pueda acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad. Son creadas, asimismo, por esta normativa, otros tres órganos:

- Comisión Interministerial para la Promoción y Protección de los Derechos del Niño, cuya misión es la de coordinar las políticas y optimizar los recursos del Estado provincial, para asegurar el goce pleno de los derechos.
- Observatorio social, cuerpo integrado por representantes de la sociedad civil, la Iglesia católica y otras Iglesias que cuenten con instituciones de promoción y protección de la niñez y la familia. Sus funciones son el monitoreo y evaluación de los programas y acciones de la promoción y protección de los derechos del niño.
- Registro de Organizaciones de la Sociedad Civil con personería jurídica, que tengan como objeto temáticas de cualquier naturaleza vinculadas a los derechos de los niños.

Una diferencia con la normativa nacional ya comentada es la inclusión de un capítulo destinado a la enumeración de principios procesales para el caso de niños acusados o declarados culpables de infringir las leyes penales. Así, se establece la oralidad de las audiencias y vistas de causa, el trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor, el carácter reservado del proceso, la prohibición de difundir la identidad de los niños involucrados en procedimientos administrativos o judiciales en informaciones de toda índole, y la excepcionalidad de la internación o cualquier otra medida que implique el alojamiento del niño en una institución pública o privada. Estos artículos fueron derogados posteriormente por ley 13.634, pero recogidos en su totalidad, enumerándolos como “Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño”.

Es menester destacar la falta de concreción de los órganos previstos por la norma, y la falta de asignación de recursos en materia presupuestaria.

Ley 13.634. Sancionada el 28 de diciembre del año 2006, y complementaria de la ley 13.298 analizada ut supra, deroga el Patronato y modifica la ley orgánica del Poder Judicial y del Ministerio Público, instaurando el Fuero de Familia y el Fuero Penal Juvenil en la provincia de Buenos Aires. Estos fueros son reglamentados por el Decreto 151/07, creándose así el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, cuyos objetivos son la implementación de acciones de prevención del delito juvenil, la protección de los derechos y garantías de los jóvenes infractores a la ley penal, y la ejecución de medidas socioeducativas que posibiliten su real inserción en la comunidad de origen.

Tras la aprehensión del niño, dispone la ley el aviso inmediato a sus padres, tutores o responsables, al Agente Fiscal, al Defensor Oficial y al Juez de Garantías, indicando el motivo, el lugar en el que se encuentre y el sitio donde será conducido. Se establece la prohibición para las autoridades policiales de interrogar al menor acerca de su participación en el hecho, bajo pena de nulidad.

Al ordenar la apertura de la investigación, el Agente Fiscal dispondrá la comprobación inmediata de la edad de la persona presuntamente menor, informará los cargos que se le imputan y practicará todas las diligencias pertinentes a fin de establecer si existe un hecho delictuoso, las circunstancias del mismo, y si existen evidencias o indicios para promover la acción.

En caso de que el niño no hubiera alcanzado la edad establecida por la legislación nacional para habilitar su punibilidad, el Agente Fiscal solicitará al Juez de Garantías su sobreseimiento. Sin perjuicio de ello, si se advirtiera la vulneración de alguno de sus derechos, el Juez podrá disponer la aplicación de las medidas judiciales enumeradas en la misma norma, o las medidas de protección integral contenidas en la ley 13.298. En casos de extrema gravedad en que las características del hecho aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable, el Fiscal podrá requerir al Juez el dictado de una medida restrictiva de libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo.

Si el menor es imputable, previa audiencia oral ante el Juez de Garantías del Joven, con la presencia del Agente Fiscal y el Defensor Oficial, podrán imponérsele las siguientes medidas cautelares:

- Prohibición de salir de un territorio determinado.
- Prohibición de asistir a determinadas reuniones o espectáculos públicos, o de visitar ciertos lugares.
- Prohibición de aproximarse al ofendido, a su familia o a otras personas.
- Prohibición de comunicarse con determinadas personas.
- Obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine.
- Arresto domiciliario.

- Prisión preventiva.

Con respecto a la prisión preventiva, la ley dispone que, en causas graves, el Agente Fiscal podrá requerir al Juez de Garantías la fijación de una audiencia para decidir acerca de su procedencia. Es necesario, para ello:

- 1) que existan indicios vehementes del hecho y la participación del niño en su comisión;
- 2) que haya motivos para suponer que el niño pueda evadir la justicia o entorpecer la investigación;
- 3) que se haya recibido declaración al imputado o se haya negado a prestarla;
- 4) que no sea posible aplicar otra medida no privativa de la libertad.

La prisión preventiva no podrá exceder de ciento ochenta días, prorrogables por el mismo plazo ante requisitoria motivada del Agente Fiscal en caso de complejidad del hecho o pluralidad de autores. En ningún caso procederá la prisión preventiva cuando el delito sea pasible de ejecución condicional.

La ley faculta al Agente Fiscal para no iniciar la persecución o abandonar la ya iniciada, cuando considere que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto o para el futuro del niño.

Cuando hubiese detenidos, el plazo para la Investigación Penal Preparatoria será de ciento veinte días, pudiendo extenderse hasta sesenta días más, teniendo en cuenta la complejidad del hecho o el número de autores o partícipes.

Dentro de las cuarenta y ocho horas de radicada la causa, el Juez de Responsabilidad Penal Juvenil o, en su caso, el Tribunal de Menores, fijará la audiencia preparatoria del juicio oral, con citación a las partes y carácter reservado, en un plazo que no exceda de los quince días. En ella se realizará la lectura de los cargos que se le atribuyen al menor, y se producirá la prueba, resolviéndose, una vez concluida, la absolución del niño y el archivo de las actuaciones, o su responsabilidad penal y la aplicación de una o varias medidas judiciales. El artículo 68 enumera las siguientes:

- Orientación y apoyo socio-familiar, que consiste en la inclusión del niño en programas que tiendan a que asuma su responsabilidad en el hecho y a la reinserción social, promoviendo el apoyo necesario dentro de su familia y su medio.
- Obligación de reparar el daño, para los delitos de contenido patrimonial.
- Prestación de servicios a la comunidad por un término no mayor a seis meses, que deberán cumplirse en establecimientos públicos o privados sin fines de lucro.
- Derivación a los Servicios Locales de Protección de Derechos.
- Imposición de reglas de conducta, como la asistencia a centros educativos, de formación profesional o trabajo social, la ocupación del tiempo libre en programas determinados, la abstención de consumir sustancias que provoquen dependencia, y todas aquellas previstas por la legislación de fondo.

Rigen para su aplicación los siguientes principios:

- 1) Proporcionalidad de la respuesta al delito a la circunstancias y gravedad del mismo, y a la particular situación y necesidades del niño.
- 2) Carácter restringido para la aplicación de penas privativas de la libertad.
- 3) Interés superior del niño como rector en el examen de los casos.

Las medidas aplicables tienen como finalidad “*fomentar el sentido de responsabilidad del niño y orientarlo en un proyecto de vida digno*” (artículo 69) y deberán determinarse teniendo en cuenta la comprobación del hecho delictivo y de la participación del niño en él, su naturaleza y gravedad, el grado de responsabilidad del menor, la proporcionalidad e idoneidad de la medida, la capacidad del niño para cumplirla, los esfuerzos del niño para reparar los daños y los resultados de los informes técnicos solicitados en la causa.

En caso de disponer el juez la pena privativa de la libertad, deberá ser cumplida en establecimientos especializados para niños. El tiempo que hubiera estado privado de la libertad con anterioridad al dictado de la sentencia, se tendrá en cuenta para el cómputo de la pena.

II.IV. Proyectos de reforma.

Proyecto 6789-D-2005: Este proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, encabezado por el diputado Emilio García Méndez y con fundamento en la Convención de los Derechos del Niño, establece el régimen aplicable a los menores de entre catorce y dieciocho años, es decir, con una reducción de dos años en el límite de imputabilidad vigente en la actualidad. Señala como principios rectores para su interpretación, la formación integral, la reintegración de los menores en su familia y en la sociedad, y la mínima intervención. Se destaca en el articulado la aplicación a los menores de las garantías sustantivas y adjetivas reconocidas a los adultos, y el carácter excepcional de la privación de libertad durante el proceso, al considerar –conforme es explicado en su fundamentación- que el problema de la criminalidad no se resuelve con penas elevadas, sino por vías menos traumáticas para el niño.

Por otro lado, se introduce la figura de la conciliación para aquellos delitos cuya pena no consista en la privación de la libertad, con efectos extintivos de la acción penal tras el cumplimiento, por parte del menor, de las obligaciones que se pactaren. Esta instancia conciliatoria puede tener lugar en cualquier etapa del proceso, antes del dictado de la sentencia.

La iniciativa incluye, asimismo, un catálogo de sanciones aplicables a los menores declarados penalmente responsables, cuya determinación quedará a cargo del juez, mediante resolución fundada, y que podrán consistir en prestación de servicios a la

comunidad, reparación del daño, órdenes de orientación y supervisión, libertad asistida, privación de libertad durante el fin de semana o tiempo libre, privación de libertad domiciliaria y privación de libertad en centros especializados. Esta última sanción sólo podrá ser aplicada por la comisión de homicidios dolosos, delitos contra la libertad sexual, robo con armas aptas para el disparo, robo con violencia física hacia las personas y secuestros extorsivos. La libertad condicional es posible al cumplirse la mitad de la condena.

Proyecto 391-S-2006: Esta iniciativa de la senadora Vilma Ibarra recibe el nombre de “Régimen legal aplicable a los adolescentes que cometen delitos”, considerando como tales a los menores de entre catorce y diecisiete años de edad. Las personas que se encuentren por debajo de la edad mínima están exentas de responsabilidad penal, como así también quienes tengan catorce o quince años, respecto de los delitos de acción privada sancionados con multa, inhabilitación o pena mínima de privación de libertad inferior a tres años, y quienes tengan dieciséis o diecisiete años, respecto de los mismos delitos, pero con pena mínima inferior a dos años.

