



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACIA

DERECHO PENAL

BAJA EN EL MARCO ETARIO DE IMPUTABILIDAD PENAL

ORLANDO FABIAN BOZZOLETTI

VABG 5121

2012

CONTENIDOS

<i>I – INTRODUCCION</i>	4
<i>II – DELINCUENCIA JUVENIL</i>	
1. La problemática de la delincuencia juvenil	9
2. Opinión pública: sensación que genera	14
3. El Estado y los menores en conflicto con la ley: Desempeño estatal	18
<i>III – PERSPECTIVA DESDE CIENCIAS CONEXAS</i>	21
1. Psicología:	21
a) Apego y primera infancia	22
b) Desarrollo de la capacidad de comprensión del niño	28
2. Sociología:	32
a) El niño en su relación con la sociedad	34
b) Evolución bio-cronológica del desarrollo infantil	36
<i>IV – LEGISLACION INTERNACIONAL</i>	42
1. Reconocimiento de los derechos de los niños	43
2. Congresos de la Organización de las Naciones Unidas	46
3. Declaración de los Derechos del Niño	49
<i>V – NORMATIVA NACIONAL</i>	56
1. Reseña histórica	56
2. Ley 10.903: Patronato de Menores	62
3. Proyectos	65
4. Legislación vigente	69

a) Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad	69
b) Ley 23.849, Adopción Conv. sobre Der. del Niño	74
c) Ley 26.061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes	75
d) Ley Provincial N° 9.944, Promoción y Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Pcia. de Cba.	78
5. Derecho comparado	83

VI – JURISPRUDENCIA

- Caso “Maldonado, Daniel Enrique y otro, s/ Robo agravado por el uso de armas en concurso real con Homicidio calificado”	88
--	----

VII - NECESIDAD DE REFORMA

1. Propósito	92
2. Alternativas:	94
a) Baja en la edad de imputabilidad	94
b) Medidas alternativas	96
3. Opiniones sobre la baja en la edad de imputabilidad y fundamentos	
a) A favor	102
b) En contra	104
4. Armonización con Normas Supralegales	106

VIII – CONCLUSIONES

109

IX – BIBLIOGRAFIA

113

I - INTRODUCCION

La evolución de la sociedad en cada uno de sus aspectos, no significa que todos se desarrollen simultáneamente. Particularmente en la cultura jurídica de un país puede haber cierta desarmonía entre la cultura y la legislación, cuando alguna de ellas se renueva. Sin embargo – finalmente-, sea por costumbre, por convencimiento, cambio de actitud, o adaptación legislativa (en unos u otros casos), llegan a coincidir y adaptarse las costumbres, hábitos, usos, creencias, ideales, y principios, con la regulación legal vigente. O a la inversa: los legisladores, en sus funciones de adecuar la ley a las transformaciones sociales, deben atender a esas costumbres, hábitos, usos, creencias, ideales y principios sociales; adaptación que se produce lógicamente, tras largos procesos de análisis minucioso e investigación en la materia, que equilibren esas costumbres sociales a las que atienden con disposiciones de superior jerarquía.

Así, puede ocurrir que –por ejemplo-, en una época se acepte la diversidad de preferencias sexuales (y sus manifestaciones), pero que no sean reconocidos al mismo tiempo sus derechos legislativamente; o que se admita y repitan las prácticas abortivas, pero tampoco se legisle contemporáneamente para amoldar estas concepciones a la normativa de rigor. O a la inversa –y continuando con la primer idea-, sucedería –y sucede-, que se dispusieran reconocimientos legales a minorías, cuya aceptación social no sea en absoluto mayoritaria, tal como ocurrió con la Ley de Matrimonio Igualitario en nuestro país.

Ocurre en la actualidad que se vive en la sociedad argentina, una sensación de inseguridad, generada por la gran cantidad de hechos delictivos, muchos de ellos de características violentas; muchos de ellos cometidos por jóvenes, muchos de esos jóvenes, con edades inferiores a las comprendidas en la legislación penal, como límite a partir del cual se consideran punibles. Esto genera un fuerte rechazo hacia esa franja de ejecutantes de ilícitos, probablemente porque se espera menos de ellos que de un adulto; se asocia a un niño con la pureza, la inocencia, la ingenuidad, y no con la violencia: no se concibe que una persona de tan corta edad pueda ser generadora de tales arrebatos y exabruptos.

Tal como lo resalta el Dr. Jorge Eduardo Buompadre (2011) -Profesor Titular de Derecho Penal, de la Facultad de Derecho y ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste-, el imaginario colectivo lo que hace es conectar la criminalidad de los adolescentes al problema de la inseguridad, o, dicho de otra forma: por cada delito cometido por un menor de edad que es difundido por los medios de prensa (que es la principal vía por la cual la comunidad puede enterarse del creciente índice de la delincuencia juvenil), la sociedad se convence más del incremento de la inseguridad.

Esta desagradable sensación común provoca una especie de escrúpulo o prejuicio generalizado en contra de la delincuencia juvenil (más aún que respecto de los mayores que delinquen), que deriva en planteamientos que -aun cuando no sean de un ideal compartido por el sector intelectual progresista-, pretenden que “a toda infracción corresponda un castigo”, sin hacer la previa distinción de la edad de la persona que infringe la ley. Traducido a valores reales, a la temática aquí tratada, es del pensamiento general que si un menor de edad comete un delito violento, debe ser sancionado con las mismas medidas correctivas que están dispuestas para los mayores o -desde otro punto de vista-, considerar que tienen la misma capacidad de discernimiento de sus acciones, y por lo tanto, la misma responsabilidad que aquellos.

Desde la otra fracción social, la del ya referido pensamiento intelectual progresista, se toma el asunto con una postura enfrentada: se sostiene en líneas generales, que los niños no pueden ser punidos de ninguna manera, que la problemática de la delincuencia juvenil debe ser tratada desde el sector gubernamental, con políticas que atiendan al apoyo del niño desde su primera infancia, tanto económico, como asistencial, médico, y educacional.

Este último punto, la educación, es la base sobre la que sustenta su propuesta el Dr. González del Solar (1995), quien sostiene que el menor, ante todo, es un “educando”, por su edad, por la etapa de su desarrollo como persona, por lo que, más que reprimirlo ante acciones ilícitas había que adaptarlo en un régimen socioeducativo que contemplara medidas disciplinarias y correctivas en forma progresiva.

Y por supuesto que a ambas posiciones les asisten razones válidas, que deben ser atendidas para el desarrollo de una legislación más acorde con la contemporaneidad de la problemática.

Tras esta primera interpretación de la realidad jurídica-cultural, se logra advertir que, aun cuando hay posiciones encontradas, ambas reclaman una pronta modificación de la legislación penal que se vincula a los menores de edad. Tal vez los fundamentos sean diferentes en cuanto a su ponderación y reflexividad, pero debieran ser igualmente valederos para ser tenidos en cuenta por nuestros legisladores.

Por ello es que dentro de la compleja temática concerniente al Derecho Penal de la Minoridad, este estudio se concentrará en el límite etario de la responsabilidad penal.

Así, esta obra tendrá como objetivo general establecer la conveniencia de disminuir el límite de edad a partir del cual se puede ser penalmente imputable.

Entre sus objetivos particulares estarán, identificar las posturas de la psicología y la sociología, en cuanto a cuál es el momento de la vida en que un niño/adolescente comienza a comprender el alcance de sus acciones, y puede discernir claramente cuando infringe una norma.

Piaget, J. (1964), explicaba que desde el punto de vista funcional del ser humano, cuando se consideran los móviles generales de conducta y pensamiento, existen mecanismos constantes, comunes a todas las edades, a todos los niveles; la acción supone siempre un interés que la origina, sea una necesidad fisiológica, afectiva o intelectual. Sin embargo, esos intereses varían considerablemente de un nivel mental a otro, y que las explicaciones particulares (personal a cada ser humano), revisten formas muy diferentes según el grado de desarrollo intelectual, por lo que por una lógica ostensible, confirma que la edad y el desarrollo del ser humano tiene una incidencia irrefutable en la capacidad de cognición.

Se tratará de glosar sobre la intención y fundamentos de quienes formularon y aprobaron la legislación -tanto a nivel nacional como internacional-, sobre minoridad, sus derechos, y la consecuencia de su intervención en hechos delictivos.

Se pondrá énfasis en el análisis del pensamiento doctrinario, incluyendo ideas y reflexiones tanto de quienes apoyan la baja en la edad de imputabilidad, como de quienes no aceptan tal modificación, y qué se sugiere desde cada posición.

Procuraremos hacer un estudio profundo sobre la real posibilidad que existe de disminuir la edad de punibilidad en materia penal sin contravenir la legislación a la que se debe sujetar esta normativa; si sería realmente efectivo a los fines de la disminución de la delincuencia juvenil, si existen alternativas que pudieran ser más efectivas, o si con la legislación vigente, aplicada de manera más criteriosa, concienzuda y reflexiva, los magistrados pueden disponer medidas correctivas de acuerdo a lo dispuesto, pero con mayor control sobre su efectivo cumplimiento. *“La ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez, que, en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira.”* (Alberdi, J. B., 1852, p. 108)

Entonces, este ensayo analizará en primer término, en el Capítulo I, la problemática fundamental en este estudio, cual es la delincuencia juvenil, y lo que genera en la sociedad, y la respuesta del Estado. Seguidamente, en el 2º Capítulo se evaluará en este trabajo las interpretaciones que realizan la psicología y la sociología sobre el desarrollo de la personalidad.

En los Capítulos III y IV, se hará una precisa descripción de la normativa internacional y la nacional, respecto a la minoridad.

Más adelante, en el 5º Capítulo se tomarán casos jurisprudenciales que den cuenta de las tendencias de los juristas con mayor poder decisorio en nuestro país, y lo que la doctrina opina respecto de cada uno de ellos.

El Capítulo VI será dedicado a las diversas opiniones doctrinarias, en cuanto a los planteos a favor o en contra de una agravación de la punibilidad de los menores, y la necesidad real que existe de reformar la legislación en la materia, tanto en un caso como en el otro.

Finalmente en el 7º Capítulo se volcarán las conclusiones de este autor.

Deberá tenerse presente que aun habiendo realizado un estudio primario de la materia en investigación, no es tarea sencilla establecer un punto de contacto entre las posturas que se inclinan por disminuir la edad de imputabilidad penal y las que están en discrepancia, o aun armonizarlas; menos aún, aportar nuevos argumentos que apoyen a una u otra posición. Misma razón que llevará al autor a tratar de observar la heterogeneidad de los pensamientos, libre de toda pasión.

II – DELINCUENCIA JUVENIL

1. La problemática de la delincuencia juvenil

Delinquir es, por definición, *“cometer un delito, o sea transgredir por acción y/u omisión cualquiera de las normas penales que forman el ordenamiento jurídico de una sociedad. Por tanto, delincuente es aquella persona que perpetra la mencionada trasgresión. El carácter cambiante de la legislación en una sociedad y las divergencias legales entre los distintos países o grupos sociales provocan que también lo sea, en el tiempo y en el espacio, la concreción del hecho delictivo”* (Kaiser, 1988).

En tanto Garrido Genovés (1986) entiende por juvenil *“aquello que es propio de la juventud”*, siendo este último concepto de difícil definición, por lo que, al respecto, no queda otro remedio que ceñirse a lo establecido por las leyes que -en lo referente a la delincuencia-, señalan el tope en la *“mayoría de edad penal”*. Con lo que el delincuente juvenil es aquella persona que no posee la mayoría de edad penal y que comete un hecho que está castigado por las leyes.

Ingresando al campo de análisis de la materia en estudio, se considera que no es posible basarse para ello sólo en datos estadísticos; no serían absolutamente fiable, ya que en ciertas ocasiones esa información (presumiblemente objetiva), es encomendada por quienes tienen interés en que el resultado se *“adecue”* a sus intereses particulares.

