



**TRABAJO FIN DE GRADO: ESPECIALIZACION EN
DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.**

DISCURSOS ALREDEDOR DE LA BAJA DE PUNIBILIDAD



1

AUTOR: FASANO SILVIA.

-2019-

TUTOR: ABOG. MARTIN, GERMAN DARIO.

¹ Figura 1, Tropas del ejército israelí agreden a Saqer al-´Aramen, un niño palestino de nueve años de edad de Jerusalén en abril de 2008. Cientos de miles de niños palestinos se enfrentan cada día con soldados israelíes, puestos de control y violencia (Foto: IMEMC).

INDICE GENERAL:

Introducción.....	3
Resumen.....	5
Antecedentes legislativos. Breve análisis.....	7
Marco teórico.....	10
Modelos tutelares /modelos integrales.....	13
Discursos habituales respecto a la edad de punibilidad.....	19
Los medios de comunicación en la construcción de estos discursos... 	30
Opinión de la Comunidad Internacional.....	34
Conclusión.....	37
Referencia Bibliográfica.....	40

Introducción:

Desde siempre los delitos en los cuales se ven involucrados “menores” generan una demanda social, tendientes a solucionar situaciones relacionadas a la transgresión de los adolescentes con la ley penal.

Compartiendo el criterio de Martin German, utilizaremos la terminología de adolescentes considerando que “jóvenes” es una expresión amplia y ambigua, con variados efectos desfavorables, tendiendo a identificar como “jóvenes delincuentes” a personas mayores de 18 años, es un término que tiende a viciar procesalmente ya que no posee un efecto que amplía la garantías legales del adolescente hacia los jóvenes, como así también la utilización del mismo permitiría evitar los mandatos convencionales de protección de la identidad de las niñas, niños y adolescentes involucradas/os en escenarios de delito, además de considerar que es un término que tiende a “adultizar” enmascarando un tramo del recorrido vital “la adolescencia” lo que no permite tener una perspectiva equilibrada de la problemática.²

Existe la obligación de los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño de dotarse de una Justicia Penal “Juvenil”.

De la mano de algún caso concreto que alcanza repercusión mediática, la discusión sobre la edad de responsabilidad penal de los adolescentes se reanuda y contamina todo el debate. La baja de la edad de ingreso al sistema penal se presenta como uno de los puntos de mayor tensión. No obstante, como veremos, el porcentaje de “jóvenes” menores de 16 años involucrados en delitos graves como el homicidio es mínima.

Así vemos que el actual gobierno nacional ha propuesto una modificación en enero del

² Para un mayor desarrollo del tema ver “Adolescentes ni-ni (ni menores, ni jóvenes ni conflictivos, ni locos) Infancia, adolescencia y cuestión penal)” German Martin

2017, a partir del asesinato de un niño de catorce años, Brian Aguinaco³, responsabilizando a otro adolescente de quince años.

A partir de esa vinculación se propuso la modificación del marco legal actual y la creación de un régimen penal juvenil, incluyendo entre otras cuestiones bajar la edad de punibilidad.

³ Brian Aguinaco tenía 14 años y el 24 de diciembre de 2016 fue herido por un balazo cuando iba en el auto junto con su abuelo en el barrio de Flores de la Capital Federal.

Resumen

Escribir sobre la delincuencia juvenil en Argentina implica hacer frente a una gran problemática. En este trabajo del complejo entramado del sistema jurídico/normativo/institucional penal “juvenil” nos concentraremos en el aspecto de la edad de punibilidad en nuestro país y el último intento de reducirla.

El año que transitamos vuelve a tener como tema de agenda pública el debate sobre la reforma penal “juvenil” y dentro de ésta, la cuestión del límite de edad punibilidad como punto central. Se pretende presentar como resguardo de garantías para los adolescentes y como medida de gestión de “la seguridad” una propuesta que en lo concreto significa un grave retroceso para los derechos de niños, niñas y adolescentes. El proyecto promovido por el actual gobierno se vislumbra aún más perjudicial en la actual coyuntura de aumento de la violencia institucional, incremento de los índices de pobreza y de retracción de los dispositivos de protección social, procesos desfavorables que afectan con especial dureza a niños, niñas y jóvenes.

En ese marco, nuestro plan es explorar los discursos y manifestaciones habituales que suelen recorrer en nuestra sociedad como justificación para disminuir la edad de punibilidad, ubicándonos temporalmente en periodo 2017-2018. Seguidamente realizaremos, con auxilio de bibliografía específica, un dialogo crítico con esos argumentos expuestos.

También analizaremos la influencia de los medios de comunicación, vinculando a los adolescentes con la comisión de un delito (instalando en la opinión pública como tema central) ofreciendo una visión distorsionada de la realidad delictiva relacionada con adolescentes.

Además, desarrollaremos el criterio que propone la Comunidad Internacional en lo que respecta al tratamiento de aquellos adolescentes que han cometido un hecho delictivo como así también la adecuación de la normativa interna conforme los estándares internacionales de derechos de la niñez y adolescencia.

Por último, esbozar una conclusión y proyectar un modelo de justicia penal orientada con la protección de los derechos de niños, niñas, y adolescentes, que considere al derecho penal como extrema ratio.

Antecedentes legislativos. Breve análisis

La infancia y el derecho penal históricamente suscitaron discusiones de todo tipo, y es importante destacar que en nuestro país jugó un papel a nivel internacional en materia de su protección y tratamiento diferencial en sentido tuitivo.

Así, en la Argentina anterior a la vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño ha venido aplicándose la Ley 10.903 del año 1919 (conocida como Ley de Patronato de Menores o Ley Agote).

El Código Penal Argentino de 1921 establecía la edad de punibilidad en 14 años, no obstante el Código contenía un connato de especialidad y trato diferenciado en su artículo 8 cuando plantea la necesidad de que “ los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas en establecimientos especiales”.

En el año 1954, se dicta la ley 14.394, llamada "Modificación al régimen de menores y de la familia", la cual derogó los artículos 36 a 39 contemplados en el Código Penal, y reguló sobre la punibilidad de los menores en los artículos 1 a 13 elevando el límite de punibilidad a los 16 años.

La ley 14.394 recibió la influencia del movimiento de despenalización de los menores; como consecuencia, la idea que privó, dice, fue la de sustraerlos del Código Penal para ser sometidos a un régimen especial, destinándolos cuando correspondiera, a establecimientos asistenciales y educacionales.

En junio de 1976, en plena dictadura militar, en un contexto de “lucha antisubversiva” tuvo origen la llamada “ley” 21.338, que modificó el Código Penal y parcialmente la 14.394 en materia de menores de edad fijando nuevamente la edad a 14 años. Esa edad se mantuvo en el decreto ley 22.278 que estableció el Régimen penal Juvenil de la Minoridad.⁵

En mayo de 1983, se sanciona y publica la ley 22.803, que vino a modificar el régimen de punibilidad de menores sometidos a proceso, retornando la edad a 16 años como

⁵ Una interesante historización del proceso de esta ley –artefacto jurídico según la autora-puede hallarse en el texto de Claudia Cesaroni(2014)

límite para someter a proceso. De esta manera, con el nuevo ordenamiento legal, regresa a las fuentes, esto es, al régimen de la ley 14.394.

El Régimen Penal de la Minoridad Nacional en la Argentina es regido por la “Ley” 22278 de 1980, claramente bajo el paradigma tutelar, es decir, un juez de menores discrecionalmente “dispone de los menores” en un proceso netamente inquisitivo, donde no existe o está muy desdibujado el rol del fiscal que acuse ni defensa técnica que resguarde, por lo que todos los roles se encuentran en cabeza del magistrado.

