

Edad de Punibilidad

Introducción y objetivos del Trabajo:

Es dable señalar que cuando se hace referencia a la edad de punibilidad, lo que se quiere significar es aquella edad que funciona como piso para imponer a una persona menor de edad, es decir que todavía no ha alcanzado la adultez, a proceso penal, por debajo de la cual no se le está permitido al Estado.

Acto seguido se avanzará en el posicionamiento de las diversas ciencias respecto de qué edad sería pasible de entenderse como aceptable para que un joven responda penalmente por un ilícito por él cometido y, a partir de allí, se colocará en foco de análisis la viabilidad del proyecto del Gobierno de la República Argentina, mediante el cual se pretende establecer una Ley de Responsabilidad Penal Juvenil que, entre otras cuestiones y en lo que al presente trabajo interesa, disminuye de 16 a 14 años la edad mínima de punibilidad.

En resumen, la elaboración tendrá como objetivo determinar (a la luz de la legislación pertinente, opinión de reconocidos doctrinarios versados en la materia que nos ocupa, científicos de diversas áreas y datos estadísticos actualizados) a partir de qué edad se justifica la intervención penal en los jóvenes en la modalidad de justicia restaurativa (de manera inexorable y también se fundamentará por qué), para, finalmente, labrar una conclusión personal.

Desarrollo:

- I. Aproximación Jurídica al tema.
 - A. En el ámbito Internacional.
 - B. En el ámbito de la Nación Argentina.
- II. Aproximación desde la Neurociencia.
- III. Debate en la Argentina.
- IV. Punto de vista y argumentos sobre el tema.
- V. Conclusión.

“La delincuencia juvenil es el espejo en el cual se refleja el estado de la sociedad adulta; y la manera en que la sociedad trata a sus jóvenes delincuentes muestra el grado de su civilización”.

Horst Viehmann

I. Aproximación Jurídica al tema.

A. En el ámbito Internacional:

En análisis de la determinación de la minoría de edad, y sin perjuicio de las fijadas por los distintos países, se debe consignar que la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) expresa que *“... Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo, que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad...”*¹.

La mayoría de los países de América Latina tienen en funcionamiento distintos sistemas de responsabilidad penal juvenil, que fueron incorporando paulatinamente desde que se firmó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en 1989. Argentina es una excepción en la región: si bien la CIDN fue ratificada² y tiene rango constitucional³, aún no fue modificado el régimen penal para los menores sancionado durante la última dictadura⁴.

La Convención de los Derechos del Niño exige a los Estados miembros “establecer una edad mínima por debajo de la cual se presumirá que los niños y niñas no han infringido la ley penal”. Sin embargo, no se especifica cuál debe ser esa edad. La Regla 4 de las Reglas de Beijing recomienda que la edad mínima “no sea fijada a una edad demasiado temprana, teniendo en cuenta la madurez emocional, mental e intelectual”.

Basándose en esos instrumentos, el Comité proporcionó orientaciones adicionales. En su Observación General N° 10 sobre la Administración de Justicia Penal Juvenil, el Comité concluyó que la edad mínima de responsabilidad penal de los menores de 12 años no se considera aceptable en virtud de las normas internacionales. En consecuencia, los Estados miembros deben considerar 12 años como la edad mínima aceptable absoluta y que sigan aumentándola.-

¹ Convención de los Derechos del Niño, art. 1.

² Ley N° 23.849.

³ Art. 75 inc. 22 Constitución Nacional de la República Argentina.

⁴ Ley N° 22.278 (t.o. Ley N° 22.803).

Según el Comité, 14 ó 16 años de edad representan la edad mínima de responsabilidad penal “recomendable” de conformidad con los requisitos de la Convención.

Así, se ha indicado que “... *Lo trascendental no es tanto la edad del destinatario del sistema, como el sistema mismo: su finalidad, las técnicas de intervención que se arbitren, las garantías y mecanismos procesales previstos o el impacto que se produce en los jóvenes y menores; desplazándose así la polémica del ámbito de los presupuestos (la edad) al de las consecuencias y efectos (contenido del sistema)...*”⁵.

Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos⁶, los organismos internacionales⁷ y la legislación nacional⁸ como las provinciales en la Argentina⁹ han señalado –con diferentes matices- la necesidad de una justicia especializada en materia de niños, niñas y adolescentes, caracterizada por un procedimiento de garantías de mayor alcance¹⁰ y específicas¹¹ y, además, por sanciones especiales¹² y/o reducidas¹³ en comparación con el sistema penal de adultos¹⁴.

⁵ Landrove Díaz, Gerardo, Derecho penal de menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 196.

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20/11/1989. Esta Convención entró en vigencia el 2/9/1990), art. 40 inc. 3º; Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, el 22/11/1969. Esta Convención entró en vigencia el 18/7/1978, de conformidad con el art. 74.2), art. 5.5.; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33 del 28/11/1985), Regla 2.3; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/112 del 14/12/1990), Directriz 52; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal (adoptadas por la Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social del 25/6/1997), Directrices 13.d, 14.a y 14.d.

⁷ Entre otros, véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, párrs. 90, 92 y 93.

⁸ Ley Nº 22.278, Régimen Penal de la Minoridad, promulgada de hecho el 25/8/1980 y publicada en el B.O. del 28/8/1980. Esta ley fue modificada por la Ley Nº 22.803 que aumentó la edad penal mínima de 14 a 16 años, publicada en el B.O. del 9/5/1983; por la ley 23.264, publicada en el B.O. del 23/10/1985; y por la ley 23.742, publicada en el B.O. del 25/10/1989.

⁹ Entre otras, Catamarca, Ley Nº 5357 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Catamarca”; Chaco, Ley Nº 4369 “Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia”; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Nº 114 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” y Ley Nº 2451 “Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”; etc.-

¹⁰ Por ejemplo, la garantía de duración razonable, interpretada de forma tal que el niño sea juzgado en un plazo menor que los adultos (en el ámbito provincial; Ley Nº 2451 “Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, art. 21 –razonabilidad temporal del proceso-; entre otras); la protección a la intimidad (Reglas de Beijing, Regla 8).

¹¹ Por ejemplo, la garantía de participación de los padres en el proceso penal juvenil (Reglas de Beijing, Regla 7). En el ámbito provincial: Chubut, Ley Nº 4347 “Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia”, art. 19; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Nº 114 “Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes”, art. 11; y San Juan, Ley Nº 7338 “Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescentes”, art. 25; entre otras).

¹² Dentro de las diversas medidas que se prevén se encuentran la amonestación, la libertad asistida o la obligación de reparar el daño combinadas con medidas preventivas como el deber de omitir el trato con determinadas personas o evitar que frecuenten ciertos lugares o locales y disposiciones vinculadas con la inserción social del adolescente como la orientación de los padres, la prestación de servicios a la comunidad, la derivación a los servicios locales de protección de derechos y la asistencia a los centros educativos o de formación profesional (Reglas de Beijing, Regla 18, Pluralidad de medidas resolutorias. En el ámbito provincial: Chubut, ley XV-9 –antes ley Nº 5478- “Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut”, art. 411, Medidas Socio-educativas; La Pampa, ley 1270 “Régimen de Protección a la Minoridad y Creación del Fuero de la Familia y el Menor en el Poder Judicial”, arts. 42 y 43; Provincia de Buenos Aires, Ley Nº 13.364, art. 68; y Río Negro, Ley Nº 4109, art. 64; entre otras).