Estos informes, pueden servir como referencia genérica pero no siempre pintan la realidad tal como se manifiesta, porque las variables sobre las que se hace el análisis estadístico, no contienen una representación absoluta de los acontecimientos en análisis; particularmente en el estudio que nos ocupa -y para mejor precisión-, sirve destacar que no todos los hechos

delictivos ocurridos llegan a tener trascendencia más allá de las partes involucradas (delincuente y víctima), no llegando muchas veces siquiera al dominio jurisdiccional.

Entre las tareas a las que se abocó este autor a fin de dar asidero a las afirmaciones que no cuentan con aval científico, y que sólo es posible comprobarlas a través de métodos empíricos, se apeló a uno de sus instrumentos metodológicos: la entrevista, desarrollada de manera informal.

Particularmente se realizó con empleados públicos que tienen un primer contacto real tras la producción de un hecho delictivo: policías de la Patrulla Preventiva, ya que según podemos inferir, son quienes primero se informan del acontecimiento dañoso sufrido contactándose personalmente con las víctimas; y “sumariantes” de Unidades Judiciales diferentes (que son las dependencias públicas donde actualmente se receptan denuncias -en su mayoría- por hechos ilícitos violentos), siendo éstos el primer eslabón judicial a partir de la toma de conocimiento de la ocurrencia de esos delitos.

Se trató en el primer caso de tres policías -con quienes se dialogó en forma grupal-, de los cuales el más “novato” tenía ocho años en la misma labor: patrullar distintas zonas de la Ciudad, y acudir a situaciones de emergencia, o llamados de auxilio. Es de resaltar que no será necesario diferenciar lo obtenido de cada uno de ellos, porque coincidieron absolutamente en sus manifestaciones. Se les consultó si en los últimos tiempos habían notado un incremento en la cantidad de hechos delictivos con modos comisivos violentos: basándose tanto en el relato de los damnificados, como en las propias experiencias, sostuvieron en similares términos que no sólo habían notado un mayor número de hechos de ese tipo, sino también mayor violencia en su desarrollo. Preguntado si tenían forma de distinguir que esos acontecimientos dolosos fueran cometidos por una determinada franja etaria, indicaron que en su mayoría eran cometidos por personas jóvenes, y de esa mayoría, serían la mitad los perpetrados por menores de 18 años.

En relación al tipo de delitos cometidos por los jóvenes, indicaron que mayormente se trataba de asaltos en la vía pública, mediante utilización de armas, para la sustracción de elementos portables (como carteras, billeteras, maletines, etc.), movilizados generalmente en motos, y aún a pie; y como en muchos casos el damnificado ofrecía resistencia, la agresión física directa se imponía. Sin embargo, no era el único tipo de ilícito en el que se notaba participación de los jóvenes, sino que también debían intervenir en hechos como agresión con sujetos de similares edades, por diferencias variadas (como vivir en distintos barrios, pertenecer a hinchadas diversas, o aún por ser fans de otros cantantes o grupos musicales). Indicaron que también había participación importante de jóvenes en “asaltos”, es decir, en hechos de “robos calificados”, pero en ellos no eran mayoría, sino una menor porción de ellos participaban en este tipo de ilícitos. Resaltaron que cuando debían aprehender a menores de edad por ilícitos o hechos que aun no siendo delitos ocasionan disturbios que hacen necesario su traslado hasta las dependencias policiales hasta ser retirados por sus padres, era notoria la violencia manifestada en su contra, no teniendo ningún respeto por la autoridad que –según estos “uniformados”- debieran imponer.

Sin embargo, estos policías, reconocieron que no siempre las personas están dispuestas a denunciar el hecho por el que fueran victimizadas, unas veces por tratar de olvidar y restarle importancia, otras porque suponen demasiado “engorroso” el trámite que implica denunciar y luego ser citado en varias ocasiones (cuando se conoce el autor, por ejemplo), y las más de las veces por temor a represalias de parte de los delincuentes.

Al hablar con los sumariantes, primero lo hicimos con uno que trabaja desde hace diez años en una Unidad Judicial “de número” (definiéndose así a las que atienden denuncias por hechos diversos ocurridos en un sector particular de la ciudad), en contraposición a las Unidades Judiciales Especiales, como Robos y Hurtos, Homicidios, Delitos Económicos y Sustracción de Automotores. En este caso el empleado -atendiendo a preguntas similares a las planteadas a los policías-, explicó que de todos los hechos sobre los que trabajan, los delitos contra la propiedad se dan en igualdad de proporciones contra el resto, tales como simples agresiones –amenazas, lesiones, etc.-, casos de violencia familiar, que también son numerosos. La participación de los jóvenes se da más frecuentemente en los del primer tipo, y

la relación de participación de menores inimputables es de alrededor de un 25 % (“de un cuarto en relación a los mayores”, según propios términos del empleado). Sí reconoció esta persona que la violencia en la forma de desposeer a las personas se da en igual medida por parte de individuos de todas las edades, no siendo menos agresivos los menores. Por último, mencionó que la participación de menores es también numerosa en otros tipos de hechos, como las agresiones físicas (que suelen llegar a ser muy violentas, con resultados mortales), las que se desarrollan generalmente en los espectáculos públicos de fin de semana (boliches, bailes, etc.).

Se le consultó a este empleado si tenía conocimiento que hubieran ocurrido ilícitos que no fueran denunciados, a lo que dijo que en varias ocasiones se presentaban personas que argumentaban haber sido víctimas de un delito, responsabilizando a menores de edad, quienes primero preguntaban cuál era el trámite a seguir a partir de su deposición, y al conocerlo, desistían de tal formulación.

Este autor dialogó también con un sumariante de una de las Unidades Judiciales Especiales, la de Robos y Hurtos, donde tras hacerle similares consultas a los anteriores empleados, explicándole el objetivo de esta investigación, se dispuso a informar lo siguiente: del conocimiento que tenía tras 18 años de trabajar en ese mismo lugar, en donde se labran actuaciones sumariales por delitos contra la propiedad graves por su modo comisivo, recordó que la minoría es llevado a cabo por menores de edad, y que particularmente los hechos más violentos son cometidos mayormente por personas de mediana edad, en una franja comprendida entre los 30 a 45 años.

Haciendo un primer balance, a grandes rasgos se puede inferir que los hechos delictivos violentos cuentan con cierta participación de menores inimputables, pero no es en un número que supere a la intervención de mayores de edad; aun así, se denotaría mayor grado de violencia en los acometimientos, por parte de los sujetos de franja etaria en estudio. No se deja de tener en cuenta que la violencia de los jóvenes no se daría sólo en los ilícitos contra la

propiedad, sino también (y mayormente, según las fuentes hasta ahora consultadas) en agresiones entre ellos.

Se torna difícil entender como un joven de tan corta edad puede llegar a manejar armas, o a generar un alto grado de violencia en sus acciones sin tener aún, pleno desarrollo de su mentalidad. Las causas que podrían llevar a un niño a delinquir son múltiples. Entre algunas de ellas se pueden mencionar: la pertenencia a familias desestructuradas, el maltrato infantil y, como consecuencia conjeturable de ello, la falta de transmisión de ciertos valores fundamentales como son el respeto, la solidaridad y la tolerancia; la ausencia de educación, la influencia de las drogas o el consumo de bebidas alcohólicas, la marginación socioeconómica, la pobreza, todo lo cual dificultan el proceso adecuado de socialización del niño.

En síntesis, tal vez este sería el punto desde el que hay que partir para llegar a interpretar, a dilucidar el origen de la delincuencia juvenil, y determinar si existe fundamento jurídico para aplicar a jóvenes menores a los que actualmente se pune, con medidas correctivas adecuadas.

2. *Opinión pública: sensación que genera*

Pensar y sostener que la inseguridad es sólo una “sensación” es degradar la realidad que se hace palpable a cualquier habitante de esta Nación, especialmente en las grandes urbes.

No es necesario apelar a ningún medio extraordinario o inaccesible para tomar una impresión de lo que la sociedad –en general-, piensa, siente que está ocurriendo con el tema de la inseguridad y la participación de menores en los hechos violentos. La difusión de este tipo de sucesos no se da sólo a través de la prensa (en cualquiera de sus formas y medios), sino que también es posible enterarse por la sola comunicación con personas del medio en que desenvolvemos nuestra vida cotidiana: vecinos, compañeros de trabajo, amigos, familia.

Sin embargo, desde personalidades representantes del Gobierno suelen emitirse declaraciones en las que se pronuncia que la “inseguridad es una sensación popular”, brindándose datos estadísticos que dan cuenta de proporciones –supuestamente favorable-, entre delito y población (por ejemplo), o entre delitos y menores inimputables partícipes.

Cabe aclarar que cuando se hace alusión a “delito”, el que más afecta a la impresión social es el “robo a mano armada” –según su denominación popular-, derivado no pocas veces en graves lesiones y muerte de las víctimas. Por esta misma razón es que al hablar de inseguridad, se tiene en cuenta –sobre todo- a los delitos contra la propiedad ejecutados de manera violenta.

Aun cuando en nuestro fuero -y en los de corte internacional a los que adhiere en nuestra Carta Magna-, se considere que el desarrollo psíquico de una persona recién a la edad fijada en la legislación le permite comprender la criminalidad de un acto, no se puede dejar de atender que la sociedad -lega en psicología y en derecho-, entiende que los jóvenes aún

menores que aquel límite legal previsto, tienen plena consciencia y razón de las actividades ilícitas que desarrollan.

Puede aceptarse que un niño de 14 años no tenga plena noción y capacidad de discernimiento cuando toma un arma para sustraer dinero u algún objeto valioso, movido quizá por necesidad, o tan sólo por haberse desarrollado dentro de un entorno poco favorable, pero difícilmente alguien pueda aceptar que ese menor no tiene plena consciencia que está agrediendo violentamente a una mujer, o quitándole la vida a alguien para concretar el despojo.

No es posible hacer entendible a ninguna persona (de cualquier estrato social), que el joven que asesinó a golpes a una anciana para quitarle su dinero, o que mató a otro joven para quedarse con sus zapatillas, o que al entrar a una casa y no obtener lo que esperaba de su víctima le quite la vida, no haya obrado teniendo razón y conocimiento de su accionar y dominio de su voluntad.

No obstante provenir la siguiente información de una entrevista periodística, este autor considera relevante conocer la concepción que tienen alguna de las máximas autoridades doctrinarias y jurisprudenciales de nuestro país: así, hacia fines del mes de Julio del corriente año, el Juez de la Corte Suprema de la Nación, Dr. EUGENIO ZAFFARONI, formuló declaraciones a un medio de prensa, en el que “... *la prensa construye la realidad en base al miedo...*” -entre otras palabras-, queriendo significar que el temor que tiene la sociedad frente a la posibilidad de ser víctima de delitos violentos, es originado en la información reiterativa de los medios de comunicación, acentuada en los casos más violentos. Este jurista dio cuenta que de acuerdo a las estadísticas que maneja el máximo tribunal de la Nación, la mayoría de los homicidios no fueron como consecuencia de robos, y de esa porción, un mínimo porcentaje contaba con la actuación de menores de edad.

Y como una suerte de círculo vicioso, se vuelve a intentar entender la realidad a través de las estadísticas, sin considerar otros factores no menos importantes, como por ejemplo lo mencionado en algún punto, en relación a que no todos los delitos violentos son denunciados.

Rousseau (1762), sostiene que la voluntad general es siempre justa, íntegra, que tiende constantemente a la utilidad común; pero no puede inferirse que las deliberaciones del pueblo cuenten con la misma rectitud. Este quiere indefectiblemente su bien. Este eminente filósofo de la Ilustración, resalta que cuando la ciudadanía es suficientemente informada sobre un tema en particular, y suponiendo que previo a deliberar, los ciudadanos permaneciesen incomunicados, del gran número de voluntades individuales manifestadas surgiría siempre la voluntad general y el resultado del consiguiente debate sería bueno; haciendo de este razonamiento una breve justificación de cómo al común de la gente, ésto es al “pueblo”, generalmente le asiste la razón de sus manifestaciones conjuntas (descartadas las pequeñas diferencias), ya que cuentan con el aval implícito por su propia naturaleza social.