El decreto establece, respecto de los menores de 16 años no punibles, la autorización a “disponer” del menor (como si fuera un objeto) lo cual ha sido entendido como la posibilidad de encerrar a los mismos con la excusa de tutelar al menor en situación de peligro, aplicando “medidas de seguridad” sin límites en el tiempo, sin debido proceso y sin comprobar la existencia de un injusto penal.

También el decreto posibilita la imposición a niños, niñas y adolescentes, de 16 y 17 años , la aplicación de las mismas penas que a los adultos.

Dicha legislación, en una buena parte, ha perdido fuerza en el ámbito de la República Argentina, tanto por haber sido derogada implícitamente por una ley posterior (ley 26061⁶), como por haberse sancionado una serie de leyes procesales provinciales que morigeran el carácter tutelar e inquisitivo de la de la “ley” 22278⁷.

El 27 de septiembre de 1990, nuestro país ratificó mediante ley 23849 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸ y su órgano de aplicación, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, que en 1994 adquieren rango constitucional.

Posteriormente, se sanciona en el año 2005 la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, adecuando parte de su legislación interna a la legislación internacional.

⁶ Sancionada el 28/09/2005 y promulgada el 21/10/2005.

⁷ Promulgada el 25/08/1980.

⁸ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

A partir de la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, el Estado argentino reafirmó su posicionamiento en concebir a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y considerar a la familia como el primer espacio en el que las personas crecen, aprenden, construyen y comparten valores. De igual forma, impulsó la protección y promoción de la familia como eje fundamental de las políticas públicas tendientes a promover la integración social, la protección de los derechos y el desarrollo pleno de todos sus miembros y la inclusión social. Sin embargo, la ley 26.061 no modificó ni alcanzó al régimen penal juvenil, manteniéndose vigente la “ley” 22.278.

Marco teórico:

El Gobierno Nacional oficializó en marzo de 2019 un proyecto de legislación penal adolescente para Argentina anunciando la disminución de la edad punible a 15 años. Existe cierto consenso aferrado al paradigma inquisitivo del tutelarismo, realizando un inadecuado equiparamiento al sistema penal de adultos y desmejorando así la situación de niños, niñas y adolescentes.

Para la Convención sobre los Derechos del Niño –destaca Claudia Cesaroni–⁹ “todo menor de dieciocho años es un niño, y a los adolescentes se les aplica la misma pena que a un adulto. Además, la Convención obliga a aplicar la pena más breve que proceda, en el caso de delitos cometidos por adolescentes de 16 y 17 años. Y el Régimen Penal de la Minoridad (Ley 22.278) les da a los jueces, si deciden condenar, la posibilidad de aplicar la pena prevista para la tentativa del delito del que se acuse al adolescente. Pero esa ley hay que aplicarla en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional, y dice que la prisión es el último recurso, y siempre hay que aplicarla por el plazo más breve que proceda. Entonces, la posibilidad para el juez se transforma en obligación. Es decir, si el adolescente está acusado de cometer un homicidio, y se decide condenarlo, la pena más breve que procede es la de la tentativa del delito de homicidio, que son 10 años. En lugar de un máximo de 25, será un máximo de 10. Eso, porque es menor, porque cometió el delito siendo menor de edad, y se considera que obviamente debe tener una pena también menor que un adulto”

Cesaroni insiste en que hay que excluir la opción de que se les aplique la misma pena que a un adulto. Y hay que establecer montos de penas. “Esa es una discusión legislativa. Siempre que un menor de dieciocho años cometa un delito, sea del tenor que sea, tiene que recibir una pena inferior a un adulto. Y establecer una serie de garantías que están establecidas para los adultos y que muchos adolescentes no tienen. La defensa desde el primer momento de la detención. La utilización de la cárcel como último

⁹ Entrevista realizada a Claudia Cesaroni durante la presentación de su libro “La mano dura que mece la cuna” dando cuenta de la realidad de seis adolescentes condenados a cadena perpetua en la Argentina, el único país de América latina que ha llegado a imponer esta pena a menores de 18 años. En el contexto de un clamor por más seguridad y más penas, las consecuencias de la ley más dura.
<https://www.pagina12.com.ar>

recurso. Eso quiere decir que previo a la detención haya una serie de medidas en libertad que se hagan con los adolescentes para evitar a toda costa el encierro. La cárcel es totalmente desintegradora de la personalidad.”

La edad de punibilidad es un elemento importante en lo referido a Justicia Penal ,que tiene que ser acordado en conjunto con los otros aspectos de la legislación y no de manera aislada.

En Argentina la reforma del sistema de Justicia Penal Juvenil no requiere bajar la edad de punibilidad. Es necesario encontrar un abordaje para la “justicia juvenil” que no afecte los derechos consagrados en los Tratados Internacionales que son parte de la Constitución Argentina.

Más allá de la necesidad de sancionar una ley nacional acorde a los estándares internacionales, que no disminuya la edad de punibilidad actual, deben implementarse avances en las distintas provincias en materia procesal, y acuerdos que garanticen un estándar de protección.

Pero este resguardo no debe basarse en un derecho penal totalizante , que trate como iguales a quienes no lo son o aplicado en forma particular con un “plus de protección”,¹⁰es necesario a la hora de abordar esta temática la colaboración de diversas y diferentes disciplinas científicas buscando la circulación del conocimiento lo que se traduce en un diálogo más diversificado.

Todo lo construido y reformado hasta la fecha es derecho penal de adultos, y en el derecho penal de adultos todo el proceso es orientado al castigo, y para el niño niña y adolescente que se priorice el castigo es excepcional y aun así se convierte en un índice de su fracaso. Existe una asociación directa entre joven marginal y joven delincuente en las prácticas y discursos sobre la inseguridad ciudadana. Estas representaciones sociales se amplifican y legitiman desde los medios masivos de comunicación, qué a pesar de encontrarse desestimados actualmente desde las ciencias jurídicas y sociales, aún se encuentran vigentes. Esta construcción luego se plasma en prácticas que refuerzan la violencia figurada y material en relación a los jóvenes.

¹⁰ Teniendo en cuenta que al actualidad el derecho penal de adulto se aplica a los niños y adolescentes.

MODELOS TUTELARES VS MODELOS INTEGRALES

En la actualidad se han producido cambios significativos a nivel mundial en la manera de pensar los derechos de las personas menores de edad dispensando el modelo tutelar para reemplazarlo por algo nuevo, moderno y convencional. Tal transformación, como nos enseña Mary Beloff, se conoce como ".... la sustitución de la "doctrina de la situación irregular"¹² por la "doctrina de la protección integral", que en otros términos significa pasar de una concepción de los "menores" -una parte del universo de la infancia- como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho." (Beloff M. A., 2009-pag 21).

El modelo tutelar clásico, apoyado en criterios criminológicos positivistas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, era un sistema de control y protección jurídica de la infancia que habilitaba la intervención estatal por las condiciones personales del sujeto. Por ello, además de la imputación penal al "menor", pensado como persona incompleta con incapacidad para actuar, se iniciaba una intervención "punitivo-tutelarista", caracterizada por medidas agresivas y restrictivas de la libertad, sin controles ni garantías. El sistema tutelar clásico aplicaba un derecho penal de autor en contraposición a un derecho penal de acto¹³, es decir, tomaba decisiones judiciales sobre las condiciones y características personales de los "menores" indagando las supuestas causas que llevaban a cometer un delito y su peligrosidad. Hacia fines del siglo XX este modelo entró en crisis y comenzó una nueva etapa de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, considerándolos como sujetos de derechos y portadores de capacidades y necesidades positivas, con subjetividad jurídica y política propia. Tal es así, que se prohibió la inclusión de un adolescente en el sistema penal por cuestiones personales, sociales y económicas, para respetar el principio de especialidad e intentar lograr la inclusión plena y efectiva en la sociedad. Adicionalmente, se estableció que la privación de la libertad debía ser la última ratio, aplicada por el menor

¹² Igualmente nos referiremos a él como "modelo tutelar clásico".