Se establece el derecho de los padres o responsables del menor a participar en el proceso y a ser notificados de las resoluciones judiciales, como así también la figura de un equipo interdisciplinario asesor del juez, a través de la elaboración de dictámenes y la evacuación de consultas.

La privación de libertad provisional tiene carácter excepcional y un límite temporal de sesenta días corridos.

El proyecto prevé la instancia conciliatoria, a solicitud del adolescente, la víctima o el fiscal, con efectos extintivos de la acción penal tras el cumplimiento de los compromisos pactados en el acuerdo. Se admite también la suspensión del juicio a prueba para aquellos delitos no reprimidos con pena privativa de la libertad en un centro especializado.

Las sanciones que el magistrado puede aplicar en forma simultánea, sucesiva o alternativa son las siguientes: advertencia con apercibimiento, pedido de disculpas a la víctima, reparación del daño causado, prestación de servicios a la comunidad, obligación de someterse a tratamiento médico o psicológico, inhabilitación, privación de la libertad durante el fin de semana o tiempo libre, privación de la libertad en forma domiciliaria, y privación de la libertad en centro especializado como último recurso. Se debe tener en cuenta, para su determinación, la racionalidad del hecho cometido, la edad del adolescente, la comprensión del daño, los esfuerzos para repararlos y la capacidad para cumplir con la sanción. Está prevista en este modelo la libertad condicional, pero no la ejecución condicional.

Proyecto 734-S-2008: Con la autoría de las senadoras María Cristina Perceval y Sonia Margarita Escudero, refiere -al igual que el Proyecto 6789-D-2005- al régimen penal

aplicable a los menores de entre los catorce y dieciocho años de edad. Se exime de responsabilidad a las personas que no alcancen los catorce años; a quienes tengan catorce o quince años respecto de delitos de acción privada sancionados con multa, inhabilitación o pena mínima de privación de libertad inferior a tres años; y a quienes tengan dieciséis o diecisiete años respecto de los delitos de acción privada sancionados con multa, inhabilitación o pena mínima de privación de libertad inferior a dos años.

Se establece la libertad como regla del proceso, manteniendo al menor dentro de su núcleo familiar o dejándolo al cuidado de otra persona en caso de que lo primero no fuera posible, y se permite la participación de los padres en las actuaciones.

El proyecto prevé también la asistencia al magistrado de un equipo interdisciplinario dedicado a la elaboración de dictámenes y recomendaciones adecuadas a cada caso.

Las sanciones que enumera son las disculpas personales ante la víctima, la reparación del daño causado, la prestación de servicios a la comunidad, órdenes de supervisión y orientación, inhabilitación para conducir vehículos, y la privación de libertad durante el fin de semana o tiempo libre, en domicilio o en centro especializado. Su aplicación por parte del juez requiere, previamente, la presentación de informes del equipo interdisciplinario sobre el medio social, las condiciones de vida del menor, su estado general de salud y las circunstancias que fueran pertinentes según el caso. La privación de libertad en centro especializado sólo podrá disponerse cuando se trate de personas responsables por delitos dolosos con resultado de muerte y delitos contra la integridad sexual reprimidos con pena mínima superior a los cinco años de prisión o reclusión, en el caso de menores de catorce o quince años, y superior a los tres años de prisión o reclusión, para los menores de dieciséis o diecisiete años. No está prevista la figura de la libertad condicional.

Una novedad respecto de los otros proyectos es la posibilidad de solicitar la mediación penal, de carácter confidencial, voluntario, imparcial, estructurado e informal, y con efectos extintivos respecto de la acción penal al cumplir el menor con el acuerdo homologado por el magistrado. Se admite también la instancia conciliatoria para aquellos delitos en los que no sea procedente la aplicación de privación de libertad.

Proyecto de Unión PRO: El bloque de diputados bonaerense de Unión-PRO presentó en la legislatura un proyecto con objeto de modificar el régimen penal juvenil vigente en la provincia, a fin de que los menores de entre dieciséis y dieciocho años que cometan delitos deban cumplir con las mismas condiciones que un adulto para acceder a la excarcelación.

Capítulo III

La realidad latinoamericana

III.I Antecedentes Generales

En la doctrina penal de América Latina se habla de diversas etapas en las que se ha ido incorporando el balanceo de penas y medidas en las legislaciones de responsabilidad penal de menores:

- Una primera etapa, de extrema severidad, con sanciones rigurosas y escasas excepciones de medidas.
- Una segunda etapa, de indulgencia extrema de sistemas administrativistas, casi exclusivamente tutelares, que dejaban a las autoridades la discrecional elección y determinación de la duración de medidas imprecisas. Se trata de la **doctrina de la situación irregular**.
- Una tercera etapa, de jerarquización jurídico-constitucional de derechos y garantías de los niños.
- Una cuarta etapa, de reconocimiento, proclamación y vigilancia de los Derechos del Niño en tratados internacionales.
- Una quinta etapa, de actualización generalizada de las legislaciones nacionales.

La Convención de los Derechos del Niño implicó, para América Latina, un cambio radical desde el punto de vista jurídico, político, histórico y cultural: “... *la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde esa perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes.*”¹⁸ En pocas palabras, se pasa de la concepción del menor como objeto de protección a una visión de éste como **sujeto pleno de derechos**. De todas formas, la Convención vino a instaurar derechos universales e igualdades en contextos sociales y económicos profundamente desiguales, en los que el arraigo al sistema tutelar da lugar a una dualidad en la convivencia de la doctrina de la situación irregular con la de la protección integral.

Para Mary Beloff, tras la Convención los países latinoamericanos se encontraron, en la década 1990-2000, en tres situaciones diferentes:

- a) en algunos, la ratificación de la Convención no produjo más que un impacto político superficial o retórico –como es el caso de México, Argentina, Chile y Uruguay;

¹⁸ Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, 1era. Edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, pág. 4.

- b) en otros, se introdujeron reformas legales y eventualmente institucionales, que sólo operaron como una adecuación formal o eufemística, ya que no implicó un cambio en la concepción;
- c) y finalmente, otros países han realizado una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional, siendo el ejemplo más citado Brasil.

El cambio de paradigma quedó plasmado, a nivel latinoamericano, mediante la Opinión Consultiva 17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2002, en la cual se reconoció al niño como un verdadero sujeto de derechos.

III.II. Características actuales

- Cambio de denominación en las leyes.
- Se reconoce que los niños y adolescentes son sujetos de derecho en etapa de desarrollo, lo que admite que adquieran responsabilidades en forma paulatina.
- Se distinguen los delitos de otras situaciones de inconducta social, y se prevé una respuesta administrativa o del fuero civil o de familia para estas últimas situaciones.
- Se establecen las mismas garantías sustanciales y formales para los menores que para los adultos.
- Se procura evitar el enjuiciamiento de los menores, instaurando soluciones alternativas para no iniciarlo, suspenderlo o concluirlo anticipadamente.
- La pena privativa de libertad es considerada *ultima ratio*.¹⁹
- Se crea una justicia especializada en la materia.
- Se permite la participación de la víctima en el proceso.

Los primeros países en adaptar su legislación a la Convención fueron Brasil (1990), Bolivia (1992), Perú (1994), El Salvador (1994), Honduras (1995) y Costa Rica (1996). Algunos lo hicieron a través de códigos integrales; otros, en forma de leyes especiales. El siguiente cuadro de elaboración propia sintetiza las legislaciones juveniles vigentes en América Latina y su entrada en vigencia:

País	Ley	Año
Bolivia	Código del Niño, Niña y Adolescente	1992
Brasil	Estatuto del Niño y del Adolescente	1990
Chile	Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente	2007
Colombia	Código de la Infancia y la Adolescencia	2006
Costa Rica	Ley de Justicia Penal Juvenil	1996
Ecuador	Código de la Niñez y la Adolescencia	2003
El Salvador	Ley del Menor Infractor	1995
Guatemala	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia	2003
Honduras	Código de la Niñez y la Adolescencia	1994

¹⁹ Así lo establece el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño.

México	Cada Estado dicta la suya, tras la reforma del art. 18 de la Constitución	-
Nicaragua	Código de la Niñez y la Adolescencia	1998
Panamá	Régimen Especial para la Responsabilidad Penal de la Adolescencia	1999
Paraguay	Código de la Niñez y la Adolescencia	2001
Perú	Código de los Niños y Adolescentes	2000
Uruguay	Código de la Niñez y la Adolescencia	2004
Venezuela	Ley Orgánica del Niño y del Adolescente	2000

A pesar de estos avances, la realidad material de los sistemas latinoamericanos es de gravedad y ha cobrado notoriedad en toda la región. Según el “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos” emanado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, América Latina y el Caribe es la región del mundo con mayores índices de criminalidad juvenil. Entre los datos que recoge el trabajo, elaborado en base a las presentaciones hechas ante el organismo, se destaca el elevado índice de homicidios. Así, frente a los 8,9 homicidios por cada 100.000 habitantes que se registran en Europa, los 3,4 de las regiones del Pacífico Occidental y 5,8 del Pacífico Oriental, América Latina presenta un promedio de 25,6. Estos datos se vuelven aún más preocupantes para la Comisión Interamericana al desglosar la tasa de homicidios en jóvenes de entre quince y veintinueve años, donde se eleva a 68,9 por cada 100.000 habitantes en la región latinoamericana.

Bolivia

En el año 1992, y como parte del compromiso asumido por el Estado al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, fue promulgado el tercer²⁰ Código del Menor, que constituyó un avance cualitativo para la superación del régimen tutelar, aunque mantuvo resabios del mismo desde su nominación. El Código del Niño, Niña y Adolescente que se encuentra vigente en la actualidad fue aprobado por la ley 2026 de 1999, entrando en vigencia al año siguiente. Si bien fija su competencia en razón de la edad hasta los dieciocho años, en lo que respecta a las infracciones penales reduce la aplicación a los adolescentes de entre doce y dieciséis años.²¹ Los niños y niñas menores de doce años quedan exentos de responsabilidad; los adolescentes mayores de dieciséis, se rigen por la legislación penal ordinaria, con la protección especial que instituye el Código.