¹³ La Corte Suprema de Justicia de la nación en el fallo “Maldonado” (CSJN, Fallos: 328: 4343) consideró que los niños merecen un menor reproche de culpabilidad que una persona adulta por el mismo hecho, lo que justifica la aplicación de una pena inferior.

¹⁴ Si bien un análisis minucioso acerca de las características del sistema penal juvenil excede el marco del presente trabajo, es posible señalar que a pesar que las normas internacionales de protección de los derechos humanos no prohíben que un

El proceso penal juvenil debe tener un objetivo o fin educativo-pedagógico que genere en el niño conciencia por el hecho cometido y, además, lo ayude a reinserirse en la sociedad.

Se trata de un sistema especial basado en las características del sujeto, teniendo en consideración la edad del niño al momento de cometer el ilícito. **De ahí la importancia de establecer una edad mínima de responsabilidad penal por parte de cada Estado**¹⁵.

Es por ello que se abordarán también seguidamente cuestiones relacionadas con la edad mínima de responsabilidad penal en la región –países latinoamericanos- y en la República Argentina, recalando particularmente en el proyecto de bajar la edad de punibilidad de 16 a 14 años.

Como se indicó, si bien los instrumentos y organismos internacionales de protección de los derechos humanos no disponen una determinada edad, se establecen ciertos parámetros a tener en consideración.

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a establecer en forma general una edad mínima a partir de la cual se pueden aplicar sanciones penales, “...antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales...”¹⁶.

Las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal disponen que “...no se inculpará a ningún niño que no haya alcanzado la edad de responsabilidad penal...”¹⁷.

La reiterada recomendación de elevar la edad mínima, implícitamente desaconseja su reducción, lo cual es coherente con la normativa internacional de derechos humanos que promueve un sistema penal mínimo y un mayor uso y alcance de las medidas de protección.

adolescente pueda ser sancionado penalmente (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 37 y 40) demanda que se implemente un régimen penal más favorable. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en consonancia con lo señalado por los organismos internacionales de derechos humanos, ha sostenido: “... Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54...”, CSJN, Fallos: 328:4343, del considerando 32 del voto de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

¹⁵ “... Los niños que tengan la edad mínima de responsabilidad penal en el momento de la comisión de un delito (o infracción de la legislación penal), pero tengan menos de 18 años..., podrán ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal. Sin embargo, estos procedimientos, incluido el resultado final, deben estar plenamente en armonía con los principios y disposiciones de la Convención, según se expresa en la presente observación general...”, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, cit., de los párrs. 30 y 31.

¹⁶ CDN, art. 40, inc. 3.a).

¹⁷ Directrices de Acción Sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal, Directrices 14, inc. C.).

La discrecionalidad que se le otorga a los Estados para fijar una edad mínima debe suponer una sólida discusión democrática que valore diferentes aspectos, en particular cuestiones de política criminal¹⁸ y de organización judicial e institucional¹⁹.

Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo: “... *Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños muy jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la edad mínima de responsabilidad penal el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados no considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños...*”²⁰.

Estos niños deben recibir un trato tan equitativo y justo como el de los niños que han alcanzado la mayoría de edad penal respetándose sus derechos humanos y garantías legales.

Es por ello que tampoco tiene asidero el remanido aserto de que la baja en la edad de punibilidad redundaría en mayores garantías para los más chicos, ya que tienen las mismas garantías el no punible que el punible.

Resulta oportuno recordar que ya la Corte Suprema de los EE.UU. en el leading case “Gault” (387 U.S. 1, 1967) se pronunció en contra de la “cosificación” del menor infractor. Allí el tribunal señaló que la persona que no ha cumplido 18 años tiene derecho a todas las garantías, entre ellas, contra los arrestos y requisas ilegales, a ser informado de todos los cargos imputados, a recibir consejo de un defensor, a controlar la prueba, a confrontar con los testigos de cargo, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, a un juez imparcial, etc. Agregó que el joven necesita asistencia legal para poder comprender más inteligentemente los hechos. El tribunal también criticó la terminología eufemística respecto de la encarcelación de los jóvenes tratándola como escuela o casa de recepción, cuando se trata de una institución de confinamiento. Asimismo, expresó que la condición de ser un joven no justificaba un tribunal

¹⁸ Al respecto, se ha afirmado: “...se podrían dar argumentos de todo tipo para una u otra postura en cuanto a la edad mínima, habría que descartar, con el objeto de no caer nuevamente en tesis peligrosistas o positivistas en general, todas aquellas argumentaciones basadas exclusivamente en planteamientos biológicos, psicológicos, psiquiátricos o psicológicos. En otras palabras, el criterio determinante ha de ser, como en el caso del límite máximo, de carácter político criminal.” (Bustos Ramírez, “Imputabilidad...”, cit.).

¹⁹ Es necesario evaluar el impacto que podría tener una modificación en la edad penal juvenil, ya que podría significar un aumento en la cantidad de juicios y la necesidad de más vacantes en los establecimientos penales juveniles, lo cual terminaría por detraer los recursos al sistema de protección. Respecto de la edad mínima fijada por la legislación española: “... ha expresado nuestro legislador la convicción de las infracciones cometidas por menores de 14 años son, por lo general, irrelevantes y en los escasos supuestos en los que puedan producir una cierta alarma social son suficientes para darle una idónea respuesta los ámbitos familiar y asistencial, sin necesidad de recurrir a la intervención del aparato judicial sancionador del Estado...” (conf. Landrove Díaz, Derecho penal de menores, cit., p. 207).

²⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, cit., párr. 31.

“canguro”, Kangaroo court, en el sentido de un tribunal que, a la manera del canguro, protege al menor llevándose lo consigo.

El mismo tribunal, en otro importante precedente, señaló que el menor además de ser titular de los derechos constitucionales que integran el debido proceso, por su misma condición de niño también era titular de derechos e inmunidades especiales respecto de los adultos, aunque reconoció que en la práctica recibía lo peor de dos mundos (worst of both world) ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor (“Kent v. United States”, 383 U.S. 541, 1966).

Las diversas legislaciones latinoamericanas presentan características comunes en cuanto al régimen de responsabilidad penal juvenil. Todas y cada una de ellas adecuaron con el transcurso de los años sus prácticas a los postulados de diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos así como a las recomendaciones de los organismos internacionales; entre ellas: las personas menores de 18 años se encuentran fuera del sistema penal de adultos²¹; todas contemplan, con mayor o menor grado de desarrollo, los derechos y garantías procesales de los niños que cometen algún tipo de ilícito y prevén al respecto una justicia especializada en materia penal-juvenil; disponen la excepcionalidad de la privación de la libertad del niño (como ultima ratio); regulan formas anticipadas de culminación del proceso²², tiempos procesales diversos a los del sistema de adultos y mecanismos de desjudicialización en consonancia con lo establecido tanto por la Convención de los Derechos del Niño como por las Reglas de Beijing y las Reglas para la Protección de Menores Privados de la Libertad²³.