¹³ "Por derecho penal de hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual [...]. El derecho penal de autor vincula la pena con la personalidad del autor. Lo que hace culpable aquí al autor ya no es que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal [...]" (Roxin 1997, 176).

tiempo posible y susceptible de revisión periódica, arbitrándose métodos flexibles que se adecuen a cada historia en particular.

El “pensamiento tutelar” que como habíamos advertido había entrado en crisis en la década de 1960 en los Estados Unidos y en la década de 1980 a nivel de la comunidad internacional, habilita a la inauguración de una nueva etapa, definida como “protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes-” pudiendo aseverar que protección integral es protección de derechos.

La “doctrina de la situación irregular”, es aquella en la cual las leyes regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.¹⁴

Para recapitular podríamos exponer que el sistema de la” situación irregular” refleja criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste. De esa concepción positivista se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o “potenciales infractores”) de la ley penal.

Además se caracteriza por su argumentación tutelar, mediante esta manifestación fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños y a los jóvenes. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud sólo reprodujera y ampliara la violencia que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado.

Otro rasgo característico de estas leyes es la singular función atribuida al juez de menores, quien deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir

¹⁴ La Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. El status y el tratamiento de los niños han sido por largo tiempo asuntos considerados del mayor interés por parte de la comunidad internacional. Así, la Declaración de Génova de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional importante en recoger esa idea. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño.

funciones más propias de las políticas sociales, articulándose perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos.

De la misma manera el modelo tutelar es aquel que considera a los "menores" como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial.

Básicamente, el cambio de sistema se ve reflejado en las nuevas legislaciones de los países que han adecuado de manera sustancial su ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es decir aquellos que proponen modelos de protección integral, teniendo en cuenta la no punibilidad del adolescente.

MODELO TUTELAR	MODELO PROTECCION INTEGRAL
<ul style="list-style-type: none"> • “menores” • objetos de protección • protección de “menores” • protección que viola o restringe derechos • infancia dividida • incapaces • no importa la opinión del niño • “situación de riesgo o peligro moral o material” o “situación irregular” 	<ul style="list-style-type: none"> • niños, niñas y adolescentes. • sujetos de derecho • protección de derechos • reconocimiento y protección de derechos. • infancia integrada • personas en desarrollo • es central la opinión del niño • derechos amenazados o violados.

<ul style="list-style-type: none"> • centralización • juez ejecutando política social /asistencia • juez como “buen padre de familia” • juez con facultades omnímodas • lo asistencial confundido con lo penal • “menor abandonado / delincuente” • se diluyen todas las garantías • derecho penal de autor • privación de libertad como regla. • medidas por tiempo indeterminado <p>INIMPUTABILIDAD</p>	<ul style="list-style-type: none"> • descentralización • juez en actividad jurisdiccional • juez técnico • juez limitado por garantías • lo asistencial separado de lo penal • desaparece ese determinismo • se reconocen todas las garantías • derecho penal de acto. • privación de libertad como excepción • medidas por tiempo determinado <p>NO PUNIBILIDAD</p>
--	---

La imputabilidad entonces , es un concepto que en la dogmática de la teoría del delito suele ser definido como “la capacidad de culpabilidad de una persona de ser objeto del

reproche penal”,¹⁶ es decir que tenga la posibilidad de comprender la criminalidad de sus actos y ajustar o dirigir su conducta acorde esa comprensión.

Como sostiene Vítale “De ello se deduce que un niño puede cometer una conducta típica, antijurídica y culpable (entre otras cosas por ser imputable-es decir por tener capacidad psíquica para ser culpable y reconocer el carácter penal de su acto) y, sin embargo, no ser punible por razones de índole político-criminal (porque se lo entiende inconveniente), como es el caso de los niños que no han cumplido los 16 años de edad”. (Vitale-Oses, 2013)

Cesaroni¹⁷ aclara que la diferencia terminológica es sustancial en tanto el vocablo punibilidad se vincula con la posibilidad de aplicar pena, de punir mientras que el vocablo imputabilidad se relaciona con la posibilidad de imputarle un delito a una persona.

Según nos expresa Martin German, la inimputabilidad como categoría del derecho penal está vinculada en forma unívoca a lo mental, a lo psiquiátrico, a lo enfermo. Es decir, tiene una clara connotación de salud mental y de padecimiento. Desde una lectura normativa y fuertemente constitutiva de sentido, *inimputable* es aquella persona que “no ha comprendido la criminalidad del acto” ya sea “por insuficiencia de sus facultades o por alteración morbosa de las mismas”. La idea de los niños, niñas y adolescentes como *inimputables* rompe con el sentido común, porque no tenemos arraigada la idea normativa de los niños, niñas y adolescentes como “incapaces mentales” (Martin, N°13. Noviembre 2018)

No utilizaré, entonces, la expresión “edad de imputabilidad”, pues la discusión no se vincula con la edad a partir de la cual una persona menor de edad puede ser acusada de cometer un delito ni con su capacidad de culpabilidad al momento del hecho. La discusión se vincula con la edad a partir de la cual el Estado castiga a sus niños, niñas o adolescentes; por ello utilizaré la expresión edad de punibilidad.

¹⁶ Basándose en que la culpabilidad del autor es una condición necesaria, pero no suficiente para imponer una pena.

¹⁷ Cesaroni, C. (2011). Diez motivos para no bajar la edad de punibilidad. En Benegas, P. (Coord.), Estado e infancia. Más derechos, menos castigo (pp. 13-36). Neuquén: Educo.

En el caso de los menores, al fijarse legalmente una edad, ello no significa que quienes no hayan alcanzado la misma carezcan de capacidad de reproche, sino que ese límite de edad funciona como condición de **PUNIBILIDAD**. Es decir, por debajo del límite establecido por el Estado no puede aplicarse una pena, el menor no es punible, al margen de su capacidad de culpabilidad (imputabilidad), es por eso que correspondería hablar de la edad de punibilidad y no de la edad de imputabilidad.

Discursos habituales respecto a la edad de punibilidad:

En este acápite, expondremos algunas manifestaciones habituales que suelen oírse ante un hecho de inseguridad en el que se ve involucrado un niño, niña o adolescente:

“Es menor, pero sabe muy bien lo que hace; ahora maduran antes”

Es un argumento habitual y coloquial que aun cuando generalmente no lo encontramos acompañado de datos concretos tienen algo de fundamento a partir del uso de internet, las redes sociales, la televisión, la publicidad invitan y estimulan a los chicos a crecer rápido. Cada vez más pequeños tienen acceso a las redes sociales y a teléfonos celulares, eligen la hora de acostarse, la comida, los cambios de colegio, la ropa que se compran y se ponen, contestan a sus padres como adolescentes desde los 7 u 8 años. Los cambios corporales de la pubertad comienzan antes, esto se explica por una mejor alimentación, pero también influye una mayor estimulación ambiental. Esos niños responden como adolescentes, pero no lo son. Claramente que realicen cosas de adultos no los adultiza.