²⁰ El primer Código del Menor fue promulgado en Bolivia en 1966; el segundo, en 1975, ambos en el marco de la doctrina de la situación irregular.

²¹ Es éste un aspecto criticado del Código boliviano, ya que introduce un tratamiento diferenciado dentro de la población adolescente que no se condice con la Convención de los Derechos del Niño ni con los principios de la Doctrina de Protección Integral. El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N°10 del año 2007, recomendó a aquellos Estados Parte que permiten que los niños de dieciséis o diecisiete años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes a fin de lograr la plena aplicación de las normas de justicia de menores, sin discriminación alguna.

Comprobada la comisión de una infracción, el Juez de la Niñez y Adolescencia puede seleccionar la medida socio-educativa a aplicar del catálogo que incorpora la norma, y que las clasifica en sanciones, órdenes de orientación y medidas privativas de la libertad. Se preceptúa el carácter excepcional de estas últimas, bajo principios de brevedad y respeto a la condición peculiar de la persona en desarrollo: en el caso de adolescentes mayores de catorce pero menores de dieciséis años de edad, su duración no podrá ser superior a cinco años; en el caso de adolescentes de entre doce y catorce años no cumplidos, no podrá exceder los tres.

El sistema boliviano habilita la posibilidad de terminar anticipadamente el proceso a través de la remisión -concertada antes del inicio del juicio por el representante del Ministerio Público, o con posterioridad por el Juez-, cuando sea el primer delito del adolescente, se trate de infracciones sancionadas con pena privativa de libertad no superior a cinco años o el delito carezca de relevancia social (artículo 254).

Sin embargo, de acuerdo con el Informe *“Justicia Penal Juvenil en Bolivia. De la realidad que tenemos a la justicia que queremos”*, elaborado en 2012 por la organización no gubernamental Defensa de Niñas y Niños Internacional (DNI), las disposiciones del Código no se hicieron efectivas, atento a que no fueron establecidos los servicios especializados para el cumplimiento de las medidas socio-educativas no privativas de la libertad, *“subsistiendo en la práctica la privación de libertad como única respuesta estatal y, aún ésta, en condiciones de grave deficiencia, totalmente al margen de la Doctrina de la Protección Integral y el sistema especializado de justicia que propugna.”*²² El informe expone los resultados de un estudio realizado durante el año 2011 en los Departamentos de Santa Cruz, La Paz, Cochabamba y Oruro, acerca de la situación socio-jurídica de los adolescentes en conflicto con la ley. En 2010, de un total de 9.972 personas privadas de la libertad, 838 eran adolescentes de entre doce y dieciocho años de edad; es decir, un 8% de la población carcelaria. De 969 casos de adolescentes de entre doce y quince años en conflicto con la ley conocidos por los Juzgados de la Niñez y Adolescencia en el mismo período, 642 llegaron al cumplimiento de una sanción a través de los Servicios de Gestión Social (SEDEGES), de los cuales 604, un 94%, fueron remitidos directamente al programa de privación de libertad. El 48% de las infracciones a la ley cometidas por este grupo etario fueron delitos contra la propiedad que, al ser considerados menos graves, podrían haber dado lugar a medidas socio-educativas no privativas de la libertad.

En el mes de abril de 2013, fue presentado por la Ministra de Justicia un anteproyecto de ley para la sanción de un Nuevo Código del Niño, Niña y Adolescente, que busca corregir las falencias del vigente.²³

²² *“Justicia Penal Juvenil en Bolivia. De la realidad que tenemos a la justicia que queremos”*, informe de DNI Bolivia, febrero de 2012, pág. 10.

²³ *“Anteproyecto de Código Niño Niña Adolescente fue presentado en la ciudad de Cochabamba”*, nota de prensa del Ministerio de Justicia, disponible en:

Fue el primer país de América Latina en adecuar su legislación nacional a los términos de la Convención de los Derechos del Niño, a través del Estatuto del Niño y del Adolescente, sancionado por ley 8069 en 1990 y modificado por ley 10.764 en 2003.²⁴ El Estatuto se asienta en el principio de que todos los niños –de hasta doce años incompletos- y los adolescentes –de doce a dieciocho años no cumplidos- gozan de los mismos derechos y están sujetos a obligaciones compatibles con su peculiar condición de desarrollo. Los menores de dieciocho años son declarados inimputables, pero se prevé un sistema especial de respuesta para los adolescentes.

La norma se estructura a partir de tres grandes sistemas de garantías:

- a) El Sistema Primario, que comprende las políticas públicas universales de atención a todos los niños y adolescentes, sin distinciones.
- b) El Sistema Secundario, que trata de las medidas de protección dirigidas a los niños y adolescentes en situación de riesgo personal o social, en tanto víctimas de una acción u omisión violatoria de sus derechos.
- c) El Sistema Terciario, que abarca las medidas socioeducativas aplicables a los adolescentes en conflicto con la ley e instaura el régimen de Responsabilidad Penal Juvenil.

Este triple modelo opera de forma armónica, mediante una puesta de acción gradual e integrada: cuando el niño o adolescente escapa del sistema primario de prevención, se activa el sistema secundario, cuyo principal operador es el Consejo Tutelar. Estando el adolescente en conflicto con la ley, se activa el sistema de medidas socioeducativas.

Sólo puede privarse a un adolescente de su libertad en caso de flagrancia o por orden escrita y fundamentada de autoridad judicial competente (art. 106), permitiéndose una duración máxima de tres años.

<http://www.justicia.gob.bo/index.php/noticias/notas-de-prensa/982-anteproyecto-de-codigo-nina-nino-adolescente-fue-presentado-en-la-ciudad-de-cochabamba> (consultado por última vez en 26-06-13).

²⁴ El costo para Brasil por su condición de precursor “*se evidencia en algunas concesiones del texto del ECA a la Doctrina Tutelar. (...) la ausencia de reglas sobre el proceso de ejecución de las medidas socioeducativas, la posibilidad de un acuerdo de remisión ante el Ministerio Público sin la presencia del Defensor en la fase anterior a la instauración del proceso de investigación de la responsabilidad penal juvenil ante el Poder Judicial, la ambigüedad en la definición de los tipos penales que autorizan la privación de libertad, y otros deslices de la legislación que comprometen el rigor garantista, resultan ‘rendijas’ en el sistema, por donde se introduce el germen de la doctrina tutelar.*” (Costa Saraiva, Joao Batista, *La responsabilidad penal de los adolescentes: el debate actual en el Brasil*, en García Méndez, Emilio (Compilador), *Infancia y Democracia en la Argentina. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes*, 1era. Ed., Buenos Aires: Del Signo, 2004, pág. 123.

Antes de iniciarse el procedimiento judicial, el representante del Ministerio Público posee la facultad de conceder la remisión como forma de exclusión del proceso, en base a las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente y su mayor o menor participación en el acto infractor. La remisión se justifica cuando la defensa social asume un valor inferior que el que implica el costo, viabilidad y eficacia del proceso formal; así, pueden remitirse los delitos leves, en los que se prevén dificultades de naturaleza probatoria y cuyo resultado, además de incierto, consistirá en una simple advertencia. Puede ser revisada judicialmente y tiene como requisito previo su homologación.

Chile

La Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente que se encuentra vigente data del año 2007, y establece un sistema de responsabilidad para los menores de entre catorce y dieciocho años de edad que infrinjan la ley penal. Su principal objetivo es el de reinserir a los jóvenes en la sociedad a través de sus programas especiales.

Si bien el límite para la responsabilidad se encuentra establecido en los catorce años –lo que implica una reducción de dos años respecto de la legislación anterior-, la norma en estudio distingue dos segmentos o grupos etarios: menores de entre catorce y dieciséis, por un lado, y menores de entre dieciséis y dieciocho años, por el otro.

Otra de sus particularidades es que la pena privativa de la libertad se indica únicamente para los delitos más graves, a saber: robo con violencia, robo con violación, secuestro con violación, robo con homicidio, homicidio o robo calificado, robo en lugar habitado, robo con violencia o intimidación, riñas con resultado de homicidio, lesiones graves y porte de armas.

La ley chilena faculta a los fiscales para el ejercicio del criterio de oportunidad establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal, para lo cual deberán tener en consideración la incidencia de la decisión en la vida del adolescente. También se prevé la suspensión de la imposición de condena por seis meses, cuando concurrieran antecedentes que hicieran desfavorable su aplicación (artículo 41).

Colombia

En el año 2006 fue sancionada la ley 1098, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Entiende por niño a todas aquellas personas entre cero y doce años, y por adolescente a aquellas entre doce y dieciocho años. Fija el límite de inimputabilidad absoluta en los catorce años, adoptando, como bien refleja el artículo 142, el sistema de presunción *jure et de jure* (“...Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25

del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible...”).

Cuando una persona menor de catorce años incurra en la comisión de un delito, sólo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos y deberán vincularse a procesos de educación y protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Para aquellos menores alcanzados por el Código que hubieran cometido una infracción penal, se prevé la aplicación de diversas sanciones de carácter protectorio, educativo y restaurativo. La privación de libertad puede imponerse sólo a los adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años que sean hallados responsables por delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda los seis años de prisión, y a los mayores de catorce en el caso de ser hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

El sistema colombiano de responsabilidad juvenil posibilita la terminación anticipada del proceso a través de la conciliación y el criterio de oportunidad.