B. En el ámbito de la Nación Argentina.

En la República Argentina la ley N° 22.278, en su art. 1º, establece como edad mínima de responsabilidad penal juvenil los 16 años.

A partir de esta edad se aplica un procedimiento especial –regulado por la ley procesal de cada provincia- se establece la imposibilidad de sanción frente a ciertos delitos²⁴ y las penas privativas de la libertad pueden ser atenuadas en la escala de la tentativa o no aplicada según la que hace el magistrado. Precisamente, el art. 4º de

²¹ Brasil, Estatuto del Niño y del Adolescente (1990), art. 104; Chile, Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Juvenil (2007); Colombia, Código de Niñez e Infancia, ley 1098 (2006); Costa Rica, Ley 7576 de Justicia Penal Juvenil (1996), art. 1º; Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia (2002), art. 4º; El Salvador, Ley del Menor Infractor (2004), art. 2º; Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (2003); art. 133; Honduras, Código de la Niñez y de la Adolescencia (1996); entre otros.

²² A modo ejemplificativo, Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, ley 8069, Capítulo V (De la remisión); Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, arts. 336.4, 351, 352, 353 y 356; Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, dec. 27-03, Sección III Nicaragua, ley 287, Capítulo II (La conciliación),

²³ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad (Reglas de la Habana), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/113, del 14/12/1990.

²⁴ Los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

la mencionada ley dispone que “...si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inc. 2º...”²⁵.

La ley dispone que sólo puede aplicarse una sanción una vez que el joven ha sido declarado penalmente responsable en un juicio, ha cumplido los 18 años de edad y ha sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. En caso que llegara a cumplir el plazo de tratamiento antes de que el joven alcance la mayoría de edad²⁶ resulta aplicable el art. 8º de la ley N° 22.278, para lo cual deviene preciso efectuar un informe amplio sobre la conducta del joven²⁷.

La Corte Suprema en el precedente “Maldonado” sostuvo que el niño imputable en razón de su edad merece un menor reproche de culpabilidad, por lo cual se debe aplicar una escala penal atenuada²⁸. Asimismo, consideró que la aplicación de la sanción penal procede cuando es conveniente para la integración social del adolescente y no por su peligrosidad o por la gravedad del hecho delictivo que ha cometido²⁹.

En relación con las personas menores de 16 años de edad imputadas de cometer hechos delictivos, la ley N° 22.278 establece que la autoridad judicial debe realizar “...la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus

²⁵ Véase, Beloff, Mary, Kierszbaum, Mariano y Terragni, Martiniano “La pena adecuada a la culpabilidad del menor de edad en el derecho argentino”, págs. 89 a 110, en Libro “Nuevos problemas de la justicia juvenil”, Mary Beloff, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

²⁶ Por ejemplo, si al momento de cometer el hecho el niño tuviere más de 17 años de edad.

²⁷ Ley 22.278, art 8º: “Si el proceso por delito cometido por un menor de 18 años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inc. 3º del art. 4º se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndose lo complementar con una amplia información sobre su conducta. Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido”

²⁸ “...Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto...”, CSJN, Fallos: 328:4343, del considerando 40. En esta línea, se sostuvo que esta menor culpabilidad se justifica en la falta de participación política en la elaboración de las leyes: “... La fundamentación de la intervención del Estado en materia penal criminal es la protección de bienes jurídicos y ello supone la participación efectiva y plena de todos los sujetos en su establecimiento como tales. Ese no es el caso cuando se trata de los menores de 18, pues ellos no están en capacidad jurídica de discutir y participar efectivamente en la configuración de las leyes. Respecto de ellos el principio de legalidad de los delitos y las penas tiene, por tanto, una debilidad de origen. La conciencia de la norma y del injusto están en el grupo de los mayores, en ellos está en formación ó en reformulación...”, Bustos Ramírez, “Inimputabilidad...”, cit...

²⁹ “... Que la necesidad de pena a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’ como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a la ‘importancia de promover la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad’ (art. 40 inc. 1º)”, CSJN, Fallos: 328:4343, del considerando 22. Véase Beloff, Kierszbaum y Terragni, “La pena adecuada a la culpabilidad del menor de edad en el derecho argentino”, cit.

*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...'*⁸⁰.

La autoridad judicial está facultada para disponer del niño o la niña, lo cual significa: "...a) *La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquel mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; b) la consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor; c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere...*"⁸¹. No se establece un plazo máximo para esta disposición; no obstante ello, cesa de pleno derecho cuando el niño o niña alcanza la mayoría de edad⁸².

Si bien la ley N° 22.278 otorga discrecionalidad a la autoridad judicial respecto de las medidas y el procedimiento contra el niño inimputable en razón de su edad, tanto las legislaciones provinciales como las prácticas jurisprudenciales⁸³ han limitado esta discrecionalidad⁸⁴.

En relación con el trato a los jóvenes inimputables en razón de la edad, la CSJN ha precisado que los magistrados deben aplicar medidas de protección (y no sanciones) y evitar en forma prioritaria la internación. De esta forma, se procura evitar la estigmatización y el efecto criminógeno que genera la institucionalización⁸⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argumentó que las cuestiones jurídicas que involucraban a la infancia debían ser analizadas a partir de la CDN en sintonía con una concepción que considera que las normas internacionales de derechos humanos incorporadas al texto constitucional deben ser aplicadas de manera directa por poseer jerarquía suprema.

Sobre la base de diversas disposiciones de la misma Convención, la Corte Suprema reafirmó que las personas menores de edad tienen los derechos reconocidos

⁸⁰ Ley 22.278, art. 1º. Véase Freedman, Diego, y Terragni, Martiniano, "La privación de la libertad de los adolescentes no punibles", en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año I, nº 2, La Ley, Buenos Aires, octubre de 2011, pp. 233/244.

⁸¹ Ley 22.278, art. 3º.

⁸² Véase Beloff, Mary, Freedman, Diego y Terragni, Martiniano, "La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la Ley 22.278: apuntes para un balance", en Solari, Néstor y Benevente, María Isabel (dir.), Régimen Penal de Menores, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 419/441.

⁸³ Tanto en el ámbito de la Justicia Nacional de Menores como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los magistrados investigan el hecho para verificar la participación del joven y, posteriormente, dictan el sobreseimiento luego de verificar la existencia y su autoría (Juzgado Nacional de Menores N° 1, causa 1275, del 7/12/2009, entre otros).

⁸⁴ La CSJN compatibilizó la respuesta estatal al delito del niño de dieciocho años de edad –imputable o inimputable en razón de su edad- con las exigencias constitucionales.

⁸⁵ CSJN, Fallos: 331:2691.

a todas las personas y además gozan de una protección especial por ser sujetos en desarrollo³⁶. Este concepto fue vinculado con la constitución del “aparato psíquico” de las personas menores de edad y la introyección de los valores morales.

Asimismo la Corte Suprema advirtió el efecto negativo del procedimiento judicial y reconoció lo que ha sido denominado como “la pena del proceso” al advertir que todo proceso penal tiene “efectos negativos” sobre la vida del imputado menor de edad, por lo que debe evitarse su realización cuando fuera “apropiado y deseable”.