Ahora, sería útil descifrar si lo que la sociedad en su pluralidad pretende –sobre todo quienes consideran que debe imponerse un límite etario menor para la atribución de responsabilidad penal-, es disminuir la innegable inseguridad actual cuando es provocada por menores, apartándolos del resto de la comunidad (sea internándolos o privándolos de su libertad de la forma más adecuada), o sólo replicar la injusticia a la que es sometida por un sujeto tan joven, privándolo de su libertad como forma de satisfacción moral.

Quizá este último fin sea el que resalte en algún momento, cuando un menor no sea sancionado por no contar con edad suficiente para atribuirle responsabilidad en un hecho delictivo, en relación a lo que sí ocurre en relación con un mayor imputable. El anhelo de “justicia” (término que llega a sonar a “muletilla”), de la víctima se ve complacido en cierta forma, cuando quien le ocasionó un daño (más aún cuando es grave), es sometido a pena; contrariamente si quien lo agravió, quien lo despojó de algo o alguien valioso, no recibe sanción, se produce un sentimiento de disvalía, que tal vez sea uno de los motivos que produce tal rechazo el accionar delictivo de los menores.

Siguiendo el razonamiento expuesto anteriormente, presumiblemente ambas intenciones (pretensión de mayor seguridad y reprimenda a los jóvenes delincuentes), concurran en algunos casos, y esta es la oportunidad en que debe intervenir indefectiblemente el Estado, en su rol de protector del bienestar público, y de los intereses individuales, tomados en su conjunto, regulando a través de los medios de que dispone la tensión generada entre víctimas (directas o indirectas –familiares-), y victimarios (tomados dentro del rango de la edad de inimputabilidad).

3. El Estado y los menores en conflicto con la ley: Desempeño estatal

Tal como reza Hobbes, T. (1651, pág. 10) “... *gracias al arte (del hombre) se crea ese gran Leviatán que llamamos república o Estado (en latín civitas), que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural para cuya protección y defensa fue instituido...*” (el subrayado pertenece a este autor).

Parafraseando al mismo autor, y ya acercándonos a la temática en estudio, nos dice más adelante en su *Leviatán* (pág. 49), que “... *el fin del Estado es, particularmente, la seguridad...*”. Sería esta la causa o designio de los hombres que, aún a costa de ciertas libertades, se restringen a sí mismos en favor de la autoridad del Estado, para cuidar su propia conservación, y lograr una vida mejor, más armónica.

Estos conceptos dan fundamento a la protección, defensa, seguridad y garantías a que está obligado el Estado, por estar instituido por el mandato supremo del pueblo, pudiéndose destacar que tales deberes deberán ser brindados a todos los ciudadanos, sin discriminar (como pudiera desprenderse del tema que nos ocupa), entre víctimas y victimarios (los menores de edad -redundando para mejor comprensión-).

Será motivo de un análisis posterior la especial y preferente protección que tienen los niños en el derecho internacional actual, principalmente -y sin despreñar la demás normativa extranjera y nacional relacionada-, a través de la Convención de los Derechos del Niño (1989), las que comprometen a los Estados firmantes (entre ellos nuestro país), a brindar el amparo referido. Sin embargo es útil recordarlo para apoyar la idea central de este capítulo.

A pesar que la evolución social es constante, y el desarrollo individual –en este caso de los niños-, siempre ha sido progresivo, no siempre han sido acompañados de una consecuente transformación legislativa, lo cual ha ocasionado en muchas ocasiones una disparidad de

tratamiento de la cuestión. Asimismo, en virtud que el pensamiento y las concepciones ideológicas en diversas etapas de la historia de la humanidad (aún de un mismo sector geográfico –refiriéndonos particularmente a la Argentina-), suelen no sólo ser variados, y hasta disímiles y antagónicos, la legislación relacionada a la minoridad en todos sus aspectos, ha sido en algún momento lo que hoy en día podría considerarse tiránico y opresor.

Así, cuando en la segunda mitad del siglo XIX, el Gobierno le comenzó a molestar la presencia de demasiados inmigrantes que llegaban al país en la época de mayor éxodo desde Europa, en grupos integrados por familias numerosas, con gran descendencia, trataron de morigerar los problemas que creían causados por los más jóvenes integrantes de esas familias foráneas. La intolerancia hacia ellos se plasmó en una serie de disposiciones legales notoriamente absurdas, que hostigaban el normal desarrollo de actividades propias de infantes, entre las que se pueden resaltar –por lo descabellado, una que prohibía a los menores levantar barriletes, otra les impedía jugar a la pelota.

Otro claro ejemplo de la concepción histórica de principios del siglo pasado (que sin embargo surtió sus efectos hasta hace unos pocos años), surgió a través del proyecto de ley presentado por el diputado Luis Agote, quien en medio de una situación por demás crítica en el país, por el permanente agobio y opresión a que se sometía a los trabajadores más humildes –que a raíz de la situación antes planteada, sumaban mayoría los extranjeros-, y con el mismo “aditamento” de creer que los más “revoltosos” eran los menores, es que trató de impulsar una ley a la que denominó Patronato de Menores Abandonados y Delincuentes. En sus exposiciones cuando se trató la ley se refirió a los niños como “*delincuentes*”, o que “*no tienen derecho, no deben ser considerados personas*”.

Así denotaba toda la clase dominante -predominantemente política, integrada también por terratenientes y la prensa-, la concepción, las convicciones que tenían en relación a las vicisitudes que aparejaba “convivir” con los jóvenes inmigrantes, los que, siendo tan numerosos (según sus análisis), provocaban una generalización hacia el resto.

Este claro contraste en el tratamiento de la problemática minoril, en distintas épocas históricas, en relación a la valoración actual que se hace sobre los jóvenes, pone de relieve que el Estado, aun cumpliendo con su rol soberano de gobernar y legislar, no siempre, sino hasta hace poco tiempo, ha avanzado en su normativa, procurando un paralelismo entre evolución social, intelectual, y legislativa.

Como toda normativa forense, la referida al régimen de la minoridad es perfectible desde todo punto de vista, por lo cual le compete al Estado continuar con su lento proceso de adaptación a los nuevos cánones jurídicos.

III – PERSPECTIVA DESDE CIENCIAS CONEXAS

1. Psicología:

Toda disciplina científica que se aplique a una investigación sobre un determinado asunto, preferentemente debe auxiliar su búsqueda con el contenido de las ciencias que tengan mejor relación con él. Es así que el tema que nos ocupa, la responsabilidad juvenil por la comisión de ilícitos, precisa indagar sobre motivaciones y causas que generan las conductas indeseadas en los menores de edad. Esto con la finalidad de pretender determinar si existen causas que justifiquen de tal forma el accionar ilegal violento, que pueda eximirlos de responsabilidad jurídica en forma absoluta.

Tanto la psicología como la sociología pueden clarificar en parte la cuestión, una en el estudio del desarrollo interno (mental, moral) del individuo, y la otra desde el aspecto exterior al sujeto, desde el propio entorno.

Por ello es que citamos y aplicamos lo que creemos pertinente al objeto de estudio.

a) Apego y primera infancia

Antes de llevar a cabo el análisis de este título, definiremos el ***apego*** –según la Real Academia Española-, “*como la afición o inclinación hacia alguien o algo*”.

Para iniciar con cierta cronología el desarrollo del contenido psicológico relativo a la minoridad, haremos referencia a un psicoanalista de origen británico que se aplicó plenamente al estudio del desarrollo psicológico infantil desde el inicio de la vida, destacándose por su “Teoría del Apego”: John Bowlby. Médico, psiquiatra y psicólogo, desde los inicios orientó sus estudios a los menores mal adaptados socialmente y delincuentes. Eso lo llevó a interesarse en encontrar patrones familiares involucrados en el desarrollo sano como en el patológico.

La “Teoría del apego”, surge de otra que denominó “Teoría de la Necesidad Maternal”, presentada en un informe con éste título a la Organización Mundial de la Salud (de la que fue Consultor de Salud Mental), según la cual plasmó que la unión del infante a su madre durante los primeros seis meses de vida es tan fundamental que, si se quebrara, causaría serias consecuencias para toda su vida. Esa unión, o apego a su progenitora es lo que determina las características de la personalidad futura del niño, la forma en que establecerá relaciones interpersonales, y las características de los procesos cognitivos y emocionales; es una necesidad biológica cuya interrupción en su primer infancia tiene consecuencias desastrosas para el desarrollo emocional, provocando una psicopatología o neurosis infantil (Bowlby, 1951).

La referencia del título de su obra fue en ocasiones atacado por el hecho de hacer exclusiva alusión a la madre, cuando algunos de sus colegas consideraban que cuando el padre la sustituía, la adaptación era similar en relación al apego que surgía entre ese niño y su progenitor; aun cuando ambos padres concurrían en la crianza, ese sentimiento tan vinculante podía aparecer en relación a uno de los dos o a ambos.

Posteriormente Bowlby reconoció que había ignorado muchos aspectos del medioambiente del niño medio, como las condiciones económicas, condiciones de vivienda, la situación de la escuela, la dieta, y la enseñanza religiosa, que tendrían gran influencia, además del “desapego”, en su desarrollo mental y conductual.

A todas estas conclusiones llegó tras varios años como director y rector de destacadas instituciones del cuidado de infantes abandonados o mal cuidados por sus progenitores, haciendo un análisis sobre gran número de ellos, obteniendo los siguientes resultados:

1º) sobre el total de los jóvenes examinados desde su infancia, y desatendidos por sus padres, un 75% terminaron siendo ladrones sin afectos y un 15% esquizofrénicos;

2º) el 70% de ellos tenían una “personalidad exenta de ternura”, a la que describía como sociables, pero desinteresados emocionalmente, sin afección, y poco reactivos al castigo.

Este comportamiento de apego es organizado y controlado por sistemas de control dentro del sistema nervioso central; ya que éste está al servicio de una función evolucionaria de protección y supervivencia. Las formas de apego se desarrollan en forma temprana y poseen alta probabilidad de mantenerse durante toda la vida (Griffin, D. & Bartholomew, K. 1994).

El estilo de *apego* inseguro se caracteriza porque la respuesta que otorgan los padres frente a las necesidades biológicas y afectivas de sus hijos, es ambivalente, incoherente e impredecible: a veces responden a sus necesidades y otras no. Para el niño esta situación genera incertidumbre y falta de confianza en sí mismo, afectando negativamente su autoestima, comenzando a manifestar serios inconvenientes a partir de la edad escolar. Responden a los problemas más sencillos con angustia intensa y mezclan comportamientos de apego con expresiones de protesta, enojo y resistencia. (Feeney, B. & Kirkpatrick, L. 1996).

En una edad muy temprana los niños empiezan a conocer la realidad a través de las privaciones que ésta les impone. Se defienden a sí mismos contra la realidad repudiándola. Sin embargo lo fundamental y el criterio de toda capacidad ulterior de adaptación a la realidad, es el grado en que son capaces de tolerar las privaciones que resultan de las situaciones mismas (Klein, M., 1924, Marzo).

En la misma exposición, esta reconocida psicoanalista austríaca interpretó que los niños suelen tener ciertas inhibiciones, relacionadas con ciertas carencias, y si alguno de los progenitores trata de suprimirlas, sólo se trasladan a otro ámbito de su subconsciente. Explicaba esto con un ejemplo: había un niño que tenía fobia a la vinculación social, por lo cual estaba inhibido para los deportes, demostrando poco interés, lo que no conformaba a su padre, quien comenzó a aplicarle castigos reiterados para lograr cambiarlo; y lo hizo: el niño posteriormente asumió un notable interés y habilidad por el deporte, pero la fobia se trasladó al temor a los animales, y su relación con sus pares fue muy reactiva y violenta.