Costa Rica

En este país se encuentra en vigencia la Ley de Justicia Penal Juvenil, aprobada el 6 de febrero de 1996, que adopta el sistema de presunción *jure et de jure* y establece su ámbito de aplicación para aquellas personas de entre doce y dieciocho años de edad al momento de la comisión del hecho tipificado como delito (artículo 1). Fuera de este límite, los menores no serán objetos de la ley, quedando a salvo su responsabilidad civil; no obstante, se informará al Patronato Nacional de la Infancia, con el fin de que se les brinde atención y se les realice un seguimiento.

Los rasgos fundamentales que caracterizan al modelo costarricense de responsabilidad juvenil son los siguientes:

- Especificidad del derecho penal juvenil.
- Desjudicialización de la intervención penal.
- Intervención mínima y principio de subsidiariedad.
- Preferencia de sanciones no privativas de la libertad. En caso de ser aplicadas, su duración máxima será de diez años para la franja comprendida entre los doce y quince años de edad; y de quince años, para aquellos de entre quince y dieciocho años de edad.
- Diferenciación de dos grupos etarios: a partir de los doce hasta los quince años de edad; y desde los quince a los dieciocho años de edad no cumplidos.
- Proceso garantista, flexible, sumario, único y confidencial.

- Preponderancia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones.

La ley admite la figura de la conciliación como acto voluntario entre el ofendido y el menor de edad, durante los diez días posteriores a la formulación de la acusación. El juez asumirá el carácter de conciliador e instará a las partes a un acuerdo. La conciliación procede en los mismos casos en que la admite la justicia penal de adultos. También se encuentran regulados por la ley costarricense la suspensión de juicio a prueba (artículo 89) y el criterio de oportunidad (artículo 56), como otras formas de terminación anticipada del proceso.

El Salvador

La Ley del Menor Infractor –decreto 863 aprobado en abril de 1994- se aplica a los mayores de doce y menores de dieciocho años de edad (artículo 2). Quienes no hubieran cumplido los doce años están exentos de responsabilidad, debiendo, en su caso, darse aviso al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.

Los menores que hubieran cometido una infracción a la ley penal serán sancionados con las medidas socio-educativas en esta norma. La privación de la libertad no podrá superar los cinco años, en el caso de los menores de entre doce y dieciséis años; para aquellos que tengan entre dieciséis y dieciocho años de edad, se aplica la mitad de la pena establecida en el Código Penal, nunca excediendo los siete años.

Se admiten en el ordenamiento salvadoreño medidas alternativas al proceso, como son la conciliación, la remisión y la renuncia de la acción.

Este país dictó en el año 2004 una Ley para combatir las Actividades Delincuenciales –o Ley Antimaras-, con vigencia de noventa días y aplicable a toda persona mayor de doce años por el solo hecho de pertenecer a una mara, definida como la agrupación de menores, liderada por adultos, que en su accionar afecte la pacífica convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbres o la seguridad ciudadana.²⁵ Se incorpora el criterio del discernimiento, por el cual el menor de dieciocho años que posea “*discernimiento de adulto*” será juzgado como tal. Para estas personas, la conciliación resulta improcedente, se elimina la posibilidad de renuncia a la acción por parte del Fiscal, y se eleva el máximo de restricción de la libertad a veinte años.

Ecuador

²⁵ Las maras constituyen un fenómeno socio-cultural que tiene lugar en Centroamérica, particularmente en El Salvador, Guatemala y Honduras, que se caracteriza por la utilización de violencia, tanto contra miembros de otras maras, como contra la ciudadanía en general. La pertenencia a una de ellas se da con el cumplimiento de los siguientes requisitos: reunión habitual; segmentos de territorio exclusivo en relación a otras maras; señas o símbolos –por ejemplo, marcas o tatuajes- como medio de identificación.

A través de la Ley 100 RO/737 de 2003, se sanciona el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, cuyo Libro Cuarto regula específicamente la responsabilidad de los adolescentes infractores de la ley penal, considerándose adolescente a todo menor de entre doce y dieciocho años de edad. Así, el artículo 305 dispone: *“Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales.”* Los que cometan infracciones tipificadas en la ley penal, estarán sujetos a las medidas socio-educativas contenidas en el Código.

Las penas privativas de la libertad sólo pueden aplicarse a los mayores de catorce años de edad y por infracciones sancionadas con reclusión. A los adolescentes menores de catorce años, se les aplicará en caso de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte (artículo 369, pto. 10).

El sistema ecuatoriano prevé la conciliación, la suspensión del juicio a prueba y la remisión como formas de terminación anticipada del proceso; no así el criterio de oportunidad.

Guatemala

El Código de la Niñez y la Juventud, sancionado a través del Decreto 78-96 de 1996, establece la inimputabilidad hasta los dieciocho años, pero ingresando el menor a partir de los doce en el sistema específico aplicable a los jóvenes. Verificada la comisión de un hecho delictivo por el menor, o su participación en él, el Juez se encuentra facultado para aplicar en forma simultánea, sucesiva o alternativa, medidas socio-educativas, órdenes de orientación y supervisión, o medidas privativas de la libertad (artículo 265). La medida de internamiento en un centro especializado es considerada la más grave y, por tanto, de carácter excepcional, pudiendo ser aplicada sólo en los siguientes casos:

- a) cuando se trate de delitos dolosos sancionados con pena de prisión superior a seis años;
- b) cuando se haya incumplido injustificadamente con otras medidas impuestas.

La duración máxima de la privación de libertad será de cinco años, para jóvenes de entre quince y dieciocho años de edad; y de tres años, para jóvenes con edades entre los doce y quince años (artículo 275).

El sistema guatemalteco prevé la conciliación, la remisión y el criterio de oportunidad reglado como formas de terminación anticipada del proceso. La conciliación procede en todos aquellos delitos y faltas donde no existiere violencia grave contra las personas (artículo 212). La remisión puede aplicarse cuando la acción cometida está sancionada con pena de prisión con un mínimo inferior a tres años, teniendo en cuenta el grado de participación en el daño causado y su reparación (artículo 220). El criterio de oportunidad puede ser ejercido cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, lo exiguo de la

contribución del partícipe o su mínima culpabilidad, no afecte el interés público (artículo 221).

Honduras

El Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por el Decreto 73-96 del año 1996, considera infancia al período que va desde el nacimiento hasta los doce años en los varones y catorce en las mujeres, y adolescencia al que abarca desde las edades mencionadas hasta los dieciocho años. El Título III del Código, “*De los niños infractores de la ley*” establece específicamente que no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria, pudiendo sólo deducírseles la responsabilidad prevista en el cuerpo normativo (artículo 180). Es decir, a partir de los dieciocho años ingresan al sistema penal de los adultos, pero desde los doce y catorce años, de acuerdo al sexo, son responsables y susceptibles de medidas socio-educativas, entre las cuales se encuentra la internación en establecimiento especializado. La duración máxima de esta sanción privativa de la libertad es de ocho años (artículo 198).

Se encuentran previstos en la norma, como alternativas a la pena, la conciliación, la remisión y el criterio de oportunidad. La conciliación procede en aquellas infracciones en que no hubiera existido violencia contra las personas (artículo 220). El criterio de oportunidad puede ser ejercido por el Ministerio Público sólo con respecto a infracciones cuya pena de reclusión no supere los cinco años, en el caso de responsabilidad mínima por parte del niño, cuando éste hubiera hecho lo que estaba a su alcance para impedir el hecho o limitar sus efectos, cuando hubiera sido gravemente afectado por la acción u omisión, y cuando la infracción no hubiese tenido un impacto social significativo (artículo 224). La remisión a programas comunitarios puede tener lugar para aquellas infracciones cuya pena aplicable no exceda de dos años (artículo 225).

En el año 2003 se dictó, a través del Decreto 117, la llamada **ley antimaras**, acogiendo la realidad vivenciada en la sociedad hondureña de una criminalidad violenta protagonizada por grupos o asociaciones con fines ilícitos. Se modificó por medio de esta norma el artículo 332 del Código Penal, que reprimía la mera pertenencia a una de estas pandillas, aumentando la pena a un mínimo de nueve y un máximo de doce años de reclusión para los jefes o cabecillas, y disponiendo dicha pena rebajada en un tercio para los demás miembros.

México

El Instituto Mexicano de la Juventud informó que, en el año 2004, 45.593 menores de edad realizaron actividades de índole delictiva, siendo el robo, con 41% de los casos, el delito de mayor incidencia. La cifra de menores detenidos creció en 2005 a 61.741, de los cuales 22.983 fueron hallados responsables; de ellos, 9.674 permanecieron en reclusión, 9.840 recibieron tratamiento externo y a 3.469 se les aplicaron otras medidas de tratamiento. Según datos del Cuaderno Mensual de Estadística Penitenciaria, de la Dirección del Archivo Nacional de Sentenciados, en 2008 fueron detenidos 14.213 menores, lo que implica un decrecimiento en un 37,15% respecto del año 2005 y una posible muestra de resultados positivos de la reforma constitucional.²⁶

Una cuestión particular que se da en este país es la alta participación de jóvenes en la delincuencia organizada, específicamente en las actividades del narcotráfico. Esto puede observarse en las tasas registradas por el INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía): sólo en 2008 se detuvo a 1.719 personas de dieciocho y diecinueve años por la presunta comisión de delitos federales; de estos, 949 eran delitos relacionados con el tráfico de drogas, mientras que 545 eran violaciones a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

En 2005, y tras años de debates, se aprobó la reforma al artículo 18 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que insta *“un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales”*²⁷, cuyo ámbito de aplicación personal alcanza a adolescentes de entre doce y dieciocho años, superándose así el ya obsoleto régimen tutelar. Quienes hayan cometido un delito y no alcancen la edad mínima, serán sometidos a rehabilitación y asistencia social, pero no podrán ser privados de su libertad.

De este modo se establece un sistema de justicia independiente para los adolescentes, con jueces, ministerios públicos y defensores especializados, que determinarán si se cometió o no una infracción a la ley penal. La privación de la libertad será el último recurso que sólo debe aplicarse para delitos graves. Para los delitos menos graves se prevén sanciones de trabajo comunitario, con un enfoque educativo y de reintegración.