Es importante señalar que, que en consonancia con el Comité de los Derechos del Niño, respecto de los fines que deben tener las medidas alternativas al proceso y a la sanción penal, puede interpretarse sobre la base de las citas que realizó la Corte Suprema, que ellas deben estar destinadas a la protección de la persona menor de edad a fin de garantizar “las mínimas condiciones de vida digna” y permitir “el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad”³⁷.

Para resolver la aparente tensión planteada entre la CDN y la ley N° 22.278, la Corte Suprema se avocó al análisis de los límites del control de constitucionalidad que le está asignado según nuestras normas fundamentales. Consideró que el régimen penal aplicable a los menores inimputables en razón de su edad era criticable, pero que el poder judicial no debía sustituirlo en forma general, dado que si se declaraba inválido o inaplicable, afectaría el principio de división de poderes y, además, la situación quedaría sin ninguna regulación legal.

La Corte postuló que se requerían una serie de “medidas de política pública previas”³⁸ (el desarrollo de “políticas, planes, programas generales y específicos en

³⁶ Por un lado, da por supuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a ‘proporcionar al niño una protección especial’, con la cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo. Por ello, a los fines del sub lite, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la ‘protección especial’ en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a la que los Estados deben dar ‘efectividad’, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4º)...”, CSJN, Fallos: 331:2691, del considerando 3º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

³⁷ En particular la Corte Suprema agregó que era pertinente “... reproducir los términos en que la citada Corte (Interamericana de Derechos Humanos) ha censurado el comportamiento de gobiernos que toleran una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo: “En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida’ (Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19/11/199, Serie C N° 63, párr. 191)”. También cabe mencionar la cita que formula la Corte Suprema del Comité de los Derechos del Niño, donde se considera que “ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados y considerárselos responsables en un procedimiento penal, ‘si es necesario, procederá adoptar medidas especiales en protección en el interés superior de esos niños’ (Observación General N° 10/2007, ‘Derechos del niño en la justicia de menores’, 25/4/2007, párr. 31)...”, CSJN, Fallos: 331:2691, del considerando 12 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

³⁸ “.. La fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; si lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte no es propio

materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación³⁹, cuyo diseño es una facultad excluyente del Congreso Nacional (conf. Art. 75, inc. 23 de la C.N.).

Por lo expuesto se advierte que la Nación Argentina, al igual que los países latinoamericanos, ha adecuado su legislación a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, en los últimos años, en la República Argentina como en otros países, resurgió el debate sobre cuál debería ser la edad mínima de responsabilidad penal juvenil, muchas veces bajo un paradójico enfoque garantista⁴⁰. Al respecto, se debe considerar que esta discusión no debe ser abordada sin tener en cuenta diversos aspectos, entre otros, las políticas de protección de la infancia y la participación de especialistas de diferentes disciplinas –psiquiatría, psicología, sociología, medicina y trabajo social-, de los funcionarios de diferentes áreas de gobierno y de personas con experiencia de campo en el trabajo con niños.

En ese entendimiento es dable señalar el categórico pronunciamiento de la Asociación de Psiquiatras Argentinos Sobre la baja de la Edad de Punibilidad, qué, entre otras consideraciones señala: *“.... se ha planteado un debate público que sostiene una grave falacia. Esto es que enfrenta los derechos de los niños y jóvenes con la seguridad de los ciudadanos. Bajar la edad para la punibilidad en los jóvenes, instala una “solución” que presupone que el castigo y la exclusión social a más temprana edad resolverían la delincuencia y la inseguridad de la ciudadanía. La educación y el cuidado de la salud deben tener un lugar protagónico atendiendo en forma altamente especializada a los niños que se encuentran en esta situación, teniendo en cuenta las garantías y derechos de esta población. Entendemos que así*

del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la C.N. dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que –en esta materia- tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas...”, CSJN, Fallos: 331:2691, del considerando 6º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

³⁹ CSJN, Fallos: 331:2691, del considerando 6º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. El juez Petracchi sostuvo la necesidad de establecer “...políticas, planes, programas, estrategias, instituciones y normas de coordinación que, sin incurrir en dicho desconocimiento, hagan realidad las medidas de protección a las que aquellos tienen derecho y a cuya implementación está obligado el Estado, para más, mediante la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas...”, CSJN, Fallos: 331:2691, del considerando 7º del voto del juez Petracchi.-

⁴⁰ Lo prioritario en la justicia juvenil no es condenar a los niños con garantías procesales, sino generar condiciones que eviten que ingresen al sistema penal; en otras palabras, lo central para el derecho internacional se encuentra en la prevención, entendida como el cumplimiento de las responsabilidades que la familia, la sociedad y el Estado tienen hacia la infancia. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación introdujo tanto en el proceso penal juvenil nacional como en el federal, garantías sustantivas y procesales que lo hacen compatible con los principios que rigen la materia, derivados del derecho internacional de los derechos humanos.

se guarda el debido respeto a los derechos del niño y, a los tratados internacionales a los cuales nuestro país adhiere...⁴¹.

II. Aproximación desde la Neurociencia.

A todo esto, es sumamente importante reseñar palabra autorizada de otra disciplina como la neurociencia. Ella nos dice que nos encontramos en primer lugar con la incontrastable realidad de que en los años de la adolescencia se desarrolla la identidad y la autonomía personal. En esta etapa crucial el cerebro sufre cambios muy importantes en su estructura, que van a estar marcados por el momento biológico de su neurodesarrollo y por las experiencias personales del adolescente.

El proceso de maduración cerebral empieza en la concepción y continúa hasta la edad adulta. Dura aproximadamente 20 años. Es un proceso ordenado por el que las distintas áreas van alcanzando la madurez, siempre empieza por las áreas posteriores del cerebro y avanza hacia las anteriores. El desarrollo estructural y funcional del cerebro sigue un patrón universal que, en función de la edad cronológica, permite distinguir etapas: primero el desarrollo anatómico –prenatal-, luego de la autonomía motora –de 0 a 3 años-, seguido del desarrollo del lenguaje y del conocimiento del entorno -3 a 10 años- para culminar con el desarrollo de la identidad personal –adolescencia-. Si bien durante la adolescencia el crecimiento físico y la maduración corporal son evidentes y rápidos; la conducta, las emociones, las relaciones sociales, la forma de pensar, también van a sufrir un cambio espectacular.

El cerebro adolescente sufre una reorganización, mientras unas áreas aumentan de tamaño, otras las reducen. Sigue perfeccionando sus capacidades cognitivas, la memoria, el lenguaje y el aprendizaje complejo. A la vez aparecen nuevos circuitos de las decisiones, más complejos, que precisan de áreas cerebrales más extensas, y a veces más alejadas, y que deben conectarse entre sí. La sede principal de estos “circuitos decisorios” es la corteza prefrontal, la que está en la parte más anterior del cerebro y por lo tanto la última en madurar según el programa general establecido.

La corteza prefrontal humana es proporcionalmente mucho mayor que la de cualquiera otra especie. En ella tienen lugar las funciones cognitivas más delicadas: la toma de decisiones, la planificación de tareas y tiempos, la inhibición de un comportamiento inadecuado, y es la sede de nuestra autoconciencia.