Trasladando esta noción al desarrollo de la problemática en estudio, un niño en cuyo hogar se lo presiona para que desarrolle ciertos aspectos de su personalidad que tiene retraídos, como en el caso del ejemplo, se entendería que tuviera un comportamiento indisciplinado, innecesariamente violento, que se manifestará desde temprana edad. Esta situación puede plantearse en cualquier estrato social, pero seguramente se aumentará cuando a la imposición sobre determinado aspecto de su personalidad, le acompañe un determinado desinterés en la educación y crianza, sea por abandono parental, o por carecer de acompañamiento de sus ascendientes.

Aun cuando este vínculo tan influyente genera consecuencias casi inmediatas en la formación del individuo, su origen se da durante la *primera infancia*, la cual estaría compuesta en su primer estadio por el período del lactante (hasta la edad de un año y medio a dos años), y luego, en su segunda fase caracterizada como la del desarrollo del lenguaje y el pensamiento propiamente dicho, (de los dos a los siete años), en que se desarrollan la inteligencia intuitiva,

los sentimientos interindividuales espontáneos y las relaciones sociales de sumisión al adulto (Piaget, 1964).

El desarrollo psíquico tiene directa relación y puede compararse con el crecimiento orgánico para el logro del equilibrio, que estaría dado por la madurez de los órganos, así como el desarrollo mental puede interpretarse como una evolución hacia la armonía del espíritu adulto.

Desde que el niño es considerado como sujeto de derechos -tal como los ostenta un adulto-, se debe considerar el grupo de necesidades que tiene, como esos elementos condicionantes de la adaptación del ser humano al medio en que se desenvuelve. Las mismas estarían integradas de la siguiente manera: necesidades físicas-biológicas (alimentación, vivienda, servicios médicos), cognitivas (estimulación, aprendizaje), emocionales y sociales (vínculos afectivos, interacción social, protección), con variantes según los distintos autores y teorías, pero englobando todas ellas los aspectos relacionados con la salud física, mental y social del niño, referida al desarrollo de su autonomía y su seguridad emocional.

Entre los diversos factores que influyen en el desarrollo emocional del infante, y que afectan al niño, generando trastornos de conductas u otros etiopatogénicos (ésto es que causa o contribuye a generar patologías), los hay tan variados como: cambio de domicilio frecuente, viviendas precarias o de muy baja calidad, situación económica inestable, divorcio de sus padres, ausencia frecuente de la figura del padre, antecedentes psiquiátricos en sus progenitores, ambiente familiar desordenado, malas relaciones afectivas y escasa disciplina, estilos permisivo o muy autoritario de los criadores (McGee, 2000).

Esta autora atribuye una de las mayores causas de desorden emocional a la violencia doméstica, que suele producir -más allá de muchas otras consecuencias anormales-, una marcada tendencia hacia el consumo de estupefacientes.

Respecto al maltrato infantil, la Dra. Danya Glaser (2009), indica que un estudio del Secretario General de la O.N.U. del año 2006, da cuenta que de los tipos de maltrato infantil que existen y que ello se dan tanto en los países desarrollados, como en los que están en vía de desarrollo. Explica que aun cuando hay guerras, desastres naturales, pobreza, violencia, el lugar más inseguro y hostil para los niños es en el propio hogar.

Según un informe denominado “*La Violencia Doméstica y su Impacto en el Desarrollo Social y Emocional de los Niños Pequeños*”, elaborado por la Dra. Katherine Kitzman (16-V-2005), de la Universidad de Memphis, U.S.A., es muy frecuente que los niños que presencian la violencia doméstica suelen de manifestar una serie de problemas psicosociales, los cuales son muy similares a los detectados en pequeños que son víctimas directas de maltrato físico. Para esta investigadora, presenciar la violencia doméstica altera de tal forma la socialización infantil, se considera a esta exposición como una forma de maltrato psicológico.

Haciendo referencia a uno de entre los posibles factores mencionados que afectan el desarrollo infantil y luego juvenil, tal como la falta de educación, en nuestro país se acentúa año a año la deserción escolar. De acuerdo a un estudio efectuado por el Observatorio de la Deuda Social, de la Universidad Católica Argentina (UCA), da cuenta de esta realidad alarmante.

Para Sarah Landy (2002) –psicóloga estadounidense, experta en psicología clínica-, existen una serie de síntomas psicológicos que se relacionan con dificultades en el establecimiento del vínculo afectivo, debido a separaciones, pérdida de los cuidadores, abuso, negligencia, violencia y otras anomalías, como son:

- Manifestación de conductas impredecibles.
- Exteriorización de prácticas intimidatorias hacia los demás, o la posibilidad de ser víctima de ellas.
- Agresividad hacia sus iguales.

- Inhabilidad en el desarrollo del vínculo social.
- Baja tolerancia a la frustración, y déficit en los mecanismos de inhibición conductual o de autocontrol.
- Desorganización y desorientación en la resolución de problemas.
- Conducta desafiante.
- Falta de empatía y tendencia a conductas sociopáticas (que implica falta de adaptación individual al ambiente social en que se desenvuelve).

Cuando todas o algunas de estas conductas se manifiestan en un niño, si no se le proporciona un adecuado tratamiento, tienden a perpetuarse y su causa principal –tal como adelantáramos-, es una crianza denominada patogénica, la cual implica o violencia doméstica (hacia él o en su presencia), o la falta de atención en la crianza, vinculada tanto a la desestimación de las necesidades emocionales básicas (relacionadas con el afecto, el bienestar y la estimulación), como en las físicas, o el cambio frecuente de cuidadores primarios, impidiéndole así la formación de vínculos estables.

Reseñando lo dicho en estos ítems, suele ser consecuencia de una crianza inadecuada durante la primera infancia esta condición psiquiátrica caracterizada por un comportamiento crónico de manipulación, explotación o violación de los derechos de los demás y a menudo deriva en un comportamiento criminal

A partir de esta serie de conceptos pueden comenzar a definirse aspectos elementales en la comprensión de la conducta final de jóvenes que aún no alcanzan la edad que los hace penalmente responsables, cuando cometen crímenes altamente repudiados por la sociedad.

b) Desarrollo de la capacidad de comprensión del niño

El individuo, desde su nacimiento hasta la edad adulta, va superando etapas en su psique, partiendo desde la absoluta inconsciencia hasta llegar a la madurez intelectual.

En el primer ciclo, denominado primera fase de la primera infancia (o período de lactancia, que comprende entre su nacimiento y alrededor de los dos años), se basa en un *egocentrismo* absoluto: todo parte de sí mismo, y todo tiene como propósito el “yo”. Luego, en el segundo período de esa primera infancia (de los dos a los seis o siete años), todas las concepciones que tiene el niño sobre el mundo, sobre lo que lo rodea presenta una confusión entre la realidad y la fantasía, presentándose lo que en psicología se denomina *animismo*, por el cual -según la percepción de esa etapa de la infancia-, aún los objetos inanimados se le representan como un “*ser*”, por ejemplo, un niño de cuatro años puede interpretar que “la luna está triste”, porque cree que llora cuando llueve de noche (Piaget, 1964).

Junto a esta concepción –y sin que haya finalizado su egocentrismo, sólo que no es tan acentuado como en la lactancia-, se da el *finalismo*, a través del cual su noción de la realidad entiende que todo tiene un motivo, un fin en sí mismo que el mismo infante se encarga de “elaborar”; siguiendo el ejemplo anterior: “la luna llora porque el sol no apareció durante el día”, porque también llovió más temprano.

Es evidente que hasta esta edad, en que finaliza la denominada “primera infancia” la confusión entre lo real y lo ilusorio lo sume en un grado de subjetividad que le impide comprender cabalmente los aspectos más importantes y esenciales de la realidad.

Sin embargo, aun cuando la imprecisión o yerro en su percepción del mundo real le impide entender muchos aspectos de su entorno, el ser humano cuenta con principios propios de su naturaleza sobre lo que es bueno y lo que es malo; el niño de cinco años sabe que robar,

golpear o matar no es correcto, aunque el ambiente familiar y cultural en que se críe no ponga a su alcance un status de conciencia sobre el daño que produce aquel que realiza alguna de esas acciones.

Luego –y siempre siguiendo al autor citado-, se inicia el período de *latencia*, situado a partir de los seis o siete años, y hasta alrededor de los doce (en que se inicia la pubertad). En este ciclo del crecimiento comienzan a desarrollarse los mecanismos de inhibición y autocontrol, desarrollándose en forma más activa la conciencia.

Freud (1916) sostiene que en el período vital referido se abre una fase interna del ser, cuya estructura psicológica se divide en tres instancias a las que denomina el “ello”, el “yo” y el “superyó” (también conocidas por sus expresiones en latín como *id*, *ego* y *superego*). Estas fracciones comparten las funciones de la conciencia sin escindirse.

El *ello* sería ese aspecto inconsciente innato de la personalidad que contiene los deseos, y pulsiones o estímulos biológicos (vinculados al hambre, lo sexual y la agresión), en forma desorganizada e irracional. El *yo* es la parte consciente, que se exterioriza tratando de sujetar o contener al ello, en busca de morigerar la diferencia con el tercer aspecto: éste es el *superyó*, que representa los pensamientos morales y éticos, adquiridos en su entorno cultural; contiene un sistema de autoevaluación, o autocrítica moral.

El *yo* de Freud es el que adecúa los deseos e impulsos irracionales innatos con los prejuicios morales y culturales adquiridos, actuando según la realidad; y se desarrolla paulatinamente a partir de la etapa posterior a la primera infancia, es decir, luego de los seis o siete años.

Junto a estos destacados psiquiatras, Erik Erikson en su “*Teoría Psicosocial*”, apoya la fragmentación de la conciencia humana en similares estadios psicosociales del desarrollo, incorporando algunas fases más en la adultez (lo cual no nos atañe en este estudio); refuerza

las etapas iniciales de ese desarrollo, sobre todo la denominada por Piaget, de latencia (desde los 5 hasta los 13 años aproximadamente), denominándola como una era de *competencia: laboriosidad vs. inferioridad*. Es la etapa en la que el niño comienza su instrucción escolar, en que ansía hacer cosas con sus iguales, compartir tareas; sin embargo llega a sentirse insatisfecho y descontento con la sensación de no ser capaz de hacer las cosas bien, generándose un sentimiento de inferioridad, que lo hace sentirse inferior psicológicamente, por lo cual se debe apelar al sentimiento de laboriosidad ínsito en su persona. Evidentemente se percibe también aquí una confusión de sus roles, o sensación de inseguridad respecto a su persona, lo que afecta al exacto discernimiento del infante.

Posterior a esta fase psicológica Erikson define a la siguiente como de *búsqueda de identidad vs. difusión de identidad* (la cual abarcaría desde los 13 hasta los 21 años). Se experimenta búsqueda de identidad y a la vez una crisis de identidad, que reavivará los conflictos de las etapas anteriores; los padres de los adolescentes se enfrentarán a situaciones nuevas que serán un nuevo reto para su misión orientadora. Entre las características de este ciclo del desarrollo del adolescente se dan las siguientes:

- ya tiene seguridad en sí mismo, lo que implica firmeza en la toma de decisiones y convencimiento del éxito de una tarea a desempeñar, teniendo cada vez mayor claridad de sus consecuencias;
- se produce lo que se denomina la *polarización sexual*; ésto es, un adecuado grado de desarrollo del propio interés sexual, lo cual estimula invariablemente la psique hacia su madurez;
- su mente trata de asumir el liderazgo y la adhesión, para lograr una adecuada integración al grupo de "pares", mediante aquella manifiesta seguridad en sí;
- asume un compromiso ideológico, con tendencia a la orientación valorativa, arrogándose la defensa de los valores en los que cree (los que serán adecuados al ámbito en que se desenvuelve).