Sin embargo, aportes provenientes de otros saberes científicos distintos al Derecho como lo es la **neurociencia**¹⁸, puede concebirse que la adolescencia es una etapa evolutiva compleja, donde coinciden factores sociales, culturales, biológicos con cambios hormonales y psicológicos. Durante la adolescencia el cerebro no se encuentra completamente maduro. Una de las últimas áreas en madurar de forma completa es el lóbulo frontal (especialmente la corteza prefrontal). Esta región cerebral es la responsable de regular actividades tales como la toma de decisiones, la planificación, el

¹⁸ La neurociencia incluye varias ciencias que estudian la estructura y el funcionamiento de nuestra masa encefálica desde un punto de vista interdisciplinario, con aportes de cada una en relación a cada área cognitiva. Su tarea central es la de intentar explicar cómo actúan millones de células nerviosas hasta producir una determinada conducta y cómo el medioambiente y la conducta de otros individuos influyen en dichas células

juicio, la expresión de emociones y el control de los impulsos. Es posible que esta parte del cerebro recién alcance su plena maduración alrededor de los 25 años.

Según refieren Ezequiel Mercurio y Eric García-López “El proceso de crecimiento y maduración del cerebro, aún antes del nacimiento y hasta el final de la adolescencia, se encuentra influenciado por las interacciones con el medio, motivo por el cual se presenta como una ventana de grandes oportunidades, pero también de gran vulnerabilidad. De manera específica, vale la pena subrayar la influencia que ejercen los factores de riesgo relacionados con los estilos parentales, las prácticas de crianza y, en contraparte, el monitoreo parental.” (García-López, 2017)

Existen diferencias de funcionamiento entre el cerebro de una persona adulta y el mismo órgano de otro ser humano que no ha alcanzado aquel grado de desarrollo. Desde la ciencia se ha demostrado que un menor o un adolescente no razona como un adulto frente a los hechos de la vida, porque su cerebro así no lo permite. La forma en que los jóvenes toman decisiones, los juicios que realizan y la expresión de sus emociones, son diferentes a la de los adultos, ya que su cerebro también difiere. Desde el punto de vista anatómico-fisiológico, el cerebro de los adolescentes se encuentra inmaduro, sobre todo en las regiones encargadas de controlar los impulsos, de medir las consecuencias de las acciones y controlar las emociones. A la hora de adoptar una conducta riesgosa, los adolescentes no utilizan en la misma medida que los adultos las áreas del cerebro responsables de la reflexión, la toma de decisiones y la recompensa. Esto puede llevarlos a exagerar los beneficios de una acción sin evaluar completamente los riesgos inherentes o las consecuencias de largo plazo.

“El problema de la inseguridad son los pibes”

Es un argumento que podríamos llamar paroxista. Porque es cierto que hay adolescentes y jóvenes que cometen delitos pero veremos qué lejos están de ser el problema de seguridad de nuestras comunidades.

Nuestro país tiene un pobre desarrollo de estadísticas criminales, no obstante ello las estadísticas oficiales, con cierta generalidad en todo el país indican que la influencia de personas menores de 16 años de edad en delitos violentos es ínfima, concretamente menos del 3%. No resulta medular, ni operativo, criminalizar ese sector, puesto que, aun aceptando la tesis punitivista (el encierro como seguridad), no tendría impacto real en la vida diaria de la sociedad. La baja de la edad de imputabilidad es ineficaz como respuesta a la inseguridad porque en términos estadísticos el porcentaje de delitos graves cometidos por menores de 18 años en general y más por menores de entre 14 y 16 años -la franja de los que ahora no son punibles- es aún mucho menor

Un informe del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires establece que sobre 175 homicidios registrados en 2015 sólo 1 caso fue cometido por un menor de 16 años, mientras que 10 casos fueron atribuidos a adolescentes entre 16 y 18 años (el 3,8% del total).

En tanto, según estadísticas de la Procuración general de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, durante el 2015 se iniciaron 26.798 causas contra menores de 18 años, de las cuales 126 corresponden a homicidios dolosos, o sea menos del 0,5 % del total. "Si nos focalizamos en datos de UNICEF, en Argentina hay 412 adolescentes de entre 14 y 15 años privados de su libertad -que no deberían estarlo, pero lo están-. Entonces, si a esos niños les aplicamos el 0,5% podemos inferir que los involucrados en homicidios dolosos serían sólo dos casos", explicó Claudia Cesaroni.²⁰

¿Sin embargo, esto es lo que sucede en Buenos Aires, pero que ocurre en el resto de las provincias...?

Aquí lo que queremos reflexionar es sobre la heterogeneidad criminológica de nuestro país en esta materia y sobre la facultad del Estado nación de definir la edad de punibilidad, en tanto el impacto diferencial que podrá tener esta idea "porteño céntrica" de seguridad (como diría Martín, "Porque Buenos Aires no es toda la Argentina").

²⁰ "Estado de la situación de la niñez y la adolescencia EN ARGENTINA". UNICEF. Impreso en Argentina Primera edición, noviembre de 2016

German D. Martin²¹, nos explica que “en cada una de las jurisdicciones tenemos escenarios muy diferentes”. Por ejemplo, en Neuquén, existe desde el año 2000 un régimen penal juvenil establecido por la Ley Provincial 2302 que acoge los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, en donde actualmente no hay niños detenidos y donde las estadísticas marcan una merma del delito juvenil.

En Río Negro, la situación institucional es diferente, no existe la jurisdicción penal juvenil, aun cuando la “especialización” de los órganos judiciales, del procedimiento, de las sanciones, de las autoridades administrativas- es el estándar internacional mínimo procedimental requerido. Desde lo criminológico todo hace suponer que el escenario sea el mismo que el neuquino. De hecho, pareciera que los jóvenes rionegrinos están siendo más víctimas violentas del aparato policial que victimarios en delitos comunes.

Por otro lado, en ambas provincias los casos graves cometidos por adolescentes - homicidios, violaciones- que se presume son los delitos por lo que la baja de punibilidad es exigida, son excepcionales, reportándose por ejemplo en Neuquén en el año 2010, solamente dos casos de homicidios de menores de 18 años y ninguno de chicos de 14 o 15 años. Asimismo, ninguna muerte fue en ocasión de robo, que es la modalidad que más nos alarma socialmente y que tanta atención merece de los medios de comunicación cuando de adolescentes se trata.

En toda la Argentina se dan 1900 homicidios anuales. Solo el 10% corresponde a chicos menores de 18 años y de ellos solo el 1% son chicos entre 14/15 años. Es decir, solo 15 homicidios por año – no llega a uno por provincia; asimismo el contexto en que se dan estos 15 homicidios no responden a la imagen mediática del mismo –homicidio en ocasión de robo- sino que se dan las muertes entre los mismos adolescentes. A ello deberíamos agregar que en los casos restantes tal vez estamos frente a “reclutadores” mayores que explotan criminalmente a los niños/victimarios.”²²

²¹ Para un mejor desarrollo ver “Porque Buenos Aires no es toda la Argentina: Por un régimen penal juvenil, sin bajar la edad de punibilidad” Convocatoria Neuquina por la Justicia y la Libertad

²² Ver cita 21

Ello 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.

“Esto se resuelve con más encierro a menor edad”.

Este argumento es una variante “estilizada” del anterior. Usualmente podemos escuchar a parte de la sociedad expresar que la solución para evitar el aumento de delitos que alteran la paz social, es confinar a los jóvenes “lo antes posible” evitando que tengan contacto con los demás habitantes, con la firme convicción que aislados van a entender que “no pueden” trasgredir la ley.