También es imprescindible para la interacción social, porque nos permite “leer” el comportamiento de los otros, sus acciones y gestos, su mímica facial –con su carga

⁴¹ Diario Página 12, publicación del día 15 de Junio de 2017; <https://www.pagina12.com.ar/44247-sobre-la-baja-en-la-edad-de-punibilidad>.

de emociones y pistas sobre su estado mental-. Antes de que el otro hable, nuestro cerebro puede saber lo que está pensando. Pero el adolescente aún no ha desarrollado del todo estas habilidades prefrontales.

Además, para tomar decisiones no basta con el análisis en frío de los datos objetivos que nos llegan a través de los sentidos, en nuestras decisiones intervienen inevitablemente las emociones, y aquí es donde se da paso al funcionamiento del sistema límbico.

El sistema límbico nos permite procesar emociones y recompensas. Cuando estamos realizando acciones que nos gustan o cuando hacemos cosas emocionantes, el sistema límbico nos recompensa con una descarga de dopamina, lo que nos produce una sensación placentera.

En el cerebro adolescente el sistema límbico responde con más fuerza a esa recompensa en comparación con el cerebro del adulto.

Durante la maduración cerebral de la adolescencia se integran los circuitos emocionales y congénitos y precisamente lo hacen en las áreas frontales. Léase: En las áreas frontales se controla y aúna lo cognitivo y lo afectivo. Para que se produzca esta “unión” entre lo racional y lo emocional se crean nuevos circuitos, nuevas sinapsis (comunicaciones neuronales), que al principio serán débiles y fácilmente cambiantes, hasta que la habilidad de tomar decisiones mejore y, a fuerza de repetirse, se consoliden.

El hipocampo y la amígdala cerebral también maduran y así se consolida la memoria individual y la afectividad, en ese orden, imprescindibles para la formación de la propia identidad, siendo ambas estructuras diferentes en chicos y chicas, lo que contribuye a las diferencias del desarrollo cognitivo y social durante la adolescencia.

Ahora bien, un papel importante lo constituye los cambios sociales. Ya que no todo es únicamente biología y genética. Los seres humanos estamos continuamente expuestos a influencias culturales y educativas, a la relación con los otros y a nuestras propias decisiones.

La experiencia vital deja una huella persistente en los circuitos neuronales de cada persona, una huella única e irrepetible que convierte esos circuitos en específicos para cada uno. El cerebro adolescente es más vulnerable a las experiencias externas debido a la inestabilidad que tienen sus circuitos, que están en cambio constante. Debe afrontar cambios muy importantes y a veces se encuentra pendiente de un hilo, o mejor “pendiente de un circuito” que está por consolidar.

Se espera del adolescente la transición desde la dependencia familiar a la independencia social, y ello lo aprende a través de las relaciones interpersonales y de grupo. Pero sus iguales están en las mismas condiciones.

Todo es nuevo y por estrenar, todos son cambios, impulsos, emociones, y todo ello sin olvidar el interés creciente por la actividad sexual.

La integración entre emociones y decisiones racionales en el adolescente aún no ha terminado de madurar, la búsqueda de la identidad propia tampoco ⁴².

Recientemente la ciencia ha derribado un mito: que las neuronas no se regeneraban. Así también se pudo comprobar que la amígdala (que es la parte del cerebro que, entre otras, rige cuestiones tales como la afectividad, la impulsividad, la empatía, etc.) no en todas las personas tiene el mismo tamaño. Estudios han revelado que aquellas personas que en sus primeros años de vida recibieron afecto, cariño, estimulación, apego social, etc., su tamaño es ostensiblemente mayor que aquellas a quienes no se les prodigaron, y las conductas de estas personas ya adultas en interrelación con la sociedad también son muy diferentes. Tolerancia, respeto, empatía, compasión, etc., caracterizan a los primeros, lo contrario a los segundos generalmente. Es por ello que en un entorno de contención, sin hostilidad es posible modificar la actitud de aquellas personas adultas que han cometido delito a través de la implementación de procesos de justicia restaurativa, ya que ello tiene incidencia en las amígdalas. Y si ello es potencialmente concretable en personas adultas, con una identidad consolidada, se deduce que muchas mayores son las posibilidades de que surta efecto en los jóvenes, que son personas en formación. Es por los datos empíricos de la realidad concreta relevados por la ciencia que los procesos de justicia restaurativa se presentan como insoslayables en aquellas situaciones en que los jóvenes están en conflicto con la ley penal.

Así se ha dicho que *“...Ya que nuestro cerebro puede cambiar, necesitamos ser responsable por nuestros actos y ellos tienen que hacerse responsables de rehabilitarse. Una forma en que esa rehabilitación podría funcionar es a través de programas de justicia restaurativa. Aquí la víctima, si decide participar, y el criminal se ven cara a cara en encuentros seguros y estructurados al criminal se le anima a responsabilizarse por sus actos, y la víctima tiene un papel activo en el proceso. En un encuentro así, el criminal puede ver, quizás por primera vez, a la víctima como persona real con pensamientos y sentimientos y una genuina respuesta emocional. Esto estimula la amígdala y puede ser una práctica de rehabilitación más efectiva que el simple encarcelamiento...”*⁴³.

III. Debate en la Argentina.

⁴² La adolescencia del cerebro. Neuronas en crecimiento // <https://neuropediatra.org/2016/03/14/la-adolescencia-del-cerebro/>

⁴³ YouTube: TED Daniel Reisel. La neurociencia de la justicia restaurativa.

Es fácil advertir que bajar la edad de punibilidad, por los motivos de peso esgrimidos por la ciencia, en sus diversas disciplinas a todas luces se presenta como inviable.

En el ámbito académico y profesional respetadas voces, se expiden en el mismo sentido, es decir a no bajar la edad de responsabilidad juvenil en nuestro país. Así por ejemplo se ha dicho que: a) no es necesario: porque todas las estadísticas, todos los estudios, todo el análisis sociológico del tema nos lleva a ver que los hechos delictivos cometidos por niños en edad por debajo de la edad de punibilidad son ínfimos; son muy pocos en relación a los cometidos por los jóvenes por encima de esa edad, y sobre todo por los adultos; b) es improcedente: porque la Observación General N° 10 de las Naciones Unidas pregona a no bajar las edades, sino a subirlas. No es procedente en el marco general de nuestras constituciones, en los principios a la luz de tratados importantísimos. ¿Cómo se entiende que países que han adherido al Estatuto de Roma, para crímenes de Lesa Humanidad (crímenes de guerra, delitos gravísimos) digan que no son imputables los menores de 18 años, sino que son hiperimputables aquellos que utilizan menores de 18 años, e internamente, en sintonía con otros discurso, se quiera sostener la idea de imputar a niños de cortísima edad por delitos levísimos, de llamada bagatela. Evidentemente hay una incongruencia entre el Estatuto de Roma, que crea la Corte Internacional de Derecho Penal, y por otro lado el hecho de estar incriminando chicos por otro tipo de delitos. Asimismo, en todos los países donde se bajó la edad de incriminación, no disminuyó el delito juvenil, al contrario, tendió a crecer, porque uno de los elementos fundamentales que llevan al delito juvenil es su exclusión del cuerpo social. La transgresión es parte de la contrarespuesta a una exclusión previa, que se apoya en la inclusión de los grupos marginales y delictivos. Cuando un niño sale en libertad le cierran las puertas el trabajo, la educación, etc., y se las abren las bandas, el crimen organizado; cuanto antes incriminamos niños, con mayor certeza los empujamos al mundo del delito; y confirmamos, reafirmamos, profundizamos la línea de exclusión, la línea de separación de la sociedad, la línea de pérdida de expectativas: allí está la verdadera raíz de la contravención juvenil; y, finalmente c) es contraproducente: ya que es altamente contradictorio incriminar, como solemos decir, más chicos y cada vez más chicos. Hay que crear una respuesta diferenciada, distinta, específica para estos niños y someter al mundo del delito a la presión legal de que no va a nutrir sus filas en jóvenes practicantes, en jóvenes que se inician en el delito. Porque el niño que se

inicia con una transgresión no va a ser ya un niño marcado para el delito, sino un niño con todas sus posibilidades.⁴⁴