Una vez más se hace evidente la coincidencia en autores de la talla de los citados, en cuanto al desarrollo de la capacidad cognitiva y la evolución de las aptitudes de juicio, raciocinio y discernimiento, a partir de los 12 a 13 años. Es cierto que estos estudios no brindan certeza sobre esa línea a partir de la cual se daría esa evolución, y sólo es un parámetro “aproximado”, pero no deja de ser importante el señalamiento de esa especie de marca de distinción.

2. *Sociología:*

La influencia de factores que actúan sobre el individuo desde la primera etapa de su desarrollo, están íntimamente ligados en su etiología, de tal forma que suelen fundirse y confundirse en la interpretación que se hace de ellos. Tal los aspectos psicológicos, que forman parte del ser humano en sí, de su esencia, como los sociológicos, que se vincularían a lo exterior a ese ser, el entorno, el medio en que se desenvuelve.

Durkheim (1986) explica que de un modo muy genérico se designa como hechos sociales a todos aquellos que presentan un interés para la comunidad; pero siendo más específico y para discriminar la naturaleza de los mismos, indica que son conductas o pensamientos desarrollados por el individuo, que están fuera de él, y se imponen coercitivamente.

A través de la conciencia pública, se reprime los actos que la ofenden, y puede ser más o menos violenta, como las sanciones legales ante la infracción a una norma jurídica en el primer caso, o ante la burla o vergüenza pública de quien decide vestirse de modo distinto a los usos o a la época de una región. Esto es así porque en la actualidad, la mayoría de las ideas, conceptos o tendencias que tenemos o asumimos, no son elaborados por nosotros sino que nos llegan desde afuera, nos son impuestas.

De tal modo que esos hechos sociales lo son en virtud de su pertenencia a la sociedad (y no al individuo que los ejecuta o los consiente), ya sea tomada en su conjunto o dentro de cada fracción, como lo son por ejemplo, las confesiones religiosas, corporaciones profesionales, grupos políticos, entusiastas de determinados deportes o grupos musicales, etc. Basta con notar la forma en que son criados los niños, le “imponemos” conductas, creencias, costumbres, formas de actuar o de percibir la realidad que de otro modo no le llegarían espontáneamente.

El conjunto de acciones que llevan a cabo los adultos en relación a los niños y adolescentes, para guiar su crecimiento, están directamente ligadas a los procesos de socialización y de desarrollo humano. La familia es el primer agente de socialización desde sus primeros años; de ese ámbito se seleccionan otros agentes, como lo son la escuela, cuyo principal rol de formación se da durante educación primaria. Luego, en la adolescencia adquieren sentido otras redes sociales de interacción, como grupos de pares, espacios públicos, y espacios alternativos de recreación y participación social. Estos otros espacios y entornos de relación con grupos de pares tendrán mucha importancia en la determinación de hábitos y estilos de vida y conducta. El desarrollo infantil a través de los procesos de crianza, socialización y formación suele ubicarse en el escenario de la vida cotidiana (Tuñón, 2009).

El derecho del niño a ser cuidado debidamente –según los cánones internacionales actuales más importantes (que serán tratados en esta obra ut infra)-, está indefectiblemente relacionado a ciertos factores sociales, como la constitución familiar, a la inserción laboral de la madre, y a la estructura social que de una u otra forma amplía o limita las posibilidades de brindar ese cuidado, principalmente en los primeros años vida. En muchos hogares monoparentales (ésto es, compuesto por un solo progenitor), mayormente a cargo de la madre, las opciones de cuidado de los más pequeños del grupo familiar se multiplican por necesidad, pero cuando se trata vivienda compartida por más familiares que los que integran el núcleo –como los abuelos, tíos y hermanos- se cuenta con un principio de solución basada en la distribución de esa tarea de atención; en tanto que si en el hogar monoparental el núcleo familiar se reduce al progenitor y sus hijos, y más aún cuando se trata de contextos sociales desfavorecidos, quienes suelen encargarse de la custodia y asistencia de los niños pequeños son otros niños de más edad, para quienes se torna una responsabilidad que rivaliza con su derecho a la educación, al juego, etc.

Considerando ese mismo ámbito de desarrollo de la infancia, existe una gran porción de madres solas que son empleadas domésticas, o en situación laboral precaria, que al volver a sus hogares deben desempeñar múltiples roles de cuidado y más trabajo doméstico, lo cual impide que la calidad de cuidado sea la adecuada, y que esos niños cuenten con la estimulación más oportuna a su evolución.

a) El niño en su relación con la sociedad

Como las demás causas que intervienen en la formación del infante, la relación de éste con los demás seres humanos en el contexto histórico-cultural en el que se encuentran inmersos, es básico en la formación de su capacidad de comunicarse, vincularse y razonar. Así es como esas fuentes actúan sobre él, en mayor o menor medida:

- según la situación de pobreza –pobre o no-;
- según el tipo de hogar –biparental o monoparental-;
- según las personas que permanecen con él cuando no están al cuidado de sus padres –un progenitor, ambos, familiares, no familiares-;
- según el nivel educativo de sus padres, que les permitirá asistir a la estimulación emocional e intelectual del niño -por ejemplo, si leen cuentos, si festejan sus cumpleaños, si juegan o dibujan juntos, etc.-;
- según la edad a partir de la que inicia su período de escolaridad;
- según su inclusión deportiva y escolar;
- según desarrollen actividades de acuerdo al estrato social –como utilizar internet, leer libros impresos, o estar frente a una pantalla por más de un determinado tiempo (Tuñón, 2010).

Las desiguales probabilidades de acceso a bienes y servicios, espacios de socialización y, en particular a la educación formal, inciden sobre el bienestar y el desarrollo de la niñez y adolescencia. La pobreza extrema, analizada desde estos tres tipos de derechos, es amplia en nuestra sociedad; son muchos los niños y adolescentes, que no cuentan con condiciones de vida dignas, ni logran ejercer el derecho a una estructura mínima de oportunidades de desarrollo humano.

La Organización Mundial de la Salud, elaboró en 2008, un informe sobre el efecto social que producen las desigualdades de disposición sanitaria con que cuentan los distintos estamentos sociales, atribuye ese problema a la desigual distribución de ingresos, bienes y servicios, produciéndose injusticias tales como la poca o nula posibilidad de acceso a atención sanitaria, escolaridad, condiciones de trabajo, entretenimiento.

Samaniego (2008), entiende que esta dispar distribución no es en absoluto un fenómeno natural. Entonces, los límites estructurales y las condiciones de vida –en los aspectos referidos-, constituyen determinantes sociales de la salud. Siguiendo con la conceptualización de las distorsiones que ocasionan esos factores, derivamos en la salud psíquica de los niños: que esa escasez de estímulos y atención afecta la manera en que los infantes llegan a desarrollar su intelecto; algunos sufriendo ciertos grados de psicopatología, problemas conductuales, y trastornos emocionales, principalmente en niños de entre 6 y 11 años de edad.

Sin embargo, también se determinado que, si bien existe una clara relación entre el nivel socioeconómico y los desórdenes psicopatológicos en la infancia, y su número es elevado, los efectos son pequeños, y sólo alcanzarían a los infantes hasta los once o doce años, por lo cual se deberían interpretar con cautela, otorgándole sólo la importancia que tiene en relación a la problemática general de la delincuencia juvenil.

b) Evolución bio-cronológica del desarrollo infantil

Con el propósito de tener una visión global de la manera en que el niño va desarrollando sus capacidades, y cómo se va adaptando a la vida en sociedad, recurriremos a un análisis que nos permita entender de qué manera la evolución biológica y el ambiente en que crece afectan tales aptitudes.

UNICEF considera al hombre como sujeto y objeto del desarrollo social y económico. Especialmente atiende a los derechos del niño entre sus objetivos y metas culturales, que derivarán en beneficio de ese mismo desarrollo. Entiende que el desarrollo humano es un proceso que tiende a la ampliación de opciones de que dispone cada persona, las cuales pueden ser incontables, y aún variar en el tiempo. Sin embargo, en todos los estadios del desarrollo humano hay tres *opciones* esenciales: poder tener una vida saludable, poder adquirir conocimientos y poder tener acceso a los medios necesarios para gozar de un nivel de vida digno y adecuado. Si no se puede acceder a estas alternativas, o a alguna de ellas, muchas posibilidades serán inaccesibles (Amar Amar, Abello Llanos, Tirado García, 2010).

De acuerdo a un enfoque más holístico (teniendo en consideración el “todo” del ser y su entorno), “... *el desarrollo humano sería el proceso por el cual el ser biológico trasciende hacia el ser social y cultural... su desarrollo se produce mediante una construcción permanente en interacción con otras personas, en búsqueda del perfeccionamiento de sus potencialidades...*”. En este proceso de desarrollo “... *establece una triple relación: consigo mismo, con los otros y con su ambiente*” (obra citada, p. 13).

Refiriéndose más precisamente al niño, indican estos autores que la evolución del infante se da de forma sucesiva, a través de elementos cada vez más completos y complejos, vinculados a su vez a otros. Ese desarrollo sociológico tiene los siguientes caracteres:

- *potencialidad*, ya que siempre tiende a más;

- es *multidimensional*, ya que pretende mejorar un conjunto de aspectos vitales y sociales;

- es *integral*, por interrelacionar esas funciones que intenta mejorar;

- es *continuo*, porque se inicia en el alumbramiento y abarca toda la vida;

- es *adaptativo*, al partir de su sentido histórico (el cual preserva), aun cuando se impulse su capacidad de cambio.

En el desarrollo humano se dan dos elementos básicos, como son la *individualización* y la *socialización*.

De acuerdo al primero de ellos, esa evolución tiene carácter de irrepetible, con una particular forma de construir, experimentar, valorar, jugando un importante papel la herencia biológica, las experiencias tempranas y las primeras interacciones sociales. Esto determina que cada sujeto sea único, y esté en permanente cambio, tanto en su naturaleza cuantitativa –estatura, peso, etc.-, es decir el desarrollo físico, como la cualitativa –inteligencia, lenguaje, pensamiento, personalidad, etc.-, por su desarrollo cognoscitivo y psíquico.

Para un adecuado desarrollo psico-emocional el infante precisa de seguridad, caricias y afecto. En contraposición con otras especies, el ser humano no basa su aprendizaje sólo en los mecanismos biológicos heredados, sino que toman experiencia de la cultura en la que viven inmersos, en los primeros vínculos y actividades con otros seres, con su entorno.

Refiriéndonos ahora al segundo elemento básico de la evolución humana, la socialización, existen innumerables formas de construcción de la realidad en niños y jóvenes, es decir, el modo en que comprenden el mundo y sus elementos, dentro de su mundo circundante,

inmediato. El individuo se transforma en un miembro del grupo social, ya sea la familia, la comunidad, las amistades, aprehendiendo de ellos las actitudes, creencias, costumbres, valores y expectativas. Esto implica que de ahí es donde los niños en su crecimiento van tomando y adquiriendo para sí, para su individualidad, las normas sociales.

El aprendizaje social del infante, de acuerdo a la teoría tradicional de la socialización, es un proceso en una sola dirección, desde las estructuras sociales hacia el individuo, imponiéndole los patrones de comportamiento y pensamiento que más resaltarán en su forma de ser.

Como ya se ha dicho anteriormente, la familia es el medio óptimo para la función socializadora del niño, ya que los primeros contactos se establecen en su seno. Esta familia debe ser considerada dentro del grupo social más extenso en el que se desenvuelve. Por esta misma razón, si las costumbres de estos grupos son inadecuadas, repercuten de manera negativa sobre los menores, los que no podrán adaptarse al mundo externo, ya que sólo reconocerán los signos y señales adquiridos, los cuales confrontarán con los del resto de la sociedad.

Se debe considerar que el proceso de socialización no sólo acontece en la infancia y la adolescencia, sino en todos los ciclos de la vida; pero es en la infancia donde ese proceso genera conductas que perdurarán más tarde, creando un núcleo de valores, actitudes, habilidades, que formarán al adulto en que terminará ese ser.