Al tratarse México de una República Federal conformada por la unión entre 31 entidades Federativas libres y soberanas y un Distrito Federal, la reforma señaló un plazo para que cada legislatura local sancionara su ley e implementara las instituciones del sistema integral. En el caso del Distrito Federal, la Ley Federal de Justicia para Adolescentes entrará en vigencia el 27 de diciembre de 2014. La norma prevé procedimientos de conciliación, mediación y suspensión de juicio a prueba, como alternativas al juicio, y un catálogo de

²⁶ *“Jóvenes delincuentes: tendencias a la alza.”*, del Diario La Vanguardia de México, disponible en: <http://www.vanguardia.com.mx/jovenesdelincuentestendenciasalaalza-469524.html> (última consulta: 08 de junio de 2013).

²⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en www.diputados.gob.mx.

medidas orientadas a la reintegración social del menor. Las medidas de internamiento sólo pueden aplicarse como último recurso, únicamente a quienes tuvieran al momento de comisión del hecho entre catorce y dieciocho años no cumplidos y sólo en el caso de los delitos graves enumerados por la ley.

Nicaragua

El Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por ley 287 de mayo del año 1998, dedica el libro tercero al sistema de justicia penal especializada, aplicable a los adolescentes de entre trece y dieciocho años de edad al momento de la comisión del hecho (artículo 95). Comprobado el hecho delictivo, el Juez Penal de Distrito del Adolescente podrá ordenar las medidas socio-educativas que se encuentran enumeradas en el Título IV del Código. La privación de libertad será aplicable cuando:

- a) se hubiere cometido asesinato atroz, asesinato, homicidio doloso, infanticidio, parricidio, lesiones graves, violación, abuso deshonesto, raptó, robo, tráfico de drogas, incendio y otros estragos, envenenamiento o adulteración de agua potable, bebidas, comestibles o sustancias medicinales;
- b) hubiese incumplido las medidas socio-educativas impuestas.

La duración máxima de la restricción en un centro especializado será de seis años.

El sistema nicaragüense no permite la remisión ni la suspensión del juicio a prueba; sí la conciliación, que procede únicamente en el caso de delitos sancionados con una pena que no sea privativa de la libertad (artículo 148), y el criterio de oportunidad (artículo 155 inc. b).

Panamá

En el mes de agosto de 1999 fue promulgada la Ley 40, que instauró el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia en Panamá (RERPA), con un ámbito subjetivo de validez especial, ya que su normativa se aplica sólo a los adolescentes de entre catorce años y quienes no hubieran cumplido los dieciocho. Por debajo del límite establecido, no existe responsabilidad penal ni sanciones de ningún tipo; la respuesta del Estado, en el caso, se rige por el Código de Familia y da lugar a medidas reeducativas.

Se hace, en esta norma, una enumeración extensiva de los derechos de los adolescentes, de las garantías penales y procesales que los protegen como al resto de los ciudadanos, así como de los derechos y garantías especiales en razón de su condición de personas en estado de crecimiento y desarrollo. Se diseña un sistema de instituciones especiales y especializadas. Especiales, en tanto estas entidades tienen una dedicación exclusiva y competencia privativa en la materia; especializada, porque la ley requiere que quienes

operan el sistema estén capacitados específicamente en derechos de la niñez y la adolescencia.²⁸ La implementación de estos órganos se efectivizó recién en el año 2003, cuando se instalaron cinco Tribunales Penales de Adolescentes, el mismo número de Defensores oficiales y de Fiscalías, y un Juzgado de Ejecución de Sanciones.

La Ley 40 es también una ley procesal, pues consagra reglas de procedimiento desde el inicio de la investigación hasta la celebración del juicio, e introduce institutos como la remisión (artículo 65), la conciliación (artículo 69), el ejercicio del criterio de oportunidad (artículo 67) y la suspensión condicional del proceso (artículo 96).

El RERPA alteró fundamentalmente el uso de la privación de la libertad como método de control social de los adolescentes, permitiendo sólo su aplicación para una lista cerrada de delitos, a saber: homicidio doloso, violación, tráfico de drogas, robo, secuestro y terrorismo. La Ley 46 de 2003 añadió a la lista las lesiones dolosas gravísimas y las lesiones dolosas con resultado de muerte, y eliminó el terrorismo, en atención a que el Código Penal no consagra un tipo penal con tal denominación. La duración máxima de la pena de prisión es de siete años, límite modificado por la mencionada Ley 46.²⁹

Paraguay

El Código de la Niñez y Adolescencia (ley 1680 del año 2001) establece una edad mínima para la responsabilidad penal a partir de la adolescencia, lo que remite a la Ley 2179 del año 2003, en la que se define como adolescente a toda persona de entre catorce y diecisiete años.

Ante la comisión de un hecho punible por parte de un adolescente, se aplican, en primer término, las medidas socio-educativas descriptas en la norma, y sólo cuando ello no sea suficiente, medidas correccionales o una medida privativa de la libertad (artículo 196).

La privación de la libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de cuatro años, que se amplía a ocho en el caso de conductas calificadas como crímenes por el Derecho Penal común.

Se encuentran previstas en el sistema la suspensión a prueba (artículo 208) y la remisión (artículo 242) como medios alternativos de terminación del proceso.

Perú

²⁸Giannareas, Jorge, *El Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia en Panamá: un lustro de avances y retrocesos*, en García Méndez, Emilio (Compilador), *Infancia y Democracia en la Argentina. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes*, 1era. Ed., Buenos Aires: Del Signo, 2004, pág. 116.

²⁹ Este fue el aspecto más atacado de la Ley 40: se argumentaba que cinco años no son suficientes para compensar el daño causado en los delitos graves que ameritan la privación de la libertad. El aumento de este límite fue tema de discusión permanente, e incluso la ex Presidente Mireya Moscoso propuso, al finalizar su mandato, elevar el máximo a los veinte años, considerando esto como la única solución a la criminalidad rampante. El Presidente electo, del partido opositor, no respaldó esta iniciativa.

El primer Código de la Niñez y Adolescencia fue sancionado en 1992, y reemplazado por uno nuevo en 2000, por ley N° 27.337. Establece la inimputabilidad de los menores hasta los dieciocho años, pero ingresando éstos al régimen específico a partir de los doce.

A los adolescentes que cometan una infracción a la ley penal, se les aplicarán, tras el proceso descrito en el Código, las medidas enumeradas en el Capítulo VII. La privación de libertad es considerada último recurso, y su duración máxima no puede exceder los tres años (artículo 235).

Una de las particularidades del Nuevo Código es la incorporación de la “pandilla perniciosa” como sujeto, entendida como el grupo de adolescentes mayores de doce y menores de dieciocho años que se reúnen para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida, dañar bienes u ocasionar desmanes que alteren el orden interno (artículo 193). A ellos se les aplicará una medida socio-educativa de internación no mayor a tres años, por lo que no existe la posibilidad de sanciones no privativas de la libertad. La duración de la internación aumenta si como consecuencia de las acciones se producen muertes o lesiones graves, o si se trata del cabecilla, líder o jefe.

El sistema de responsabilidad juvenil peruano no prevé la conciliación, el criterio de oportunidad ni la suspensión del juicio a prueba como medios alternativos al proceso; sí habilita la remisión por disposición del Fiscal (artículo 206) cuando la infracción no revista gravedad y el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación.

Uruguay

En el año 2004 fue sancionado el Código de la Niñez y la Adolescencia, aplicable a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad. Entiende por niño a toda persona hasta los trece años, y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años. El Código alcanza a los adolescentes infractores de la ley penal, siendo las infracciones: “...1) *Las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales.* 2) *Las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor, coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales, cuando el Juez reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor; avalado por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponía la capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar.* 3) *La tentativa y complicidad en el delito de hurto, correspondiendo en tal caso la aplicación de medidas socioeducativas no privativas de libertad.* 4) *La tentativa de infracciones gravísimas a la ley penal.* 5) *La participación en calidad de cómplice en infracciones gravísimas a la ley penal.”* (Artículo 69, con las modificaciones introducidas por ley 18.777 del

año 2011). Se aplica, entonces -conforme el desarrollo que hemos realizado en el capítulo II de este trabajo-, el sistema de presunción *jures et de jure* para los delitos dolosos, y el sistema mixto para los delitos culposos: es necesario que exista convicción en el Juez de que hubo un desarrollo cognitivo suficiente al momento de cometer la infracción. La aplicación de este sistema se ve reflejado también en el artículo 71, que dictamina que sólo puede ser sometido al proceso especial regulado por el Código el adolescente a quien se le pueda atribuir “*material y psicológicamente*” una infracción a la ley penal.

El Juez puede aplicar a estos menores medidas socio-educativas no privativas de la libertad, o bien disponer la internación en establecimientos especiales, separados de los destinados a los adultos. La duración máxima de las medidas privativas de la libertad es de cinco años. Si quienes cometen el ilícito tienen menos de trece años, podrán aplicarse medidas para los padres o responsables (llamado de atención para corregir o evitar la amenaza o violación de los derechos de los hijos a su cuidado, orientación y seguimiento socio-familiar, obligación de inscribir al niño en centros educativos o programas de enseñanza, o derivación a un programa público o privado de protección de la familia), y medidas ambulatorias para los niños (protección por parte del Instituto Nacional del Menor o solicitud de tratamiento ambulatorio médico, psicológico o psiquiátrico a instituciones públicas o privadas). El Juez solamente puede ordenar la internación en el caso de una patología psiquiátrica, episodios vinculados con el consumo de drogas, o necesidad urgente de tratamiento médico.