IV. Punto de vista y argumentos sobre el tema.

En primer lugar deviene pertinente enfatizar, poner en evidencia, que en relación con la cuestión psicológica se considera, en general que carecen de imputabilidad por su inmadurez los niños antes de los 14 años de edad por su dificultad para comprender el orden legal y dominar sus emociones⁴⁵.

Cuanto menor es la edad de una persona, mayor es la influencia de los condicionamientos y el contexto familiar y social, lo que disminuye la exigibilidad de realizar otra conducta (por el pequeño espacio de autodeterminación que tiene el niño).⁴⁶

Constituyen motivos fundacionales y actualizados para no bajar la edad de punibilidad, los siguientes:

1) Porque sería regresivo: En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos rige el principio de no regresividad y de progresividad: está prohibido regresar a instancias anteriores de la cobertura de un derecho, y sólo se puede avanzar en dicha cobertura. El Código Penal Argentino, sancionado en 1921, establecía la edad de punibilidad en 14 años. En 1954 se estableció en 16, en el marco de una política dirigida a la protección de la infancia (Ley N° 14394). La Dictadura, en una de sus primeras medidas (Decreto Ley N° 21.338) derogó parcialmente esa

⁴⁴ Alvarez, Atilio, Abogado y Defensor Público de Menores en Argentina, Catedrático de la Universidad de Ginebra. Véase video en YouTube: CASJJ 2017 ALVAREZ M1 Reflexiones sobre la edad de responsabilidad penal (Certificate of advanced studies in juvenile justice).

⁴⁵ En relación con los niños menores de 12 años, se considera que se encuentran en el nivel 1 o preconvencional: "Este es el nivel en el que se encuentran los niños de la escuela primaria, es decir, niños de entre 5 y 11 años y se caracteriza por su orientación a la obediencia y al castigo. Su sentido de la ley y la justicia se basa en la evitación del castigo y en la deferencia incuestionada al poder, con aceptación de las normas o leyes como actos de naturaleza fija e inmutable dictados e impuestos por la autoridad para contener las malas conductas y prevenir el daño físico. En este nivel el niño ni conceptualiza un sistema legal generalizado o un orden moral subyacente, ni reconoce una diferencia entre legalidad y moralidad". Respecto del joven de 12 a 14 años se afirma que es "... cualitativamente distinto al niño. A pesar de que dispone de capacidad intelectual y volitiva, no posee sin embargo, la suficiente capacidad de culpabilidad como para considerarlo responsable de las infracciones legales que cometa Primeramente, desde el punto de vista cualitativa, el menor solamente ha comenzado a desarrollar su capacidad para comprender la sociedad y las leyes que la regulan, es decir, el carácter ilícito de su conducta. Esta nueva capacidad de comprensión no permite afirmar que comprende suficientemente tanto las distintas funciones beneficiosas y restrictivas que cumplen las leyes en la organización de la convivencia social, como el verdadero alcance de sus acciones, pues simplemente ha hecho acto de presencia.." (Martín Cruz, El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la LO 8/2006...", cit., p. 147).

⁴⁶ Es preciso tener en cuenta que no siempre la edad se correlaciona con la evolución en el sistema educativo, ya que gran parte de los jóvenes permanecen marginados de las escuelas o repiten, lo cual se vincula estrechamente con la situación de pobreza o indigencia que los afecta. "...la edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de valores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de la edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a los efectos civiles, etc.). Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional ...", Reglas de Beijing, comentario a la regla 4.

norma, y fijó la edad de punibilidad en 14 años, decisión que mantuvo en el Régimen Penal de la Minoridad, creado en 1980 (Decreto Ley N° 22.278). En mayo de 1983, meses antes de la recuperación de la democracia, la edad de punibilidad volvió a establecerse en los 16 años. Regresar a la edad establecida en épocas de gobiernos de facto, con la ideología que proyectan, no parece ser una medida dirigida a la mejor protección de niños y adolescentes⁴⁷;

2) Porque el único objetivo es el castigo. El mandato constitucional establece que el sentido de la privación de la libertad no debe ser el castigo, sino la adecuada preparación para la vida en libertad (art. 18 C.N.). Sin embargo, cada vez que se discute un proyecto de estas características, aparece elocuentemente que el único objetivo es establecer políticas de castigo sobre esta población, violentando ese mandato, y confundiendo a las personas que creen que esta reforma le será aplicada al joven que cometió el delito, lo que es falso, porque las leyes penales no son retroactivas: o que con la baja se resolverá algún problema de inseguridad;

3) Porque no es cierto que sea el único modo de brindar garantías a los adolescentes de 14 y 15 años. Las garantías las poseen todas las personas de todas las edades, el problema es que muchas veces no se cumplen ni se respetan;

4) Porque no se trata de sancionar más leyes sino de cumplir las que ya existen. La Convención de los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley N° 26061) tienen plena vigencia, así como todos los tratados internacionales de derechos humanos que establecen todos los derechos a los que son acreedores cada niño y cada niña que vive en el país;

5) Porque la cantidad de adolescentes en conflicto con la ley penal de 14 y 15 años es ínfima. Un punto que debe ser señalado es el de la incidencia de los medios masivos de comunicación en cuanto a la percepción social de la criminalidad. Tal influencia determina que las reformas legislativas, en muchos casos, estén influenciadas por la información que presentan los medios. En materia específica de criminalidad juvenil, este aspecto ha sido destacado con mucho acierto por Miguel Ángel Cano Paños referido a las realidades española y alemana. Luego de analizar cifras concretas concluye en que “...la delincuencia juvenil violenta, tanto en

⁴⁷ El principio de progresividad se encuentra consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos y consiste, básicamente, en que los Estados no pueden disminuir el grado de protección alcanzado frente a un determinado derecho social. Por ejemplo, si un Estado consagra la gratuidad en la educación universitaria, no puede eliminarla ulteriormente pues violaría este principio y su consecuencia natural, cual es la prohibición de retroceso. Un análisis exhaustivo del mismo puede verse en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