Es función del Estado conseguir homogeneidad en las costumbres, conductas, actividades, y modos de pensar de los ciudadanos, lo cual le facilitará la niño desarrollar la identidad personal, familiar y comunitaria de que habláramos anteriormente. Sin embargo, es una tendencia naturalmente humana, contender contra el poder y la autoridad. Lo hacen desde sus primeros soportes sociales, como son sus progenitores, oponiéndose a sus órdenes, desafiándolas, siguiendo más tarde con sus maestros, o cuando se dan las circunstancias, contra la autoridad policial, avanzando cada vez a grados más complejos de enfrentamientos.

Entonces, diversos factores intervienen en el desarrollo infantil, tanto biológicos, ambientales como psicosociales, impulsando los motores físico y cognitivo del pequeño. Buen cuidado de su salud, nutrición apropiada, ambiente adecuado para el desarrollo de sus potencialidades ayudan al progreso. Es decir, el ambiente y la biología influyen decisivamente en ese desarrollo, recibiendo ese influjo el cerebro, órgano que rige los procesos evolutivos humanos.

El desarrollo de la ciencia en cuando a la representación en imágenes de nuestro organismo, ha permitido medir y hacer un “mapa” de nuestro cerebro. Estas “fotografías” de nuestro cerebro revelaron que no está desarrollado completamente en el nacimiento; tal es así que al cumplir un año, el cerebro de un bebe representa alrededor del 25 % de su peso, en relación al peso en la adultez. Y a la edad de tres años, aproximadamente, ese mismo órgano alcanza a representar un 90% de su potencial, lo cual permite conocer la capacidad de desarrollo y aptitudes intelectuales y perceptivas de los infantes en la actualidad (Amar Amar y Alcalá Castro, 2002).

Según estos autores, como el cerebro no está desarrollado completamente al nacer, su potencial está latente, y cuando comienza a tomar forma depende de su crecimiento de las experiencias y los sentidos, los cuales organizan los patrones de comunicación entre las neuronas; estos patrones serán determinantes de la manera en que pensamos y nos comportamos.

A fin de determinar hasta dónde la calidad de las experiencias tempranas pueden repercutir en la estructura del cerebro y el desarrollo infantil, es que se atiende a estudios llevados a cabo por neurocientíficos; los aportes de estos investigadores indican que esas experiencias primeras tienen un impacto dramático en el proceso de conexión entre neuronas, lo cual tiene como consecuencia que las sinapsis (o interconexiones neuronales que provocan el desarrollo total de las funciones cerebrales) aumenten o disminuyan. Se estableció que la mayoría de esas interconexiones se producen durante los primeros tres años de vida, disminuyendo el crecimiento a medida que crecen hasta los diez años, en que se detienen definitivamente esas

interconexiones. Esto no implica la detención del desarrollo cognitivo, intelectual o perceptivo, sino que se refiere a la evolución biológica misma del órgano en estudio.

Deduciendo, el crecimiento biológico principal del cerebro se produce hasta los diez años, siendo los más importantes los primeros tres, y a causa de ello, las experiencias traumáticas y el nivel de estrés de la primer infancia son determinantes; por lo que cuando ese nivel de estrés es crónico, desarrollado en un ambiente abusivo, violento o aun negligente, afecta el desarrollo cognitivo y social del niño.

A su vez, ese mismo estrés ambiental produce la detención de secreción de la hormona del crecimiento por la glándula pituitaria (siempre refiriéndonos al desarrollo cerebral).

Salud y nutrición apropiadas, son variables que influyen en el desarrollo exitoso de la infancia, por lo cual deben atenderse desde la gestación. Cuando la nutrición es deficitaria o inadecuada en la vida intrauterina y durante los primeros años de vida, los efectos son profundos, variados e irreversibles, por ejemplo:

- crecimiento físico y desarrollo motor retardado,
- trastornos neurológicos,
- mal desarrollo cognitivo, bajo coeficiente intelectual,
- habilidades sociales deficientes y,
- problemas conductuales.

En cuanto al desarrollo físico, que evidentemente incide en gran parte en el desempeño social del infante, Gaitán Muñoz (1999), refiere que la dimensión corpórea del crecimiento implica el reconocimiento de su propio cuerpo, siendo la base de su identidad, y de las posibilidades de relación con el mundo natural y socio-cultural; proceso que comienza con el desarrollo de actividades sensoriales y psicomotrices primarias, y continúa con la identificación de género,

y otros procesos de maduración que son fundamentales a la evolución del niño, siempre según el contexto cultural en que se desenvuelva.

Como seres vivos que somos, estamos sometidos a las leyes de la vida: el contacto interpersonal, que es el eje de formación de vínculos y relaciones, se produce en primer lugar a nivel sensorial y físico, por lo que el reconocimiento de las capacidades pertinentes son fundamentales para el despliegue de otras dimensiones básicas del desarrollo social.

IV – LEGISLACION INTERNACIONAL

Si pretendemos fijar en esta tesis si es posible y útil a la comunidad la imposición de una sanción a menores de edad a los que la legislación vigente no los alcanza, primero deberemos delimitar qué derechos los protegen y en qué medida, tanto en el orden nacional como internacional.

Si bien sabemos que por razones fundamentales de independencia nuestra Nación goza de absoluta soberanía, en nuestro caso, para legislar de acuerdo a nuestros usos, costumbres y principios, no podemos como Estado que integra y se relaciona a nivel internacional -cada vez con mayor frecuencia y regularidad-, obviar aquellas disposiciones formadas a modo de principios universales, por la calidad de su reconocimiento y el aspecto universal del mismo.

Entonces, por su incuestionable carácter global, analizaremos primeramente la normativa internacional histórica que derivó en las actuales convenciones internacionales que rigen la materia en estudio.

1. Reconocimiento de los derechos de los niños

Los derechos de los niños constituyen el conjunto de normas que protegen a los individuos hasta una determinada edad, la cual está delimitada por cada Estado.

Todas las personas nacen con derechos humanos independientemente de su origen étnico, sus creencias y sus prácticas, su ubicación geográfica, su género o su nivel de ingresos. Sin embargo, a pesar de los sólidos marcos jurídicos internacionales y nacionales que apoyan esos derechos humanos, los grupos sociales que tradicionalmente han sufrido las consecuencias de la marginación y de la discriminación dentro de sus países y sociedades son los que siguen corriendo un mayor riesgo de que sus derechos se conculquen, situación que ocurre sistemáticamente. Desde un enfoque basado en los derechos humanos, determina que los grupos más marginados, y los miembros más vulnerables de esos grupos son por lo general, las mujeres y los niños, dentro de los países subdesarrollados y las comunidades más carenciadas.

Al no existir una codificación general que pudiera dar protección a los niños, en los casos en los que eran sometidos a cualquier forma de esclavitud o maltrato (generalmente a raíz de situaciones de pobreza extrema, o fallecimiento de sus padres), sino hasta entrado el siglo XIX, sólo se podría hacer referencia a publicaciones literarias, por comunicados o resoluciones de organizaciones científicas y pedagógicas. La primera ocasión en que se promulgó una declaración sobre esos derechos fue durante la Convención de la Liga de Naciones en Ginebra en 1924, denominándose *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño*, en la cual se proclamaba el derecho de niños y niñas a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual; asistencia especial cuando estuvieran hambrientos, enfermos, discapacitados o hubiesen quedado huérfanos; ser los primeros en recibir socorro cuando se encuentren en dificultades; libertad contra la explotación económica; y una crianza que les inculque un sentimiento de responsabilidad social.

Durante mucho tiempo no hubo nuevas manifestaciones al respecto. En 1946, tras el final de la Segunda Guerra Mundial se creó la *UNICEF (United Nations International Children's Emergency Fund)*, o en su traducción *Fondo Internacional de Naciones Unidas para la Infancia*), a fin de ayudar a los niños desamparados tras esa larga contienda bélica, proporcionándoles vestimenta, alimentación y atención médica –tal como lo hace hasta la actualidad-.

En 1948 la Organización de Naciones Unidas aprobó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, entre los cuales incluía implícitamente a los niños en su texto, y específicamente, en su art. 25 enunciaba que “... *la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales*”.

Más tarde, en 1959, la Asamblea General aprueba la *Declaración de los Derechos del Niño*. Ahí se le reconocían derechos tales como la libertad, a la no discriminación, a una protección especial, a la atención de la salud y, en caso de impedimento físico o mental, a un tratamiento y cuidado adecuados, a la educación, a un nombre y a una nacionalidad, a no ser abandonado, explotado o castigado.

Muy paulatinamente se comenzaba estatuir en el derecho de la minoridad, con disposiciones de mayor o menor aceptación por parte de los Estados, pero sirviendo de base para lo que en los últimos años del siglo pasado sería un gran avance en ese ámbito jurídico mundial.

Asimismo es de destacar que varias de las disposiciones universales sobre esta cuestión, no se referían a los menores, sino de manera circunstancial, y en escasos o breves artículos, sirviendo no obstante al fin de la protección infantil. Así, en 1966 se aprobaba el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; ambos promovían la protección de los niños y niñas contra la explotación, y su derecho a la educación.

La Organización Internacional del Trabajo, aprobó en 1973, el *Convenio N° 138*, en el que discurría sobre la edad mínima de admisión al empleo, estableciéndola en 18 años para todo trabajo que pueda resultar peligroso a la salud, seguridad o moral de un individuo.

1975 fue declarado por la ONU. el *Año Internacional del Niño*; sirviendo a una serie de reuniones destinadas a discutir una nueva declaración de derechos del infante, basada en principios más adaptados a la evolución social de la época.

En 1979 la Asamblea General de la ONU., aprobaba la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, que protegía los derechos humanos de las mujeres y niñas. Ese mismo año vuelve a declararse como Año Internacional del Niño, como medida para poner en marcha un grupo de trabajo que se debería encargar de la redacción de una nueva convención de derechos del niño, con intención que –esta vez- fuera vinculante.

Hasta aquí el reconocimiento de los derechos de los menores en relación a garantías elementales y generales de protección; a partir de ahora se hará un breve análisis de la evolución cronológica en el fuero internacional, del tratamiento del menor como infractor de la ley.

2. Congresos de la Organización de las Naciones Unidas

A partir del año 1955, la ONU desarrolló congresos periódicos dedicados a la Prevención del Delito y la Justicia Penal, los cuales casi siempre, de manera explícita o tácita trataban sobre la delincuencia juvenil y los menores delincuentes; en dichas convenciones se reunía a representantes de gobiernos de todo el mundo, especialistas en el tema, catedráticos de reputación internacional y miembros de ONGs. interesadas.

El Primer Congreso se llevó a cabo en Ginebra (Suiza), y tomó a la delincuencia juvenil desde un aspecto muy amplio; tal es así que incluyó en su tratamiento a *menores abandonados, huérfanos o mal adaptados*. Paralelamente, en el mismo congreso se aprobaron las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*. En virtud que hasta ese momento no había restricciones en cuanto a las penas privativas de la libertad sobre menores, estaban implícitamente incluidos en sus disposiciones cuando les eran aplicadas. Además se formularon recomendaciones para la prevención de la delincuencia de menores a través de la comunidad, la familia y las escuelas.

Posteriormente, y tras la aprobación de la Declaración de los Derechos del Niño, en 1959, el Segundo Congreso sobre la Prevención del Delito, realizado en Londres (Inglaterra), en 1960, centró la temática infantil en las nuevas formas de delincuencia juvenil, su origen, prevención y tratamiento. Esta vez limitó su tratamiento a las violaciones al derecho penal, descartando y dejando de lado comportamientos exclusivamente antisociales o rebeldes, como se debatiera en el anterior Congreso de 1955. Trató sobre las penas privativas de la libertad breves, la remuneración a los reclusos, la planificación nacional en la prevención del delito, y sobre servicios especiales de policía para la prevención de la delincuencia de menores, entre otros temas.