No obstante, los niños niñas y adolescentes, producto de su vulnerabilidad deben contar con una protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, recayendo en este último la creación de normas que cumplan esa protección.

Esencialmente teniendo presente el **Principio de Progresividad** que establece que la protección de los derechos humanos tiene que ir en aumento de manera paulatina, es decir, el espectro de resguardo debe ir ampliándose sin posibilidad de reducirlo. Cuando una norma disminuye la tutela adquirida en forma previa, decimos que se contraviene el **Principio de No Regresividad**.

El impacto que tendría la baja de la edad de punibilidad violaría el principio de “No regresividad” penal fijado en la Convención Americana de Derechos Humanos (Tratado con jerarquía constitucional). Además, la no regresividad en materia de edad de punibilidad debe tenerse en cuenta a la luz de los Puntos 30 y siguientes de la Observación N° 10 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

La penalización de los menores no aporta beneficios en la reinserción social y tampoco provoca una disminución en los hechos delictivos futuros. El encierro produce sólo efectos negativos y el proceso penal estigmatiza y no resuelve conflictos.

La cárcel “desocializa”, estigmatiza, genera la asunción e internalización de roles desviados, produce la percepción de otredad (los presos dentro y fuera de la cárcel, son percibidos como un ‘otro social’ al cual es legítimo retacearle o directamente quitarle la mayoría de sus derechos), tiende a apegarse mayores niveles de delincuencia dentro y fuera de los penales, no resocializa ni reeduca ni reinserta socialmente a nadie (salvo escasísimas excepciones), fomenta la perpetuación de la pobreza, se aplica selectivamente hacia los sectores más vulnerables de las sociedades (de menor a mayor para niveles económicos, daños causados y protección política-económica), y aparece como regla general y utilizable de primera mano, cuando debería ser la última opción..

Existe una doble falacia a la hora de hablar de disminuir la edad de punibilidad, en primer lugar, cuando se afirma que el encierro contribuye a favorecer a la reinserción social o resocialización. En segundo lugar, cuando insiste en que la penalización disminuye la cuantía de hechos delictivos. Esto es falso, pero políticamente rentable.

“El Estado nacional tiene que encerrarlos porque yo tengo derecho a vivir tranquilo”

Otra variante del mismo discurso de matriz punitivista. Sin duda, acostumbrarnos a escuchar las desgracias que le ocurren a diferentes personas o familias cada día resulta bastante difícil, no sólo porque somos conscientes que sienten que su vida está en un constante peligro sino también porque sienten que no son escuchadas por aquellas personas encargadas de la seguridad ciudadana. Si bien es cierto que el Estado debe proteger el bienestar de cada habitante, también el Estado debe asegurar que el sistema de justicia se adapte a los derechos y necesidades de un niño.

Si el tema de la niñez y la legislación penal es una cuestión de derechos humanos (Arts. 37/41 de la CIDN) y la baja en la edad de punibilidad implica una afectación al nivel de protección estatal de los derechos humanos, incluso yendo en contra de los compromisos internacionales asumidos, las provincias deberían poder hacer algo para revertirlo.

Alejandro Osio, nos propone discutir si el Estado Nacional está facultado para fijar la edad y en caso de que el Estado central la disminuyera si las provincias pueden aumentarla o no, teniendo en cuenta la temática de Derechos Humanos. Las provincias delegaron la legislación de fondo no de forma, por lo que podrían las provincias diseñar un proceso específico para ello que reduzca significativamente los daños, teniendo en cuenta que todo aquello que no fue delegado expresamente, se conserva. A si mismo las respuestas pueden venir de las normas internacionales que indican algunas precisiones sobre el modo de deprecionar procesalmente una baja en la edad de punibilidad.

“La organización federal de un Estado no puede complotarse frente a la protección de los Derechos Humanos, todo lo contrario, debe fortalecerlo. Es un deber de las provincias aumentar el nivel de aseguramiento de cualquier normativa relacionada con los mismos. Es hora que las provincias vigoricen el principio federal y ante medidas regresivas de Derechos Humanos, amplíen los límites de protección, utilizando las facultades no delegadas expresamente al gobierno central (Protección integral de derechos más amplio considerando el mandato de progresividad)” (Osio, 2017)

El mandato constitucional establece que el sentido de la privación de la libertad no debe ser la regla, sino la adecuada preparación para la vida en libertad. Sin embargo, las discusiones revelan que el único objetivo es establecer políticas de castigo sobre esta población, confundiendo a la sociedad con este tipo de reformas.

“En otros países a los pibes los encierran antes que en Argentina”

También es un argumento con una base cierta. Así en el derecho comparado se pueden encontrar países con edades de punibilidad por debajo de los 16 años hasta llegar a los insólitos 8 o 10 años.

Aun cuando no dicen si en esos países hay o no problema de inseguridad No obstante es una comparación parcial en tanto la aplicación de derecho penal juvenil, es diferente en otros países, dado los diversa posibilidades, cultura, recursos, idiosincrasia de las

naciones.. Se encuentran abismales diferencias en la legislación y en el trato de la temática de régimen penal juvenil por lo que su comparación suele resultar desacertada.

Incluso para los expertos es muy difícil realizar comparaciones, porque en cada país varían no solo las edades sino la terminología, los delitos contemplados y las medidas de intervención previstas y la inversión financiera para ello.

Si bien es cierto que en la mayoría de los países de Europa la edad de punibilidad es más baja que en Argentina (por ej. Inglaterra 10, Holanda y Grecia 12, Alemania y Austria 14, Finlandia y Suecia 15) también es cierto que hay países con un límite superior al argentino (Bélgica y Luxemburgo 18) y que las últimas reformas se han dado en países europeos es con la finalidad de subir este límite (Suiza, España y Noruega).

Como bien nos explica María Laura Böhm, “es muy complejo y arriesgado, por ejemplo, comparar estadísticas sobre los delitos cometidos por jóvenes en relación con los cometidos por adultos, o sobre cuántos chicos detenidos hay en un determinado lugar y momento. Por otra parte, es necesario que una comparación consistente incluya el relevamiento de debates y tendencias que se están dando en el lugar respectivo. Referirse únicamente a las edades de punibilidad, por lo tanto, es falaz.” (BOHM, 2011). Tomo el ejemplo de Inglaterra, que parece ser para muchos el más atractivo. Una referencia al sistema inglés debería incluir cuanto menos la siguiente información: el límite de 10 años es hasta hoy tema de discusión entre políticos y expertos ingleses; ese límite no fue fijado como resultado del avance legislativo, sino que es un resabio de la historia inglesa; la reincidencia ronda el 92% entre menores de 21 años luego de encierros inferiores a un año; el costo de enviar jóvenes a prisión es doce veces más alto que la adopción de medidas a cargo de instancias comunitarias

Según nos explica Frieder Dünkel, las recomendaciones de los estándares internacionales es diversa,” por ejemplo, las Reglas de Beijing de las Naciones Unidas (1985), la Convención de los Derechos del niño (CDN) de 1989 o las Reglas Europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones y medidas (ERJOSSM) de 2008. Las reglas europeas (ERJOSSM) se ocupan de los límites de edad de la responsabilidad penal juvenil y establecen lo que sigue: Para la imposición de una sanción o medida como reacción de un delito, es necesario que la edad mínima no deba

ser muy baja y asimismo legalmente determinada y medida. Al igual que las Reglas de Beijing y las anteriores reglas europeas, las recomendaciones actuales (ERJOSSM) contienen, en contraste con la heterogeneidad de los límites de edad vigentes en Europa, una clara voluntad (cf. la tabla 1). El estándar de una edad no muy baja no es reconocido en países como Inglaterra y Gales, Irlanda o Suiza, los que contemplan la edad de 10 años, alejándose del promedio europeo de los 14 años. Para estos casos existen exigencias como las contenidas en el comentario de las reglas europeas, donde se contempla que los países que tienen una baja edad de imputabilidad debieran exigir una edad mayor para poder aplicar sanciones privativas de libertad” (Dunkel, 2015)

“Los pibes roban porque están drogados, y comienzan a drogarse desde más chicos”

Con cierta frecuencia, solemos advertir la relación “casi directa” que se hace entre el consumo de sustancia prohibidas y la comisión de un hecho delictivo, lo que suele impactar en forma negativa en la ciudadanía.