*cifras absolutas como en porcentajes, ni de lejos presenta el dramatismo que intentan transmitir los medios de comunicación. Aquellos hechos puntuales de violencia juvenil de los que se hacen eco los medios hay que considerarlos así como lo que realmente son, es decir, como hechos aislados –en algunos casos realmente graves-, los cuales ocupan un porcentaje ínfimo dentro de la estructura de la delincuencia juvenil cotidiana. La consecuencia más grave de sobredimensionar la delincuencia violenta por parte de los medios de comunicación, además del futuro daño que se puede causar al menor autor de los hechos, se traduce en la creación en la opinión pública de un estado de alarma social, la mayoría de las veces infundado, y cuyas consecuencias resultan claramente negativas de cara al tratamiento de futuros delincuentes juveniles...”*⁴⁸. La situación en la Argentina no es diferente. Mientras que los medios masivos de comunicación presentan al joven delincuente como el gran generador de la inseguridad ciudadana, las estadísticas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación demuestran que la Ciudad de Buenos Aires los hechos gravísimos, como los homicidios, son cometidos sólo un 5% por menores de edad y sólo en el 1% por menores no punibles⁴⁹, es decir, por menores que no son penalmente responsables. Según el mismo órgano, en el año 2012 solo el 2,5% de las causas ingresadas al sistema penal correspondieron al fuero de menores (los números son similares en los años anteriores). Los datos del año 2014 demuestran que solamente el 3,5% de los homicidios involucraron como perpetradores a menores de 18 años de edad, mientras que si se observa la cantidad de menores de 18 años que fueron víctimas de homicidios, el número asciende al 8%. Por su parte, las causas tramitadas por las fiscalías arrojan datos de la misma escasa magnitud: en el año 2015, sólo el 1,56% corresponden a las fiscalías de menores.⁵⁰ Según la investigación realizada por Unicef⁵¹, en el año 2015 del total de delitos imputados a la población adolescente incluida en dispositivos penales juveniles, el 64,8% corresponde a delitos

⁴⁸ Cano Paños, Miguel Á., El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España, p. 119.

⁴⁹ Destaca Cano Paños que “(...) partiendo tanto de las cifras oficiales relativas a la delincuencia de menores, como de esa serie de hechos aislados de carácter espectacular, hay que concluir afirmando que los mass media vienen generalmente transmitiendo a la sociedad un mensaje basado en un aumento preocupante de la delincuencia juvenil, tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa, resaltando sobre todo los casos de violencia juvenil extrema. Se informa así de un aumento constante de la cifra de homicidios, robos o agresiones sexuales por parte de los menores de edad, lo cual conduce a que la población perciba un aumento amenazante de la delincuencia juvenil. No obstante, analizando los datos ofrecidos por las estadísticas policiales, hay que decir que esa percepción subjetiva de la delincuencia juvenil está en manifiesta contradicción con la situación objetiva. Efectivamente si se analizan esos datos estadísticos tanto en Alemania como en España, se observa como la mayoría de los actos delictivos cometidos por menores de edad son de mediana o baja intensidad. La delincuencia juvenil se encuentra así en ambos países cuantitativamente marcada por los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Por el contrario, en lo referente a la delincuencia juvenil violenta, las cifras demuestran cómo esta supone estadísticamente un pequeño porcentaje respecto a todo el abanico delictivo cometido por menores de edad”. CSJN. Instituto de Investigaciones, Homicidios Dolosos 2011, Buenos Aires, 2012, p. 24.

⁵⁰ Sobre todos estos datos, véase: Mary Beloff ¿Qué hacer con la justicia juvenil?, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016., págs. 60/88.

⁵¹ Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, 2015.

contra la propiedad. Ello, al mismo tiempo, pone aún más en evidencia que si el sistema penal general no tiene capacidad para resolver los problemas de inseguridad, menos aún lo tiene el derecho penal juvenil, pues la incidencia real en el universo de delitos es mínima;

6) Porque redundaría en mayores costos del sistema penal. La creación de centros de privación de la libertad o el incremento general del sistema represivo tiene elevados costos que de ser adicionados a estos rubros deberían, necesariamente, no ser destinados a otros, pues el presupuesto de un Estado es limitado. La inversión del Estado en los distintos rubros que son fundamentales para la vida en sociedad debe realizarse teniendo en consideración las necesidades de la población y la eficacia de las medidas que se han de adoptar, es decir que el Estado debe, necesariamente, respetar los derechos de la niñez a la hora de determinar hacia dónde se destinan los recursos. En un Estado en que las necesidades básicas no han sido satisfechas, resulta difícil de justificar el maximizar los recursos que se destinan al sistema represivo. Aun dentro de una lógica penal, si lo que se busca es reducir la incidencia del crimen en la sociedad, el aumento de recursos públicos debería orientarse a los fines antes señalados, esto es el aseguramiento de condiciones de vida digna para todos los niños, tal como lo ha señalado sistemáticamente la Corte IDH⁵²;

7) Porque el sistema penal es discriminatorio, selectivo y estigmatizante. Es decir: no persigue a todos por igual, sino a los más pobres, los más vulnerables, los que menos “esfuerzo” tienen que hacer para caer en sus redes. Y cuando los captura, los separa del resto de la sociedad, los etiqueta y los marca. Nadie que pase por una institución del sistema penal sale sin huellas, a veces en el cuerpo, casi siempre en su psiquis. Y las huellas son más profundas y dolorosas cuando se provocan en niños y adolescentes; y,

8) Porque los niños son el eslabón más débil de los grupos delictivos y las empresas criminales. Casi siempre que un adolescente está inmerso en una situación violenta, es porque alguien con más edad y con más poder, lo ha utilizado.

Retomando, se debe recordar que respecto de la edad penal mínima y los deberes estatales, la CDN obliga a los Estados a establecer, en forma general, una edad mínima a partir de la cual se puedan aplicar sanciones penales⁵³. Los niños que no alcancen esta edad no pueden ser responsabilizados penalmente por los delitos

⁵² Conf. Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, sentencia del 19/11/1999, Serie C Nº 63, párr. 144.

⁵³ CDN, art. 40.3.a.

que cometen, con independencia de su capacidad para comprender la criminalidad de la conducta y de dirigir sus acciones⁵⁴.

La discrecionalidad que se le otorga a los Estados para fijar una edad mínima debe suponer una robusta discusión, democrática que valore diferentes aspectos, en particular cuestiones de política criminal y de organización judicial e institucional.

En Argentina, la edad mínima de responsabilidad penal es uno de los temas sobre los que no ha podido lograrse el consenso social necesario. La polémica ha llegado al punto de obstaculizar la aprobación de una ley que adecue el sistema normativo vigente a los lineamientos internacionales. Se trata de un tema recurrente que resurge ante hechos ilícitos de gravedad inusitada protagonizados por personas menores de edad. Tales hechos generan en la sociedad sensaciones de alarma y clamor por mayor seguridad ciudadana y endurecimiento de la legislación⁵⁵. Los reclamos son mediatizados y utilizados con fines electoralistas, soslayando todo tipo de estudio empírico respecto de los índices reales de la criminalidad juvenil.

En general, la discusión omite un análisis serio e integral de la cuestión, reduciéndose a su mínima expresión; esto es: a la conveniencia de “disminuir” o “no disminuir” la edad mínima de punibilidad.-

Lo cierto es que, a consecuencia de esta discusión, no se ha logrado la anuencia necesaria para la aprobación de una ley que permita adecuar el sistema legislativo a los estándares constitucionales⁵⁶.