El Tercer Congreso, llevado a cabo en Estocolmo (Suecia), en 1965, se trató la evolución social y su relación con la criminalidad, la acción preventiva del delito, señalando la

necesidad de investigaciones criminológicas para tal prevención; y en lo que atañe a los menores, reclamó medidas especiales de prevención y tratamiento para los menores y los adultos jóvenes.

Kyoto (Japón), fue la sede del Cuarto Congreso, en 1970, en el que se principalmente se exhortó a la planificación de la prevención del delito para el desarrollo económico y social de la comunidad. No hubo alusiones específicas a los menores.

En 1975 se desarrolló el Quinto Congreso, en Ginebra (Suiza), se aprobó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (que más adelante se convirtió en una convención aprobada por la Comisión de Derechos Humanos). Abarcó también aspectos, como la delincuencia femenina, el terrorismo, el uso indebido de drogas y alcohol, pero no se abocó a los jóvenes en particular.

El Sexto Congreso sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, se desarrolló en Caracas (Venezuela), en 1980, abocándose a la prevención del delito, basándose en las circunstancias culturales, sociales, políticas y económicas de cada país, medidas para poner fin a las ejecuciones ilegales y, en relación a la minoridad, propuso la elaboración de normas mínimas en materia de justicia de menores.

1985 fue cuando se celebró el Séptimo Congreso, en Milán (Italia), en el marco del tema “Prevención del delito para la libertad, la justicia, la paz y el desarrollo”. Ese mismo año, en torno a las mismas jornadas sobre el tema de la delincuencia, se aprobaron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como las *Reglas de Beijing*. En ellas se establecen, entre otras disposiciones, la necesidad de un progresivo perfeccionamiento de la justicia de menores, su aplicación imparcial (evitando la discriminación por ninguna razón); y define al “*menor delincuente*”, singularizando los términos “*menor*” y “*delito*”, permitiendo a cada Estado parte determinar hasta qué edad se

considerará menor a una persona, prescribiendo una limitación criteriosa en su art. 4.1 que la “... mayoría de edad penal..., no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”.

También fija pautas que garanticen la plena justicia de la aplicación de las sanciones sobre los jóvenes, al determinar que las respuestas a las acciones de los menores, consideradas delictivas, serán proporcionadas a las circunstancias del delincuente y del delito; garantías procesales básicas (presunción de inocencia, derecho de representación adecuada, etc.); y, de imposición de penas privativas de la libertad como último recurso, y ante casos de delitos graves.

En el año 1990 se llevó a cabo el *Octavo Congreso*, en La Habana, donde se concibieron las “*Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil*” (Resolución 45/112), y las “*Reglas para la protección de menores privados de libertad*” (Resolución 45/113), conocidas como “*Directrices de la Riad*”, en alusión a la Capital de Arabia Saudita, donde se habían reunido expertos en el tema –en 1988-, para elaborar el proyecto que derivó en tales directrices.

Aquí, se manifestó la gradual toma de conciencia que *los niños son seres humanos con plenos derechos*. Por otra parte se concluyó que prevenir la delincuencia juvenil consiste en algo más que solucionar situaciones conflictivas, debiendo partirse de la promoción del bienestar y la salud.

3. Declaración de los Derechos del Niño

En una de las realizaciones más brillantes de la Asamblea General de la ONU, el 20 de Noviembre de 1989, promulgó la Convención sobre los Derechos del Niño, fundando sus ideas sustanciales en las previas convenciones y declaraciones de derecho infantil.

De este modo, tomó los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, las concepciones más significativas de la Convención de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

En nuestro país, esta Convención fue reconocida y adoptada mediante Ley N° 23.849, en Octubre de 1990.

Al ser éste un tratado que tiende a brindar protección integral al infante en los diversos aspectos de su vida hasta su madurez, hay algunos de ellos que no conciernen a nuestro estudio, por lo que sólo haremos referencia a las disposiciones que se vinculan a la materia penal.

Desde su *Preámbulo* se ocupa del “... *cuidado y protección especiales del niño...*”, naturalmente a cargo del Estado y la familia; siempre “... *atendiendo a su falta de madurez física y mental...*”, debiendo “... *tener en cuenta aquellos que vivan en condiciones muy difíciles...*”, para “... *tratar de mejorar las condiciones de los niños de todos los países, en particular los que están en vías de desarrollo.*”

Un análisis discrecional del *primer artículo* nos permite saber que incluso cuando dispone que se considerará “*niño*”, a efectos de esta normativa, a toda persona que no haya cumplido dieciocho años, reconoce que cada Estado puede disponer un límite menor a la edad en que se alcanza la “*mayoría de edad*”.

Desde el momento que nuestro país cuenta con disposiciones relativas a la minoridad que permiten a los magistrados aplicar medidas “*tutelares*” sobre los jóvenes inimputables, que incluyen la internación en centros para menores, nos interesa destacar que el *Artículo 3* de la convención alude a la “... *consideración especial al interés superior del niño*”, cuando deba ser asistido por instituciones públicas o privadas, en establecimientos encargados del cuidado y protección del niño, comprometiéndose a respetar la seguridad, sanidad del lugar, y la adecuación del personal que prestará la atención y servicios.

A partir del *cuarto inciso del Artículo 9*, la convención se va introduciendo en el ámbito de los derechos del menor cuando es objeto de disposiciones de índole judicial, como “... la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte..., de uno de los padres, de ambos, o del niño...”, es que será obligación del Estado parte proporcionar la información apropiada a sus familiares.

Análisis del Artículo 37: directamente ya en el terreno de interés a nuestra exploración investigativa, este dispositivo, en su inciso a), individualiza el niño como objetivo de protección en contra de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (sobre lo ya dispuesto dos años antes por la Convención del mismo nombre); esto significa que se aplicaron las normas generales impuestas por esa convención, a los menores de edad. Asimismo proscribire la aplicación de la pena de muerte, ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. Indudablemente la pena capital está prohibida; sin embargo, al aludir a la pena de prisión perpetua, con el agregado “... *sin posibilidad de excarcelación*...”, deja implícitamente abierta la posibilidad que sea aplicada cuando la normativa interna del Estado que la aplique, conciba entre sus preceptos la facultad de excarcelar al sujeto bajo determinadas circunstancias.

El inciso b) remite a la legalidad con que se deben llevar a cabo las detenciones, la que sólo se utilizará como último recurso, y por el menor tiempo posible. En cuanto a la legitimidad de las medidas privativas de la libertad, se está redundando en disposiciones que están naturalmente comprendidas en la generalidad de las codificaciones internacionales e internas de los Estados del mundo, sólo que puede entenderse que se quiere dar vehemencia a tal imposición, por su referencia directa a los menores de edad. Respecto a la segunda parte del segundo apartado del artículo 37, restringe la posibilidad de disponer la prisión o detención de menores a los casos más extremos y urgentes, sólo cuando no hubiera otra posibilidad. Se deberá analizar en el caso concreto, de acuerdo las circunstancias del hecho y de la persona que resultaría aprehendida, si existen alternativas que tenga un efecto menos violento sobre el menor. No obstante ello, es difícil concebir que si un joven que comete un delito contra la vida de una persona, pueda haber una alternativa distinta a privarlo de su libertad. Finalmente, la parte final de esta disposición trata de morigerar el efecto de la detención, reduciendo el tiempo de permanencia del menor en custodia al mínimo posible. En este punto se podrían suponer dos alternativas sobre el mismo precepto: 1) que, habiendo ya el magistrado analizado las circunstancias del caso particular, y dispuesto la detención del menor, deba gestionar con celeridad el proceso judicial a fin de decidir con sobre la suerte del acusado, es decir, si será encarcelado por un determinado tiempo, o si recuperará su libertad; o, 2) que habiendo ya llegado a la conclusión que fija responsabilidad en el hecho cometido por el menor, se le imponga una pena privativa de su libertad que sea de menor escala a la que le correspondería por un hecho similar a un adulto.

El tercer inciso, c), asume que estando el niño bajo detención sea tratado humana y dignamente, de acuerdo a las necesidades propias de su edad, debiéndose considerar "...el interés superior del niño..." (una vez más referido).

Por último, el inciso d) apunta al derecho de asistencia jurídica inmediata (o de otro tipo), que deberá tener el menor detenido, y el derecho a reclamar en contra de la legitimidad de su privación de libertad, debiendo obtener pronta respuesta a dicho requerimiento.

La siguiente norma que nos interesa de esta Convención, es el *Artículo 40*, siendo –al igual que el anteriormente analizado-, uno de los pocos preceptos que tratan sobre la situación del menor cuando se ve enfrentado con las sanciones que el derecho le impone. El primer inciso persevera en su intención de respetar la *dignidad* del niño acusado o declarado culpable de haber violado la ley, la cual deberá fomentarse junto al respeto por los derechos humanos, apuntando a la intención de reintegrarlo al rol propio que su edad le impone dentro de la sociedad.

El inciso 2, en su primer apartado, a), dispone lo que es uno de los principios fundamentales en derecho, el *principio de reserva de la ley*, por el que nadie puede ser sancionado por un hecho que no configure una violación a una norma legal vigente al momento de su comisión.

El apartado b), impone una serie de derechos, algunos *principios* básicos, otros *reglas* ampliamente reconocidas en el ámbito forense, tales como:

- el *principio de inocencia* (según su primer enunciado), por el que se presumirá la inocencia del menor procesado, mientras no se pruebe lo contrario;

- el *derecho de ser notificado del ilícito* cuya producción se le atribuye (segundo enunciado);

- el *derecho de contar con asistencia jurídica* y de otra índole que sea necesaria para elaborar su defensa (mismo segundo enunciado);

- el tercer enunciado vuelve en su introducción sobre la *celeridad* que deberá imprimírsele *al proceso* que tenga al menor como acusado;

- asimismo hace hincapié en una derivación del *principio del juez natural*, el que impone que el juicio debe ser dirigido por la autoridad judicial designada por la ley, en forma previa a la iniciación de la causa, la cual deberá ostentar la calidad de competencia, independencia e imparcialidad;

- continúa el mismo enunciado, poniendo énfasis en el *principio de legalidad*, por lo que la autoridad encargada de juzgar la conducta atribuida al menor, deberá circunscribirse a los límites marcados en las disposiciones aplicables al caso;

- culmina este tercer enunciado acentuando la prerrogativa de la necesaria asistencia jurídica o del tipo que fuera indispensable a su amparo;

- una de las normas reconocidas por el derecho penal en general (y particularmente aceptada por nuestro fuero), es que nadie puede ser obligado a declarar en una causa iniciada en su contra, y menos aun que se atribuya la comisión del ilícito por el que se lo procesa; este principio le está reconocido al niño acusado en una causa penal en el cuarto enunciado del apartado b), inciso 2, del art. 40, de la Convención analizada;

- la segunda parte de este mismo enunciado compele a reconocer el derecho del menor acusado a hacer interrogar a los testigos que resultaran útiles a posición, en iguales condiciones que el resto de las partes en el proceso;

- el quinto enunciado impone un plus al análisis jurídico elaborado por el magistrado que decidiera sobre la culpabilidad del menor, cuando se lo haya encontrado responsable de la comisión del ilícito penal de que se lo acusaba, obligando a la revisión de tal decisión, por parte de un órgano superior, igualmente competente, independiente e imparcial;

- el sexto enunciado refiere a la obligación de asignarle un intérprete en caso de no hablar el idioma utilizado en el proceso;

- finaliza el apartado b), destacando la necesidad del *respeto de la intimidad* del niño, debiendo procurarse no afectar ningún aspecto de su vida privada.

El inciso 3 del Artículo 40, constriñe a los Estados Parte a formular una legislación apropiada a los niños infractores de la ley penal, la que deberá tener en cuenta los aspectos esenciales del desarrollo psico-emocional alcanzado. Igualmente deberá disponer de autoridades pertinentes e instituciones que permitan tratar positivamente a los menores en esa situación jurídica.