El consumo de drogas en la actualidad y sus consecuencias sociosanitarias constituye una de las problemáticas de debate nacional en instancias jurídicas y políticas. Las posiciones acerca de los daños y/o perjuicios sociales y a nivel de la salud personal y de la sociedad resultan variadas y a menudo contrapuestas. También existe falta de consenso en cuanto a los factores biográficos, comunitarios y de contexto sociopolítico que obran como disparadores del fenómeno en cuestión.

El empleo de sustancias adictivas por lo general es acompañado de una expectativa subjetiva sobre los efectos y de una idea, más o menos definida, del porqué se consume. Y en este sentido, las posibilidades pueden ser muchas, pero en situaciones de marginalidad y pobreza extrema, se vinculan sobre todo con la mitigación de placer corporal o la sustitución de carencias afectivas y materiales.

“En general, las actuales políticas de drogas no parecen haber conseguido disminuir significativamente el consumo y la adicción a las drogas y se hace necesario reevaluar las acciones y las estrategias en ese sentido en particular aquellas centradas en los niños, niñas y adolescentes, desde una perspectiva de salud pública y derechos” (CIDH, 2015:209).

Sin embargo, cabe destacar que los niños y jóvenes, consumen por distintos motivos; algunos sólo hacen uso de las drogas para su inmersión en escenarios y ambientes determinados, o a partir de un objetivo concreto; otros abusan de ellas y se exceden en su uso con o sin intención, y una pequeña fracción son dependientes, y en estos casos, si podemos observar que se ve afectada cualquier actividad cotidiana.

Se produce un uso de ciertas drogas mayoritariamente en contextos de “acuerdo social”; esto quiere decir que el consumo de drogas no responde solo a patrones de grupos marginales, sino que se registra entre personas que mantienen niveles aceptables de integración. Ha dejado de afectar a grupos minoritarios, generalmente ligados a marginalidad, logrando formar parte de la cultura juvenil y gozando de elevada tolerancia.”

Asimismo, como hecho social, la delincuencia juvenil la consideraremos “fenómeno complejo que tiene asociaciones con situaciones de vulnerabilidad y exclusión social (desempleo, desestructuración familiar, residencia en contextos desfavorecidos, fracaso y exclusión escolar, abuso de drogas, etc.) pero este hecho ni sus relaciones a priori, pueden explicar el hecho delictivo en sí, sólo señalar asociaciones, elementos existentes y procesos” (Uceda i Maza, 2011)

No se ha podido constatar una asociación directa entre consumo de drogas y delito, entendiendo ese consumo como el agente precipitante que empuja a delinquir. Más bien lo que se observa es una variada casuística sobre este tema. Probablemente, en muchos casos, el uso de sustancias sea un emergente resultante que acompaña al cuadro exclusión social, pero esto no conlleva necesariamente a que la situación de vulnerabilidad por sí misma sea la que empuja a delinquir.

El adolescente en muchos casos carece de una reflexión madura de lo que supone usar las drogas y, por tanto, puede verse empujado a abusar de ellas, y es así como puede activarse la relación con el delito, pero esto no significa que la droga en sí misma supone un riesgo, sino que lo que en realidad determina la situación de riesgo es la madurez o la capacidad de afrontamiento del adolescente para regular su consumo. Por lo que, no podemos arrojar a la misma bolsa, sin que se sepa muy claramente cuál es la relación entre unas y otra. (no todos los adolescentes que cometen delitos se drogan). Existe la percepción de que el uso de drogas entre los jóvenes precipita la comisión de actos delictivos por parte de ellos. Sin embargo, se concluye que esto no es necesariamente cierto y que hay marcadores sociales que afectan más la conducta delictiva. Las drogas forman parte del proceso de socialización, y es el adolescente quien hace uso de las drogas o llega a depender de ellas. Sin embargo, no es tanto la propia droga la que incide en la fragilidad del adolescente, sino las circunstancias que rodean su escenario social y que lo empujan a asumir situaciones desfavorables, que condicionan su consumo, incrementando su contacto con el riesgo.

Los medios de comunicación en la construcción de estos discursos.

La producción mediática de la sospecha sobre determinados grupos sociales supone además la configuración de las fuerzas policiales como necesarias. A través de una serie de actitudes y posturas que adopta en las situaciones construidas como conflictivas, se constituye el rol policial como moralizador; y por medio de imágenes recurrentes se da cuenta de su actuación siempre exitosa en operativos, persecución y detenciones de menores. El entrevistador pregunta a un policía **“¿por qué hay tanto recelo entre la policía y la comunidad?”**. El oficial justifica: **“porque la mayoría de la comunidad de esta zona, son todos familiares, son todos delincuentes”**. La violencia policial aparece como natural y legítima y se asume como inevitable en respuesta a una homogenización que caratula la delincuencia como una patología hereditaria

En el año 2008, las noticias que vinculan a chicos y chicas con el delito ocuparon el 2,1 por ciento del total de notas sobre infancia en los diarios monitoreados. Un año antes, el mismo tema había ocupado el 0,4 por ciento de las notas. Es decir que en apenas 12 meses la presencia de estas noticias se cuadruplicó en los principales diarios del país. (Resumen ejecutivo, 2009)

La agenda de los medios de comunicación es recurrente y cíclica. Hay temas que cada tanto retornan al centro de la atención y las coberturas se parecen a veces hasta en los más mínimos detalles.

Generalmente luego de un asesinato o de un robo de grandes proporciones, los medios de comunicación, ya sea audio-visuales o la gráfica, rematan con las mismas preguntas: ¿Qué hacer? ¿Qué penas emplear? ¿en qué aspecto hay que innovar?

Casi siempre con las mismas réplicas: más castigo, más encierro. Y también con una clara desviación: orientar el debate haciendo foco en el aspecto penal del problema y no en sus causas sociales. Y la mayoría de las veces termina siendo una reacción agitada que, tiempo después y a la luz de este seguimiento, indica que poco y nada aporta al debate sobre la real situación de estos chicos. Una cobertura que muchas veces se subyuga solamente a informar sobre el hecho policial en cuestión y no pone el foco en

los derechos y garantías que tienen los chicos para ser juzgados, en los aspectos preventivos del problema ni en el destino de ellos.

Sin embargo, el 25 por ciento de las notas no citó fuente alguna. Y en otros casos se invocó únicamente a la frase **“una alta fuente policial”** para comentar un supuesto hecho delictivo cometido por un niño/a. Los artículos que narraron sobre medidas de privación de libertad de los adolescentes sospechosos de delinquir, incluyeron términos peyorativos discriminatorios en el 65 por ciento de los casos...” rateros”,” delincuentes”,” chorros”,” hampones”.