En enero de 2013, por ley 19.055, se realizaron nuevas modificaciones al Código de la Niñez, la principal en el artículo 116 bis, que establece que en los casos en que el presunto autor sea mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, y cuando se trate de homicidio doloso con agravantes especiales, lesiones gravísimas, violación, rapiña, privación de libertad agravada, secuestro o cualquier otra acción u omisión cuya pena sea de un mínimo igual o superior a seis años o un máximo igual o superior a doce años de penitenciaria, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) La privación cautelar de libertad será preceptiva hasta el dictado de sentencia definitiva.
- b) Las medidas privativas de libertad tendrán una duración no inferior a los doce meses.
- c) El infractor, una vez cumplida la sentencia, podrá solicitar la libertad anticipada, siempre y cuando hubiere superado la mitad de la pena impuesta.
- d) Las medidas de privación de libertad deberán ser cumplidas en establecimientos especiales, separados de los adolescentes privados de libertad por el régimen general.
- e) Cuando el infractor cumpla los dieciocho años de edad, pasará a cumplir la medida en un establecimiento especial del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente.

En resumen, los menores en Uruguay son sometidos al régimen penal de los adultos a partir de los dieciocho años; entre los trece y los dieciocho, se aplica el régimen especial del Código de la Niñez, con ciertas particularidades para aquellos con quince años o más, tal como describimos en el párrafo anterior.

Originariamente, el Código Penal uruguayo de 1889, que rigió en el país durante cuarenta y cinco años, fijaba la imputabilidad en los catorce años aunque podían ser responsables desde los diez, si se comprobaba que habían actuado con discernimiento. En 1934 fue modificado el Código Penal, estableciendo su artículo 34 –vigente hasta la fecha- que “*No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de 18 años.*”

Actualmente, y tras haberse reunido más de las 250.000 firmas necesarias para efectuar una consulta popular, se prevé para el mes de octubre de 2014 un plebiscito referido a la baja de la edad de imputabilidad a dieciséis años, la creación de un instituto de rehabilitación de menores y de un registro de antecedentes para el caso de infracciones graves, y el endurecimiento de las penas para los mayores que introduzcan a menores en el delito.³⁰ Entre quienes se oponen a una modificación en el límite de imputabilidad, se esboza como argumento que, de acuerdo a los datos del departamento estadístico de la Suprema Corte de Justicia, sólo el 4,5% de las infracciones penales son cometidas por niños y adolescentes, de las cuales el 98% son delitos contra la propiedad, por lo que no se estaría solucionando el problema de inseguridad en el país. Por el contrario, quienes propugnan la baja esgrimen la plena conciencia existente en el adolescente de dieciséis años de la conducta llevada a cabo, especialmente en el caso de delitos contra la vida o la integridad física de las personas.

Según una encuesta nacional telefónica realizada por la Consultora CIFRA³¹, el 65% de los uruguayos se encuentran a favor de la modificación, un 28% en desacuerdo, y un 7% aún no se ha definido.

Venezuela

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente fija la inimputabilidad en los dieciocho años de edad, previendo el ingreso del infractor al sistema específico regulado en la norma a los doce (artículo 531).

Las sanciones incluidas son consideradas medidas con finalidad educativa, y se incluye entre ellas la privación de libertad, pero considerada de carácter excepcional –salvo en el caso de detención en flagrancia. La medida privativa de la libertad sólo podrá ser aplicada cuando el adolescente:

³⁰ “Uruguay: plebiscito define edad de imputabilidad”, artículo del portal online de noticias “Infobae América”, del 06-09-2012, en <http://america.infobae.com/notas/57653-Uruguay-plebiscito-define-edad-de-imputabilidad.html> (consultado 17 de mayo de 2013).

³¹ www.cifra.com.uy

- a) cometiera homicidio (salvo culposo), lesiones gravísimas (salvo las culposas), violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas, y robo o hurto de vehículos automotores;
- b) fuere reincidente y el hecho punible objeto de la nueva sanción previera una pena privativa de la libertad cuyo límite máximo sea igual o mayor a cinco años;
- c) incumpliera otras sanciones que le hubieran sido dispuestas.

En el caso de adolescentes menores de catorce años, la privación de la libertad no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años; tratándose de mayores de catorce años, su duración no podrá ser inferior a un año ni mayor a cinco.

La Ley Orgánica prevé, para el caso de hechos en los que no proceda la privación de libertad como sanción, la posibilidad de conciliación (artículo 564), la suspensión del juicio a prueba (artículo 566) y la remisión (artículo 569).

III.III Síntesis de los sistemas latinoamericanos

En los siguientes cuadros de elaboración propia vemos resumidas, en primer lugar, las alternativas al proceso penal previstas en las distintas legislaciones latinoamericanas; en segundo lugar, las medidas socio-educativas aplicables al menor infractor.

Alternativas al juicio

	Remisión a programas de apoyo	Conciliación	Criterio de oportunidad	Suspensión de juicio a prueba
Bolivia	Sí	No	No	No
Brasil	No	No	No	No
Chile	No	No	Sí	Sí
Colombia	No	Sí	Sí	No
Costa Rica	Sí	Sí	Sí	Sí
Ecuador	Sí	Sí	No	Sí
El Salvador	Sí	Sí	Sí	No
Guatemala	Sí	Sí	Sí	No
Honduras	Sí	Sí	Sí	No
México D.F	No	Sí	No	Sí
Nicaragua	No	Sí	Sí	No
Panamá	Sí	Sí	Sí	Sí. Se denomina "suspensión condicional del proceso".
Paraguay	Sí	No	No	Sí
Perú	Sí	No	No	No
Uruguay	No	Sí	Sí	Sí
Venezuela	Sí	Sí	No	Sí

Medidas socio-educativas

	Orientación y apoyo	Advertencia y/o Amonestación	Reglas de conducta	Servicios a la comunidad	Reparación del daño	Prohibición de conducir	Libertad asistida	Libertad Vigilada	Semi-libertad	Internación / Privación de Libertad
Bolivia		x	x	x			x		x	x
Brasil		x		x	x		x		x	x
Chile		x		x	x	X (Accesorio)	x			x
Colombia		x	x	x			x		x	x
Costa Rica		x	x	x	x		x			x
Ecuador	x	x	x	x	x		x		x	x
El Salvador	x	x	x	x			x			x
Guatemala		x	x	x	x		x			x
Honduras	x	x	x	x	x		x		x	x
México D.F.		x	x	x	x	X	x		x	x
Nicaragua	x	x	x	x	x		x		x	x
Panamá	x	x		x	x					x
Paraguay	x	x	x	x	x	X		x	x	x
Perú		x		x			x	X		x
Uruguay	x	x	x	x	x	X	x	X		x
Venezuela		x	x	x			x		x	x

Capítulo IV

Posibles cambios

Llegados a este punto podemos afirmar que el derecho penal juvenil y sus modificaciones son verdaderos temas de política criminal, en tanto deben constituir medios para la lucha contra el delito y contra la reincidencia. *“La justicia de menores – aún y por supuesto- desde el ángulo de la más amplia y mayor comprensión y sentido humanitario hacia los menores que delinquen, debe cumplir el insoslayable rol de prevención general y especial, haciéndoles notar adecuadamente (en proporción a la edad, grado de educación, responsabilidad e índole de los hechos), lo ilícito de su obrar. Si criticada fue la severidad del antiguo derecho en la punición excesiva de menores, tampoco una ingenua o utópica lenidad puede tener el derecho de crear la poco favorable sensación de impunidad total de los mismos o aún la burla de quienes aluden a una ‘justicia de molinete’ (el menor entra y sale de los tribunales de menores o establecimientos, sin pena ni gloria)...”*³² La regla 1.6 de las Reglas de Beijing hace referencia a la necesidad de perfeccionar la justicia de menores en forma continua, para que no quede a la zaga de la evolución de una política social progresiva en relación con el menor en general.

El derecho penal de menores es, según el jurista alemán Reinhart Maurach, un **derecho de educación juvenil**, sin que con ello se quiera significar un desprendimiento total del gran tronco del derecho penal. A su vez, los jueces de menores *“no pueden desentenderse totalmente de la situación del menor que ha delinquido, aún cuando fuere inimputable.”*³³

No existen fórmulas mágicas para terminar con el delito ni para alcanzar la readaptación social de los menores, pero con una visión realista de la situación pueden proponerse cambios que gradualmente lleven al cumplimiento de los objetivos.

En el año 2002, el Comité de los Derechos del Niño –por resolución CRC/C/15/Add.187- recomendó a la Argentina que:

- a) revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, así como con otras normas internacionales en la materia, asignando, a tal efecto, suficientes recursos humanos y financieros;
- b) asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los que necesitan protección;
- c) recurra a la prisión, incluso la prisión preventiva, como medida extrema, aplicando medidas alternativas cuando sea posible;

³² VIÑAS, Raúl Horario. *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, Buenos Aires: EDIAR, 1983, pág. 63.

³³ Del Considerando 2.) en autos *“Sanche, Esteban Damián s/ hábeas corpus”* (Nº 15.186), de trámite por ante la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Sala III, de la ciudad de Mar del Plata. Promueve este fallo la solicitud de cese en la detención de un niño de quince años.

- d) adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento, y para promover la recuperación y reintegración social de los niños que han pasado por la justicia de menores.

No obstante las recomendaciones del organismo internacional, Argentina no ha sancionado una nueva ley que regule el sistema de justicia de menores de conformidad a lo normado por la Convención, coexistiendo en la práctica el antiguo régimen tutelar y el nuevo régimen de protección integral de derechos.