Finalmente, y para dimensionar la actualidad del tema en el país, hay que destacar que hace escasos tres meses el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, entre otras observaciones finales de los informes periódicos combinados quinto y sexto de la Argentina (formuladas tras desarrollarse el 78º período de sesiones en Ginebra), puntualmente recomendó al Estado Argentino adoptar una ley sobre la justicia penal juvenil en línea con la Convención y los estándares internacionales, tras reunión mantenida con representantes nacionales los días 14 y 15 de Mayo del corriente año, debiendo asegurar que la detención será

⁵⁴ El juez de la Corte IDH García Ramírez sostuvo: “Si se considera, como lo hacen una acreditada doctrina y muchas leyes penales, que la imputabilidad es la capacidad de entender la licitud de la propia conducta y de conducirse conforme a ese entendimiento, se convendrá en que aquella no es un tema de grupo, sino de persona; efectivamente, se es o no imputable en función de la capacidad aludida, que se tiene o no se tiene personalmente. 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 (...)”, Corte IDH, Serie A Nº 17, Opinión Consultiva Nº 17, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, del 28/8/2002, párr. 11.

⁵⁵ En Argentina pueden mencionarse, a modo meramente ejemplificativo, dos hechos emblemáticos: el caso “Axel Blumberg”, joven que fue víctima en el año 2004 de un secuestro extorsivo seguido de homicidio, y el caso “Daniel Capristo”, quien falleció a consecuencia de la agresión recibida por parte de un menor de quince años de edad en abril de 2009. Este último caso, particularmente, generó una fuerte reacción social que instaló nuevamente en la opinión pública el tema de la edad de imputabilidad.

⁵⁶ “Derecho Penal Juvenil”, Aníbal Ezequiel Crivelli, Edit. BdeF, Munro, Bs. As., Marzo de 2014, pág. 341.-

utilizada como último recurso, y sin incluir medidas para aumentar las sentencias o reducir la edad de imputabilidad penal ⁵⁷.

Recuérdese que este proyecto de ley de Responsabilidad Penal Juvenil surge también a instancias de que el Estado Argentino ha sido observado por el Comité de los Derechos del Niño, en su 54^o período de sesiones, del 25 de Mayo al 11 de Junio de 2010, al expresar: "... *Administración de la Justicia Juvenil: 80. El Comité insta al Estado parte a velar porque las normas de justicia juvenil se apliquen plenamente, en particular los artículos 37 b), 39 y 40 de la Convención, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad (Reglas de La Habana). En particular el Comité recomienda al Estado parte que, teniendo en cuenta la Observación general N° 10 (2007) del Comité, relativa a los derechos del niño en la justicia de menores: a) Derogue la Ley N° 22.278, relativa al Régimen Penal de la Minoridad, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil;....*".-

V. Conclusión.

En resumen, por aplicación de la regla 4 de las Reglas de Beijing, en el entendimiento de que el comienzo de la edad mínima de responsabilidad penal no debe fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez mental, emocional e intelectual, una que se establezca menor a los 12 años es internacionalmente inaceptable.-

Y en cuanto al proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de la República Argentina, se justifica el mantenimiento de la edad mínima en los dieciséis años, y no disminuirla a catorce, sobre la base de consideraciones tales como los principios de no regresividad y progresividad, como asimismo el de humanidad, intervención mínima del derecho penal juvenil y desjudicialización (todos ellos consagrados en el Derecho Internacional); la inexistencia de madurez emocional en los niños y adolescentes menores de dieciséis años desde el punto de vista neurológico (faz emotiva, volitiva, emocional y social); lo dictaminado por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 10 en la que considera razonable fijar la edad mínima en esta edad, el colapso que implicaría la reducción de la edad de punibilidad (tanto en el sistema judicial como en los centros de detención); y la falacia de creer que bajando

⁵⁷ Publicación efectuada el día 06 de Junio de 2018. Para mayor información, ver siguiente dirección: <http://acnudh.org/comite-onu-realizo-observaciones-a-argentina-sobre-derechos-de-la-infancia/> .-

la edad de punibilidad se está más seguro, ello en orden a las experiencias internacionales en tal sentido y a los datos estadísticos reseñados, máxime cuando se debiese apelar a los procesos de la Justicia Juvenil Restaurativa, mediante los cuales se aborda el conflicto en forma integral y holística, utilizando distintos temperamentos en su resolución, siendo ésta es la única manera de humanizar el proceso penal juvenil, visibilizando todos los actores, pues no sólo están en juego los intereses de los ofensores y las víctimas, sino la de la comunidad toda..-

Bajar la edad mínima de responsabilidad penal, por lo expuesto, no es la solución, al contrario, agrava el problema. Aumenta el delito y la estigmatización de los jóvenes.

No es procedente la pretensa disminución de la edad de responsabilidad penal juvenil en defensa del Interés Superior del Niño consagrado en la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina, Ley Nº 23.849). Más precisamente en los arts. 3º y 12º, puesto que en “... *todas las medidas concernientes a los niños que tomen ... las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño....con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...*”; y “...*Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño...*”, no ocurriendo esto último en el proyecto de baja de edad de punibilidad en mi país.

No hay más que concluir que es objetable ab initio cualquier proceso reformista en perjuicio de los derechos consagrados internacionalmente a los niños, por atentar contra los designios de la civilización humana, ya que se erguiría en un inadmisibles y franco retroceso a dichas conquistas logradas a través del tiempo, luego de una traumática evolución a lo largo de la historia.

Nelson Andrés Sánchez

Referencias Bibliográficas y Enlaces:

- Landrove Díaz, Gerardo, Derecho penal de menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- Bustos Ramírez, Juan, "Imputabilidad y edad penal", en Cuadernos de posgrado, Serie A, nº 2, julio-diciembre de 1988, Unam/Acatlán, México.

- Mary Beloff, Nuevos problemas de la justicia juvenil, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

- Freedman, Diego, y Terragni, Martiniano, "La privación de la libertad de los adolescentes no punibles", en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año I, nº 2, La Ley, Buenos Aires, octubre de 2011

- Beloff, Mary, Freedman, Diego y Terragni, Martiniano, "La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la Ley 22.278: apuntes para un balance", en Solari, Néstor y Benevente, María Isabel (dir.), Régimen Penal de Menores, La Ley, Buenos Aires, 2012.

- Diario Página 12, publicación del día 15 de Junio de 2017; <https://www.pagina12.com.ar/44247-sobre-la-baja-en-la-edad-de-punibilidad>.

La adolescencia del cerebro. Neuronas en crecimiento // <https://neuropediatra.org/2016/03/14/la-adolescencia-del-cerebro/>.

- Daniel Reisel, YouTube: TED. La neurociencia de la justicia restaurativa.

- Alvarez, Atilio, Abogado y Defensor Público de Menores en Argentina, Catedrático de la Universidad de Ginebra. Véase video en YouTube: CASJJ 2017 ALVAREZ M1 Reflexiones sobre la edad de responsabilidad penal (Certificate of advanced studies in juvenile justice).

- Courtis, Christian (comp.), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

- Cano Paños, Miguel Á., El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España.

- Aníbal Ezequiel Crivelli, Derecho Penal Juvenil, Edit. BdeF, Munro, Bs. As., Marzo de 2014.

<http://acnudh.org/comite-onu-realizo-observaciones-a-argentina-sobre-derechos-de-la-infancia/>