La cobertura sobre temas de infancia, y en particular sobre los chicos acusados de cometer delitos, tiene una gran insolvencia: el alto uso de palabras que están revestidos de un sentido despectivo que define a los adolescentes a partir de su comportamiento y refuerzan prejuicios y diferencias sociales. Por lo tanto, la conclusión es clara: el uso de términos humillantes o de adjetivos descalificativos es más habitual cuando los chicos están sospechados de haber incurrido en un delito penal o en situaciones de extrema fragilidad. Y así el imaginario social los asimila a sujetos peligrosos y potenciales victimarios en vez de sujetos víctimas de vulneración de derechos

Eugenio Zaffaroni cuestionó la paranoia en torno al tema e incluyó la responsabilidad de los medios de comunicación: “La noticia se magnifica y si el enemigo hace algo, eso es lo más grave que hay (...) los delitos provocados por los menores de 16 años en el país no pasan del 1%. Lo que predomina son los homicidios entre gente que se conoce, entre familiares. Con respecto a los pibes, en general son hurtos y lo que pasa con los medios es que levantan el discurso policial”. En el libro que aborda el tema, publicado por el mismo programa se critica duramente el enfoque de los medios gráficos en torno al llamado delito juvenil: en general sólo se considera la opinión policial, no se citan fuentes alternativas y en el 65% de las referencias a los menores se incluyen términos peyorativos. (Resumen ejecutivo, 2009)

Citando la opinión de Mary Bellof, 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, lo que no significa que debamos restar importancia al hecho delictivo”. 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 Paños²³ referido a la realidad española y alemana. Luego de analizar cifras concretas, concluye en que “la delincuencia juvenil violenta, tanto en 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 sin duda 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 pueda 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 veces infundado, y cuyas consecuencias resultan claramente negativas de cara al tratamiento de futuros delincuentes juveniles.” (Beloff M. , Editorial Ad-Hoc Agosto de 2016)

Los casos en los que hay personas menores de edad se publican una y otra vez. Y aunque estos casos son numéricamente finitos, la crónica policial se encarga de que sean simbólicamente infinitos “y por lo tanto intolerables como amenaza y como exigencia de sospecha continua

²³ 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 medios 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 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 cómo 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 ésta supone estadísticamente un pequeño porcentaje respecto a todo el abanico delictivo cometido por menores de edad.”

Se legitima el discurso oficial con numerosos artículos de opinión de especialistas que están a favor de la baja y muchas cartas de lectores sobre el tema. Es esta ampliación mediática de la desviación (en nuestro caso de estudio, personas menores de dieciséis años que cometen delitos graves) la que crea un espiral de miedo e indignación (pánico social) que presiona a los organismos de control.

Opinión de la Comunidad Internacional:

El Comité sobre los Derechos del Niños de la ONU emitió las recomendaciones para la Argentina, entre las cuales se destaca **no bajar la edad de punibilidad y frenar la violencia institucional.**

Algunos de las recomendaciones que dio la organización fueron: “Adoptar una ley general sobre la justicia de menores en consonancia con la Convención y las normas internacionales sobre justicia de menores de edad, en particular en relación con la garantía de que la detención se utiliza como último recurso y por el menor tiempo posible, y que no incluye disposiciones que incrementarán la sentencia o reducir la edad de responsabilidad penal”²⁴

También el documento emitido por el Comité ²⁵expresó “la profunda preocupación por el hecho de que la mayoría de sus recomendaciones anteriores relativas a la administración de la justicia de menores aún no se hayan aplicado y especialmente que “el sistema de justicia de menores sigue estando administrado por la Ley N° 22278, a pesar de su incompatibilidad con la Convención”.

Además, a los expertos del Comité les inquietan los informes sobre la “violencia perpetrada por fuerzas de seguridad federales y provinciales contra niños bajo custodia policial, y el uso excesivo de fuerza contra chicos y adolescentes, entre otros en escuelas, de acuerdo con las observaciones.”

También vale recordar que nuestro país ha reconocido la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que la decisión de esta última tiene la capacidad de declarar la responsabilidad Internacional del Estado Parte en caso de violación la Convención Americana.

²⁴ www.aimdigital.com.ar/wp.../06/CRC-Concluding-observations_ARG_Esp-2018.pdf

²⁵ Al referirse al informe se considerará también lo que corresponda relativo sus protocolos facultativos. El Comité también toma en cuenta en su discusión informes presentados por la Sociedad Civil y propone al Estado un conjunto de observaciones y recomendaciones solicitando a los Estados su más amplia difusión.

En el ámbito de la justicia juvenil, por ejemplo, es evidente que la CDN ha servido como orientación de reformas positivas, pero también como límite al autoritarismo penal y a diversas formas de populismo punitivo. ¿Qué habría pasado con la justicia penal adolescente sin la Convención? Seguramente tendríamos un sistema mucho más autoritario y punitivo en el marco de una justicia de menores que habría querido seguir utilizando las sanciones penales al margen de las exigencias de los principios de legalidad, de culpabilidad y de las garantías del debido proceso.

Durante el año 2018, el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Finales sobre la Argentina, se refirió particularmente a la situación de justicia penal juvenil en el país, reforzando sus anteriores recomendaciones. Dicho organismo, entre diferentes cuestiones, recomendó al Estado argentino que: “a) apruebe una ley general de justicia juvenil compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil, en particular en lo que respecta a garantizar que la privación de libertad solo se utilice como último recurso y por el período de tiempo más breve posible, y que no incluya disposiciones que puedan endurecer las penas o reducir la edad de responsabilidad penal ; b) remedie con urgencia las deficiencias de los centros de detención en todas las provincias, y garantice su conformidad con las normas internacionales y la implantación de un sistema de vigilancia independiente; c) promueva la adopción de medidas no judiciales, como las sanciones alternativas, la libertad condicional, la mediación, el apoyo psicológico o el trabajo comunitario, y, cuando sea posible, utilice medidas alternativas a la imposición de penas²⁶

Ante la ley penal los menores se encuentran en una situación diferente a la del adulto. Los legisladores han contemplado que se trata de personas en formación a las que hay que brindar la posibilidad de una regeneración, de insertarse en la sociedad de la cual han quedado al margen. No se puede pretender estigmatizar al menor, sino por el contrario se busca que respete los valores sociales, que aprecie el orden, y finalmente encuentre repulsivo delinquir.

²⁶ Análisis del proyecto de ley “Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación .marzo 2019 Unicef

Ahora bien, el inconveniente se suscita porque aquellos encargados de la creación y modificación de las leyes, rara vez toman en cuenta la dogmática, y muy pocas veces recurren al asesoramiento de los especialistas en la materia. Por lo tanto, se sale en búsqueda de la modificación de una ley con la única finalidad de calmar el clamor social.

Lo antedicho queda demostrado en las discusiones suscitadas en los distintos sectores de poder social y político, y no han analizado las diferentes opiniones de especialistas en el tema, o bien aquellos estudios científicos que pueden resultar de gran utilidad para encontrar una opción seria.

Un cambio de esta realidad se daría con la creación de Tribunales o Cortes dedicados a la tratar las causas que motivan la comisión de delitos por los adolescentes, donde el juez y el sistema puedan ejercer un papel resocializador dando una “segunda” oportunidad al menor. Las Cortes de adolescentes se desarrollaron como una alternativa a los tribunales tradicionales del sistema de justicia juvenil con el propósito de dar a los jóvenes que cometen actos delictivos menos serios una “segunda” oportunidad.