IV.I Factores que influyen en la delincuencia juvenil

El grupo familiar y su papel condicionante. El marco socio-cultural considerado más importante, por próximo, es el de la familia. El derecho del niño y de sus padres a vivir en familia, en tanto elemento natural y fundamental de la sociedad, ha sido reconocido en forma universal.³⁴ Este grupo primario ha de tener un rol inexorablemente condicionante en lo que respecta a la formación de la personalidad y las conductas, en tanto el niño se aferra a él en una constante búsqueda de modelos de identificación y anhelo afectivo. Al constituir los progenitores una parte importante del yo del menor, el abandono por parte de ellos viene a ser un verdadero cercenamiento para él. Así, la carencia afectiva conduce a un deterioro integral de la personalidad del niño y una tendencia al comportamiento desviado.³⁵

El estado de pobreza. Un factor que se advierte como conflictivo y que impide al hombre alcanzar la satisfacción de sus necesidades terrenales es el desnivel social de índole económica. Sin adherirnos a la práctica sociológica del rotulado, podemos reconocer que en el ámbito criminológico parece existir una constante entre pobreza y delito: particularmente en el caso de los menores de edad, las estadísticas revelan que la mayor parte de las infracciones penales cometidas son contra la propiedad. *“Cabe, por tanto, interrogarse si nos encontramos ante una anhelada satisfacción de necesidades que de otro modo no sería posible llenarse y, en cierto modo, ello es puesto en evidencia por las características de los objetos habitualmente sustraídos que resultan de directo consumo o fácil intercambio y comercialización.”*³⁶

³⁴ Así, los artículos 3.2, 5, 8.1, 9, 19 y 20 de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica; artículo 19 del Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil; artículo 18 del Nuevo Código del Niño y del Adolescente del Ecuador; artículo 89 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras; etc.

³⁵ Un estudio realizado por el Centro de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, sobre menores internados en establecimientos de tutela en el Estado de Guanabara, determinó que sólo un 10,8% tenía una familia regularmente constituida –es decir, con ambos progenitores presentes (citado en D’Antonio, *El menor ante el delito*, pág. 75).

³⁶ D’Antonio, ob. cit., pág. 89.

Carencias educativas. El elemento educativo resulta imposible de aislar de la conducta delictiva, ya que su falta empuja al individuo a una situación en la que pierde significación el empleo de medios criminales. Es la educación un factor clave sobre la formación integral de la personalidad minoril.

Drogadicción. De conformidad con el denominado modelo de Goldstein, existen tres tipos de conexiones entre la droga y el delito:

- **La conexión sistemática**, que comprende cualquier delito, distinto del de tráfico, que se produzca en el contexto del mercado ilegal de drogas. Ello responde, por lo general, a luchas que comprometen a productores, intermediarios y consumidores en la búsqueda de ventajas de mercado.
- **La conexión económica-compulsiva**, que comprende aquellos delitos que se cometen para proveerse de drogas o de medios económicos necesarios para obtenerlas.
- **La conexión psico-farmacológica**, implica a los delitos que se cometen bajo influencia del alcohol y/o drogas ilícitas, es decir, los que resultan del consumo de sustancias que estimulan o favorecen alguna disposición, que contribuye a la realización del delito.

La Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas elaboró, en 2010, un informe denominado *“La relación droga y delito en adolescentes infractores de la ley”*, en el que se comparan resultados obtenidos en Chile, Colombia, Perú y Uruguay. Así, surge que en Chile y Uruguay, uno de cada cinco delitos adolescentes puede atribuirse exclusivamente a las drogas; en Colombia, la cifra se eleva a un 30,1% –es decir, casi uno de cada tres-; en Perú, la proporción desciende a 16,3% -alrededor de uno de cada ocho delitos.³⁷

La cuestión de la vulnerabilidad. Un factor de importancia que debe tenerse en cuenta en todo abordaje que se realice desde el derecho minoril es la **vulnerabilidad** en la que se encuentran muchos niños y adolescentes, entendida como una serie de características de una persona o grupo desde el punto de vista de su capacidad para anticipar, sobrevivir, resistir y recuperarse del impacto de una amenaza natural. Así, no es lo mismo un delito cometido por un adolescente con una familia integrada, educación, acceso a servicios básicos, que por uno que carece de todo ello.

³⁷ Este amplio informe analiza también el porcentaje de adolescentes infractores que consumieron drogas alguna vez en la vida. La prevalencia de consumo de marihuana alcanza cifras de alrededor del 80% en Chile y Uruguay, y 70% en Colombia, descendiendo significativamente en Perú, que registra 43%. En el uso de cocaína y pasta base, Uruguay alcanza una prevalencia del 84%, mientras que en los demás países se obtienen cifras que se encuentran por debajo del consumo de marihuana: en Chile, el 48% de los infractores había probado marihuana alguna vez en la vida, mientras que en Colombia la cifra alcanza el 38% y en Perú el 26%.

IV.II Cambios propuestos

Prevención. Se vuelve imperiosa y primordial una *acción social efectiva* que prevenga los estados de abandono y carencias que conducen a una conducta juvenil desviada. La comprensión insuficiente de las particularidades de cada sociedad determinará el fracaso de toda planificación preventiva, siendo entonces un requisito insoslayable la participación de especialistas en sociología que señalen las interrelaciones existentes en el basamento social. Resulta fundamental, al planificar un accionar preventivo, efectuar un análisis detallado de los modos en que se ha encarado el problema en el pasado, de las instituciones que se han involucrado en el tema, de las que han permanecido al margen pero evidencian posibilidades de aportar elementos constructivos en la tarea y, finalmente, el panorama emergente de la actitud social en relación a la minoridad.

Los organismos que tomen a su cargo la prevención deben ser conscientes de que su labor será parte de una acción compleja y conjunta, que sólo tendrá eficacia si se la realiza en coordinación con los demás servicios. Los objetivos deben ser coherentes; la consulta entre los organismos, habitual.

La prevención puede mostrar diversas formas, según se concrete en las distintas etapas del acontecer juvenil de naturaleza delictiva; así, tenemos la prevención sobre los factores sociales o **prevención general**, la prevención sobre el menor abandonado o **prevención detectada**, y la prevención sobre el menor incurso en hecho ilícito o **prevención específica**. Este es el triple sistema implementado por el Estatuto del Niño en Brasil.

En el accionar preventivo general, la tarea recae sobre los factores sociales que hemos mencionado anteriormente, es decir, sobre el ámbito familiar como grupo primario con gran incidencia en el desarrollo de la personalidad minoril, sobre el elemento económico y sobre el factor educacional. Es necesario el reestablecimiento de las responsabilidades en sus diferentes instancias, partiendo desde el ámbito familiar, escolar, religioso, de clubes y asociaciones, y atravesando las comunas, provincias y naciones. Todo ello con el fin de reinstaurar los valores éticos perdidos por la juventud que delinque.

En primer lugar, resulta indispensable actuar desde la base del grupo primario de socialización que constituye la familia, evitando el deterioro familiar y volcándose los esfuerzos en apoyo de las obligaciones de sostén de los padres respecto de los hijos. Los Juzgados de Familia deben poner en marcha mecanismos de conciliación eficientes, con profesionales idóneos para entender en conflictos de esta índole, y así garantizar la preservación del grupo y una sana formación de la personalidad infantil. Si la familia no alcanza a dar respuesta adecuada a la crianza de los hijos y se encuentra debilitada, no debe terminar de consolidarse la desintegración mediante soluciones fragmentarias, sino

abogarse por su fortalecimiento. La separación del grupo familiar debe tener carácter excepcional, salvo que existan razones determinantes para ello –como puede ser, siguiendo el ejemplo del Estatuto del Niño de Brasil, la existencia de miembros que consuman estupefacientes.

La escuela desempeña un papel muy importante en la prevención de la delincuencia y en la rehabilitación de menores. Una baja en el rendimiento del educando o la deserción escolar pueden ser síntomas de la presencia de un factor de desviación que puede ser detectado oportunamente si se cuenta con profesionales idóneos o especializados. La política educativa debe apuntar a inculcar valores éticos y democráticos, la cultura del trabajo y de la cooperación mutua, la formación corporal y deportiva, la prevención de adicciones y la eliminación de cualquier forma de discriminación.

Se vuelve imprescindible, en síntesis, una reivindicación de las políticas sociales básicas, donde el Estado asuma su rol social. Estas políticas sociales *“tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de Justicia de Menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención.”*³⁸

Modificaciones legislativas. Sistema de justicia penal juvenil. En el ya mencionado fallo *“García Méndez”*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhortó al Poder Legislativo a adecuar, en un plazo razonable, la legislación vigente a los estándares mínimos que surgen de instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en virtud del artículo 75 inc. 22.

Tal como expresa el Dr. Gabriel Bombini, la recepción legislativa de un enunciado de derechos impuestos por la comunidad internacional sería limitada al no disponer de técnicas legislativas que garanticen, por lo menos, un accionar jurídico concreto frente a su violación.³⁹ La ley debe contener, además de los derechos, los mecanismos de exigibilidad para hacerlos efectivos. Sin estos mecanismos, al decir de Mary Beloff, la protección de la infancia permanece en el nivel de las buenas intenciones.

La realidad es que el sistema establecido hasta el momento no ha funcionado. La ley 22.278 fue sancionada hace más de treinta años –convirtiéndose así en la más antigua de América Latina-, y contiene disposiciones netamente tutelares que no se condicen con el modelo de protección integral propugnado por la Convención de Derechos del Niño y plasmado en la más reciente ley 26.601. La modificación legislativa en esta materia se vuelve, por lo tanto, una tarea inaplazable. Debe crearse un sistema de **responsabilidad**⁴⁰ penal juvenil para la

³⁸ Comentario explicativo de la Regla 1 de las Reglas de Beijing.

³⁹ Bombini, Gabriel et. al, *Juventud y penalidad. Sistemas de responsabilidad penal juvenil*, Mar del Plata: Eudem, 2011.

⁴⁰ Compartimos con Mary Beloff el concepto de “responsabilidad” como palabra clave: *“La idea de responsabilidad en los adolescentes es central desde la perspectiva de su integración social, porque difícilmente*

franja de los doce a los dieciocho años sin cumplir –siguiendo la tendencia de la mayoría de las legislaciones latinoamericanas-, dotado de un catálogo de respuestas de acuerdo a la gravedad del delito.