La modificación del régimen penal de los menores, **disminuyendo la edad de punibilidad** no es la solución a los problemas planteados, sino que incluso implican un alejamiento a los lineamientos internacionales, lo cual acarrea graves sanciones internacionales.

El Estado debe intervenir, pero no a través de su agencia penal, sino con educación, trabajo, comida, vivienda, salud. Judicializar al menor antes de lo previsto implicaría estigmatizarlo, y resultaría aún más difícil lograr su reinserción.

Conclusión:

Del presente trabajo, podemos concluir que, a lo largo de la historia de la República Argentina, en los procesos dictatoriales, los derechos de la infancia fueron relegados, y el campo punitivo fue ampliado. Como contracara, en los procesos democráticos, lento, pero inexorablemente, se avanza en el reconocimiento de los derechos de la ciudadanía en general, y de las niñas, niños y adolescentes en particular.

Debemos recordar que el derecho penal representa al tipo de derecho concebido para llegar tarde, cuando el problema ya existe y estalló. Para prevenir conflictos sociales existen políticas públicas.

Bajar la edad es retroceder, es ir en contra de los avances de la humanidad en cuestión de derechos de los niños y adolescentes. Se requieren medidas de fondo e integrales en conjunto con los restantes poderes del Estado. Hay que apuntar a la contención de esos menores, la familia y los casos particulares que demanden una atención especializada. Es inconstitucional

Los proyectos de ley tendientes a la baja de edad, tienden a prestar una respuesta simbólica a una problemática que reviste mayor complejidad que incluir en el subsistema penal a los jóvenes.

El pedido o marco conceptual es claro, no a la inclusión de menores de 16 años en campo del poder punitivo del estado, y claramente, una política social inclusiva para ellos, que deriva de la manda constitucional y de los instrumentos internacionales de derecho humanos.

Si quisiéramos rescatar algo positivo de este proceso, la temática de intentos de baja de punibilidad en Argentina, invitó tácitamente a movilizarse, espontáneamente, a integrantes de ONG's, personas destacadas de la comunidad civil, ciudadanos de a pie, funcionarios públicos por fuera de sus funciones, ministros de diversos cultos y, sorprendentemente, a autoridades policiales. Todos coincidiendo por la negativa a la baja de edad. Este pluralismo, pocas veces dado, impulsó de manera inesperada al movimiento. La organización, espontánea, se vio fuertemente influenciada y facilitada por las redes sociales, al margen de que existían diversos grupos preocupados por la

situación de la infancia en la República Argentina, sin que todos ellos coincidieran en las soluciones, la baja de edad logro aglutinarlos en una agenda común y prolífica.

“El pluralismo y convergencia de distintos sectores que construyeron poder y consenso, circunscrito a un objeto bien definido y concreto, de forma desinteresada. Entiendo que de allí viene su éxito y vigencia. -La utilización de las redes sociales para ampliar en mensaje, construir poder a nivel federal, intercambiar ideas, y horizontalizar el debate. - Claramente, los actores que abogan por la vigencia de los derechos de la infancia, lograron salir empoderados. Su presencia activa, hasta el momento frenó la baja de edad de punibilidad, y obligó a sectores de poder a reconocer que es absolutamente inviable la vigencia del régimen vigente.” (Ojeda, 2019)

Los nuevos descubrimientos de la psicología del desarrollo y de la neurociencia obligan a replantear la edad de ingreso de los jóvenes adultos removiendo la barrera de los 18 años. En los hechos, la evidencia científica identifica los 25 años como la edad en que se logra la madurez de las estructuras de decisión y responsabilidad en una persona. Esta evidencia ha jugado un importante rol en recientes reformas, como la emprendida en Holanda en 2014 donde el derecho penal juvenil es aplicable hasta los 23 años y ha venido a ratificar las legislaciones de Alemania, Austria y Croacia. También en Estados Unidos ha tenido acogida con el Informe del Consejo Nacional de Investigación de la Academia Nacional, el que recomienda reforzar los viejos paradigmas del debido proceso y la orientación educativa y así disminuir la transferencia de los jóvenes al derecho penal de los adultos. En la medida en que las reformas penales juveniles recojan esta evidencia y se concentren en ampliar hacia arriba las fronteras del derecho penal juvenil enfrentaremos una nueva época de cambios y desafíos que deberían materializarse en los próximos años y que configurarán el futuro del derecho penal y procesal penal de los adolescentes.

La convicción de bajar la edad de punibilidad no reconoce otras bases que la búsqueda de un paliativo para la irritación de una opinión pública mal informada, por parte de quienes se conforman con coartar los derechos de quienes merecen crecer en una sociedad más justa y solidaria. No podemos caminar hacia una nueva ley penal juvenil, convirtiendo a los chicos infractores a la ley penal en casi “enemigos sociales”. No

podemos mirar solamente la “fotografía” del hecho que han cometido, sino que debemos mirar la “película de su vida” para atrás, y así seguramente advertiremos la vulneración de los estándares mínimos de derechos sociales e intrafamiliares vulnerados, que también habrá que considerar y hacer cumplir.

Si la colectividad reacciona espontáneamente, manifestándose en contra de disminuir la baja de edad de punibilidad, comprometámonos a repensar las formas en que como sociedad de adultos abordamos nuestros problemas y la manera en que pretendemos resolverlos, y reducir las expectativas que se ponen sobre los efectos del castigo.

El derecho penal juvenil no solo no tiene que bajar la edad de punibilidad, sino que debería ampliar su ámbito de aplicación e incorporar a los jóvenes adultos (18/21).

Bibliografía:

- Beloff, M. A. (2009-pag 21). Los derechos del niño en el sistema Interamericano. Buenos Aires: Del Puerto .
- Beloff, M. (Editorial Ad-Hoc Agosto de 2016). ¿Qué hacer con la justicia juvenil?
- Bohm, M. L. (2011). Falacias sobre los sistemas penales juveniles. *Para el blog CEPOC . Reimpreso en: AAVV, Estado e Infancia: Más Derechos, menos castigo –*, 2-3.
- Dunkel, F. (2015). Edad de imputabilidad penal y durisdiccion de los tribunales juveniles en Europa. *Revista de Estudios de la Justicia n°22*, 4-6.
- Resumen ejecutivo. (2009). El encierro mediatico.Un analisis de los medios , un espejo ene el que miramos. Niñez y adolescencia en la prensa argentina.Monitordeo 2008, 14-15.
- García-López, E. M. (2017). Edad mínima de responsabilidad penal.Una perspectiva desde las Neurociencias. *Diario Penal Nro 147*, 1-2.
- Martin, G. (N°13. Noviembre 2018). Adolescentes ni-ni(ni menores,ni jovenes ,ni conflictivos,ni locos)Infancia,adolescencia y cuestion penal. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nacion*, 92-93.
- Ojeda, G. (2019). La edad de punibilidad de lasniñas,niños y adolescentes como disparador de un movimiento social. *Pensamiento Penal*, 7-12.
- Osio, A. (2017). La edad de punibilidad como cuestion de derechos humanos .El argumento federal para subirla.
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/01/doctrina44730.pdf>, 2-4.
- Uceda i Maza, F. (2011). Adolescentes en conflicto con la ley.Una aproximacion comunitaria :trayectorias, escenarios e itinerarios. Valencia .
- Vitale-Oses. (2013). *Ley 2302de proteccion integral de los derechos de las niñas,niños y aolescentes.Neuquen* EDUCO-Editorial de la Universidad del Comahue.