Hablamos de un sistema que busque fortalecer en el adolescente el valor de su propia dignidad, el respeto por las personas, por los derechos humanos y las libertades, que promueva su reintegración y no su marginalización. Para ello, será necesario contar con un soporte institucional que provea servicios, centros y programas especializados para la aplicación de las medidas alternativas a la privación de libertad y también para esta última.

En el caso de adolescentes que presenten problemas de adicción a los estupefacientes y/o al alcohol, se vuelve imperativa la aplicación de medidas curativas, que pueden consistir en tratamientos psicológicos o psiquiátricos, y la internación en un centro de rehabilitación especializado.

Medidas socioeducativas. Tiene dicho el Comité de los Derechos del Niño que si bien, atento no haber cumplido la edad mínima, no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un proceso penal, sí pueden adoptarse “*medidas especiales de protección en el interés superior del niño*”⁴¹ Estas medidas han de estar “*centradas en la reparación del daño y en instalar al adolescente infractor al margen de la marginalidad.*”⁴²

Optamos por el término *medidas socioeducativas* por sobre el de sanciones, ya que el objeto de su aplicación es la reeducación y reintegración a la sociedad, con predominio de la orientación pedagógica que debe tener el derecho minoril; inculcar en el niño el respeto por los derechos humanos y la libertad de los terceros.⁴³ La modificación legislativa que propugnamos deberá contener un catálogo de medidas, tal como lo hace toda la normativa que regula la niñez y adolescencia en América Latina. El juez deberá tener en cuenta, al momento de aplicar las medidas, la gravedad del hecho y la situación personal del menor, además de la posibilidad real de cumplirla. La privación de libertad sólo podrá tener lugar en centros especializados para adolescentes y aplicarse a quienes fueran hallados penalmente responsables de delitos gravísimos –determinados taxativamente por la ley, con remisión al tipo penal y no al monto de la pena en abstracto ni al vago concepto de gravedad.⁴⁴ Consideramos como tales los delitos contra la vida y contra la integridad sexual.

alguien pueda constituirse como ciudadano pleno si no logra vincularse de alguna manera con sus actos y comprender el significado disvalioso que los delitos que comete tienen para la comunidad en la que vive.” (Beloff, Mary, “*Los jóvenes y el delito: la responsabilidad es la clave*” en García Méndez, Emilio (Compilador), *Infancia y Democracia en la Argentina. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes*, 1era. Ed., Buenos Aires: Del Signo, 2004, pág. 31).

⁴¹ Observación General 10/2007, “*Derechos del Niño en la Justicia de Menores*”, párr. 31.

⁴² Beloff, Mary, ob. cit, pág. 31.

⁴³ En este sentido, dice el Nuevo Código del Niño y del Adolescente del Ecuador, en su artículo 270 que el sistema “*contemplará mecanismos que le proporcionen una conciencia constructiva de sus actos y una voluntad de superación.*”

⁴⁴ Beloff, Mary, ob. cit, pág. 32.

Mediación para delitos menores. Debe permitirse en cualquier etapa del proceso, preferiblemente al comienzo, después de conocerse los hechos que se imputan al menor. *“La mediación favorece la creación de un espacio que sirve para promover la comunicación, esclarecer posiciones, desarrollar procesos de responsabilización...”*⁴⁵ Su objetivo ha de ser la resolución del problema, con la composición del daño que se ha causado a la víctima.⁴⁶

Idoneidad de los jueces. Kemelmajer de Carlucci considera al juez el eje sobre el que gira la crisis del sistema judicial. *“...uno de los elementos fundamentales en torno al cual gira la buena administración de justicia es la formación de los magistrados, problema particularmente grave en un campo tan delicado e interdisciplinario como el de los niños y adolescentes.”*⁴⁷

Tratándose de una rama especial dentro del ámbito del Derecho Penal, atento a que refiere a seres humanos **en formación**, y prioriza la reeducación y reintegración en la sociedad, los jueces competentes deben ser especialistas, con conocimientos de educación, psicología evolutiva, psiquiatría infantil y pedagogía, para así encontrarse habilitados para fundar sus decisiones y ponderar con sana crítica los dictámenes periciales. Esta especialización es un requisito que ha de primar también al cubrir los demás cargos en la justicia de menores: funcionarios, médicos, psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc.⁴⁸

Presupuesto. Se vuelve indispensable la formulación por parte del Poder Legislativo de un plan presupuestario adecuado para solventar las necesidades de la justicia de menores. En particular, consideramos esencial la financiación de institutos de menores y centros de rehabilitación, con la infraestructura de seguridad requerida para evitar las fugas.

⁴⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, 1era. Ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 280.

⁴⁶ La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de España entiende producida la conciliación *“cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas...”* (artículo 19.2).

⁴⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit, pág. 26.

⁴⁸ Una interpretación novedosa respecto de esta cuestión surge de la sentencia dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos en relación al famoso caso “Bulger”, de Inglaterra, en el que dos niños de diez años secuestraron, torturaron y asesinaron a una criatura de dos. En el voto de la disidencia, se afirma que sin la especialización puede producirse un trato inhumano o degradante, ya que el juzgamiento como a un adulto implica someter a los menores a un sufrimiento elevado.

Conclusiones

La temática del límite de edad para la imputación penal de niños y adolescentes conlleva el desarrollo de posiciones antagónicas: quienes consideran indispensable la disminución en ese límite, para así someterlos al mismo tratamiento que a los adultos; y quienes se oponen a ello. La coincidencia puede hallarse en la misma realidad: **la respuesta legal y judicial que se viene dando hasta el momento frente al joven que ha violado el ordenamiento, es altamente insatisfactoria.** Por una cuestión de lógica, no pueden esperarse resultados diferentes si se hace siempre lo mismo: **el cambio es necesario.**

Tras el análisis que hemos realizado de los fundamentos de la inimputabilidad, el régimen penal de menores vigente y las legislaciones de los países latinoamericanos, podemos dar una respuesta al interrogante que planteamos al comienzo de este trabajo.

Nos oponemos -por no considerarla eficaz ni razonable- a una baja en la edad de imputabilidad en tanto ello implique que quienes se encuentren dentro del límite reciban el mismo tratamiento que los adultos. El modelo de justicia penal aplicable a los adultos no es el único que existe y su extensión a niños y adolescentes no garantiza los mismos resultados, atento a que en esta rama del Derecho Penal nos encontramos frente a un ser humano en pleno desarrollo biológico y psíquico. La misma Convención de los Derechos del Niño establece, por medio de los artículos 37 y 40, que en los Estados Parte ha de instaurarse un **sistema especializado de justicia juvenil**, pauta en cuyo cumplimiento Argentina se encuentra rezagada con respecto al resto de los países de América Latina, que ya han dictado -algunos hace veinte años- sus propias leyes o códigos que regulan en forma integral la situación de niños y adolescentes.

En este ámbito tan especial que constituye el derecho minoril, infligir una pena hace correr el riesgo de seguir viviendo con un crimen tolerable, siempre que se satisfaga la necesidad de la comunidad de sancionar; en palabras de Kemelmajer de Carlucci: la pena cura el síntoma pero no la enfermedad. Ello no significa que sea inútil -como proclaman los partidarios del abolicionismo-, pero en modo alguno resuelve los problemas sociales, factores que han de incidir en la generación de delincuencia juvenil.

Tres, a nuestro criterio, son los pilares en los que ha de asentarse una solución efectiva de la cuestión a largo plazo: 1) la prevención y consecuente adopción por parte del Estado de una política de bienestar; 2) la instauración de un sistema de justicia con medidas tendientes a la reeducación y reintegración a la sociedad del adolescente en conflicto con la ley; y 3) la infraestructura que permita la adecuada ejecución de las políticas sociales de prevención y del sistema de justicia especializado. Sólo a través de un cambio integral y conjunto es que podrá el Estado satisfacer los reclamos sociales respecto de la inseguridad y encaminarse

hacia un modelo de nación en la que se respeten los derechos de todos sus habitantes, se afiance la justicia y se alcance un mayor grado de paz social.

Bibliografía

- Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, 1era. Edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, 224 pp.
- Bombini, Gabriel et al., *Juventud y Penalidad. Sistemas de responsabilidad penal juvenil*, Mar del Plata: Eudem, 2011, 240 pp.
- Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, “Delincuencia Juvenil”, *En Contexto*, N° 14, México D.F, octubre de 2011, 8 pp.
- Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 4ta. Edición, Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 1999, 546 pp.
- D’Antonio, Daniel Hugo, *El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento*, 2da. Edición, Buenos Aires: Astrea, 1992, 229 pp.
- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV, 1era Ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, v. IV, 496 pp.
- García Méndez, Emilio (Compilador), *Infancia y Democracia en la Argentina. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes*, 1era. Ed., Buenos Aires: Del Signo, 2004, 152 pp.
- García Méndez, Emilio y Carranza, Elías, *Del revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, 1era. Ed., Buenos Aires: Galerna, 1992.
- García Ramírez, Sergio, *La imputabilidad en el derecho penal mexicano. Introducción y análisis comparativo*, 2da. Ed., México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- Jiménez de Ansúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V*, 3era. Ed., Buenos Aires: Losada, 1956.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, 1era. Ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, 632 pp.
- Tenenbaum, Gabriel, “La discusión legislativa de la edad de imputabilidad en los anales de la recuperación democrática”, *Revista de Ciencias Sociales. Departamento de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República*, V. 24 N° 28, 2011, págs. 127-147.
- Vergara Luque, José Antonio, *Régimen penal de la minoridad y nuevos paradigmas en la protección de la niñez y adolescencia*, 2da. Edición, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, pp. 102.

- Viñas, Raúl H., *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, Buenos Aires: EDIAR, 1983, pp. 428.
- Viñas, Raúl H., *La responsabilidad penal de los menores en el tercer milenio – Actualizaciones. Bases para propuestas Legislativas*, 1era. Edición, Mar del Plata: Suárez, 2011, pp. 108.