Quizá uno de los parámetros más concerniente a la temática desarrollada en este trabajo de campo, está dado por el apartado a), de este tercer inciso: los Estados deberán establecer “... *la edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales*”. La interpretación de esta cláusula, aun cuando deja librado al juicio y adecuado arbitrio de cada país la facultad de reglar la edad considerada límite a partir del cual el joven tendría pleno uso sus facultades, conciencia del daño que infringe con sus acciones y responsabilidad por tales actos, deberá determinarse tras un análisis concienzudo, de acuerdo a la evolución cultural de la sociedad en general, y de los infantes en particular, haciendo lo que aquí, en esta investigación pretendemos: determinar si un infante de determinada edad puede ser responsabilizado por hechos ilícitos atribuidos a su actuación.

El apartado b) de este tercer inciso, sugiere la adopción de medidas distintas a las judiciales para el tratamiento de los menores en conflicto con la ley penal, con el fin propender –como lo pretende en toda la normativa-, al respeto de los derechos humanos y garantías legales.

Como conclusión de este artículo 40, el inciso 4, y como una extensión y especificación del segundo apartado del inciso anterior, sugiere varios ejemplos de medidas alternativas, como imposición al niño por su decidida culpabilidad y condena en el proceso desarrollado en su contra. Tales medidas recomendadas serían “... *el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional...*”, y toda otra que pueda servir al infante para su tratamiento adecuado, en pos de su bienestar, siempre teniendo en cuenta la proporción con la calidad de la infracción atribuida.

Entre los pocos artículos que se ciñen al ámbito penal, teniendo al niño como objeto de análisis, este Convenio sienta las bases para la promulgación de legislación que tenga como finalidad individualizar a la persona menor de edad como sujeto, pasible por una parte de ser “controlado” tras su accionar delictivo, dentro de los cánones impuestos de respeto a su dignidad y desarrollo.

Debe notarse sobre esta normativa internacional que siendo asumida por nuestra Nación, la cual además de reconocerla a través de una Ley, tiene fundamentalmente jerarquía constitucional -en virtud del inciso 22 del artículo 75 de la Carta Magna-, se trata de una norma indirecta, fijando patrones a respetar al momento de reglar la aplicación de medidas judiciales de prevención y control sobre los menores, lo cual no es infundado; ésto porque es respetuosa de la diversidad cultural y sociológica de cada Estado, admitiendo que las técnicas de referencia a la que se someterá la elaboración de las leyes serán siempre adaptadas a la idiosincrasia propia de una Nación. Con ésto se quiere figurar que, en la formulación de los preceptos que individualmente un país disponga dentro de su ámbito de aplicación (circunscribiéndonos a la legislación sobre la imputación penal en los menores de edad), se fusionarán las propias concepciones ideológicas sobre la temática, con las pautas y regulaciones inculcadas por la Convención en estudio.

V – NORMATIVA NACIONAL

1. *Reseña histórica*

El reconocimiento de los derechos del niño en nuestro país llegó tarde, casi a fines del siglo pasado, tras una historia nacional con desafortunados antecedentes en la materia: ignorando al niño como sujeto de derecho, objetivizándolo, haciéndolo blanco de “persecución”.

Desde la segunda mitad del siglo XIX, el Gobierno comenzó a dar cuenta del comportamiento infantil, pero en un sentido totalmente antagónico al actual, dictando disposiciones absurdas, que hostigaban el normal desarrollo de actividades propias de infantes.

Así en 1866, el por entonces Presidente, Juárez Celman designó como Jefe de Policía de Buenos Aires, al Coronel Aurelio Cuenca, quien inauguró su gestión con un edicto que rezaba “*Se prohíbe que los menores se entretengan en el juego de barrilete en la vía pública*”.

Años más tarde, en 1892, quien ocupara el mismo cargo policial, Dr. Daniel Donovan, promulgó un edicto por el que se establecía que “... *se prohíbe que los menores jueguen a la pelota en las calles de la ciudad.*” Además, por la misma época se difundía un tipo de reglamentación interna –común a todos los conventillos-, en los que se prohibía a los niños jugar en sus patios.

Esto permitía avizorar que la cantidad de “infantes” que habían llegado producto de grandes afluencia de inmigrantes –aportando un crecimiento poblacional en Buenos Aires que significó un incremento del 116 % sobre los vecinos autóctonos-, era ya motivo de preocupación en el ámbito gubernamental.

Esa etapa de multitudinaria inmigración, extendida entre la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, fue además origen de complicaciones tales como escasez de vivienda, la competencia en la oferta laboral, y episodios de violencia. El gobierno atribuyó éstos últimos sólo a la población foránea, y particularmente a los menores extranjeros, por lo que trató de extremarse en su control más que en su protección, lo que derivó en disposiciones reglamentarias de todo tipo tales como las mencionadas (linderas al ridículo jurídico), las que tendían principalmente a la privación de la libertad del menor.

La situación en ese momento era representada en las siguientes estadísticas: 63 % de vagancia infantil, un 33 % de niños condenados con penas de cárcel, un 34 % de alcoholismo en los jóvenes, el 59 % de los nacimientos ocurridos en las casas de maternidad de la ciudad correspondían a mujeres solteras y menores de edad registrándose en los prostíbulos un 75 % de niñas. El 16 % del total de suicidas correspondía a jóvenes cuyas edades oscilaban entre los 16 y los 20 años. Los índices de mortalidad infantil habían alcanzado el 17 %. El Patronato de la Infancia de la Ciudad de Buenos Aires internó en un período de 32 años (entre 1880 y 1912) a 32.725 niños. En el mismo período murieron dentro de las condiciones de privación a las que eran sometidos el 51 % de esos niños (Aspell, 1999).

En la primer década del siglo XX la injusticia laboral basada en los magros salarios, el exceso de horas laborales, la utilización de mujeres y niños para cualquier tipo de tareas (aun las que insumían esfuerzos no apropiados para sus aptitudes), a cambio de pagos irrisorios, dio lugar a las primeras manifestaciones, algunas de ellas acompañadas por grandes cantidades de jóvenes (incluso algunos oficiando de dirigentes gremiales).

En 1908, este “aprovechamiento” de la situación de la clase obrera que derivara en un hacinamiento sin precedentes, tuvo su punto cúlmine cuando, como consecuencia de un aumento importante de los impuestos en la Ciudad de Buenos Aires, rehusándose los ocupantes de estas viviendas alquiladas pagar esos incrementos, “contagiaron” tal postura a otros en similares situaciones, generándose así la conocida “Huelga de inquilinos”, saliendo a manifestarse en las calles, principalmente mujeres, niños y adolescentes.

“Anarquista se nace” decía el coronel Ramón Falcón mirando a Miguelito Pepe, un orador anarquista de sólo 15 años, que allá en 1907, en la huelga de inquilinos, les hablaba a los chicos y sus madres sobre la injusticia, la miseria y la justa explosión de los explotados. El coronel odiaba a esa gente sucia, extranjera, con ideas raras. Falcón, halcón, miraba esperando el momento de saltar sobre su presa, hay que matarlos de chicos pensaría como otros coroneles de otros años”, (Pigna, 2010).

Por entonces Falcón, era el Jefe de Policía, quien dispuso someter a la maza, provocando la muerte del primer niño martirizado en una lucha de las fuerzas del gobierno contra el pueblo. Los medios de prensa se sumaron al repudio que sentía aquel mal interpretado “caudillo” policial por los jóvenes, implantando el sentimiento en sectores gubernamentales.

Entonces fue cuando en el año 1909, el Diputado del Partido Conservador, Dr. Luis Agote, desarrolló un proyecto de ley conocido como Patronato Nacional de Menores Abandonados y Delincuentes, que recién una década más tarde, y tras cruentos hechos, tanto o más que los que lo motivaron a formular este diseño legal (más adelante nos explayaremos sobre los mismos).

Se sumaba a la concepción mantenida en la época por el sector político y gobernante, la opinión de la prensa; es así como la Revista Caras y Caretas publicaba en 1907: *“...hasta los muchachos toman participación activa en la guerra al alquiler. Frente a los objetivos de nuestras máquinas, desfilaron cerca de trescientos niños y niñas de todas las edades, que recorrían las calles de la Boca en manifestación, levantando escobas “para barrer a los caseros”.*

Por su parte, el diario La Prensa, publicaba por el mismo año, describiendo *“... la acción represiva a mujeres y niños, a cargo del valiente y gallardo Coronel Ramón L. Falcón..., a las 7 a.m. se situaban frente a la casa 112 del cuerpo de bomberos, 50 del escuadrón de seguridad y 50 de la infantería; los bomberos armaron dos líneas de mangueras y se*

colocaron frente a la casa: el interior de ésta fue ocupado por bomberos armados a máuser, y por agentes del departamento de policía.”

Estas publicaciones no hacían más que propagar y acentuar el “desprecio” generalizado en la clase dominante de la época, hacia los niños inmigrantes, refiriéndose en algún punto a ellos como los “niños anarquistas”.

Los jóvenes de la época, tal vez motivados por la acción revolucionaria (entendiendo el término en su concepción “*renovadora*” o “*reformadora*”) de otros adolescentes contemporáneos, tendieron también a revelarse al trato abusivo e inmerecido que sufrían, junto a sus padres, por el sólo hecho de ser trabajadores humildes, mayormente inmigrantes. Cada vez se sumaban más menores a la rebelión, lo que suponía una mayor represión hacia ese sector de la sociedad.

Hipólito Yrigoyen, durante su primer presidencia, entre 1916 y 1922, sostuvo una particular política hacia las huelgas de trabajadores (y sobre niños trabajadores), que variaba entre la represión y la conciliación. Esto no hacía más que ampliar la distancia en la relación que tenían el gobierno y los menores.

Un hecho en particular fue el que dio pie a la implementación de una ley que duró casi un siglo, supuestamente en protección de los menores, pero cuya intención habría sido “someterlos”: a principios de 1919 los trabajadores de la Fábrica Vasena iniciaron una huelga. Como ya se adelantara, en esa época, las demandas conjuntas de los obreros se realizaban acompañados de sus familias. El General Dellapiane organizó un escuadrón policial que se apostó en los alrededores de la fábrica, y comenzaron a disparar a todos los manifestantes, provocando la muerte de cuatro de ellos. El entierro se produjo horas después, en medio de una multitud de trabajadores y sus familias, marchando desde la misma empresa hacia la Chacarita. Al llegar al cementerio se desató una masacre. Según el gobierno, alrededor de 800 personas habían muerto.

Medios de prensa, eclesiásticos de alto rango y políticos, atribuyeron el desorden que desencadenó en ese “baño de sangre”, a *“miles de delincuentes y una multitud de vagabundos compuesta por adolescentes arrojados a los desórdenes por carecer de cuidado y por la indiferencia del gobierno fueron los principales responsables de la violencia”* (Diario *La Prensa*). En tanto que en el Senado, Pedro Echagüe afirmaba *“y lo más grave respecto a la huelga es la parte que desempeñaron en ella jóvenes y muchachos entre los 10 y los 20 años. Ellos han estado en la primera fila arrojando las primeras piedras y encendiendo los primeros fósforos”*.

Declaraciones como las que preceden, trataban de justificar los desproporcionados métodos potestativos del Estado, y daban pie –finalmente- al tratamiento de la ley cuyo proyecto formulara años antes el diputado Luis Agote.

Por su parte, al entrar en vigencia el Código Penal Argentino, en 1921, se legisló sobre menores, admitiéndose la imputación sobre personas mayores de 14 años, límite que subsistió hasta la promulgación de la Ley 14.394, en el año 1954, que derogó los artículos 36 al 39 del Código, en los cuales se trataba sobre ello. Las principales disposiciones de esta norma -con la reforma introducida en el año 1976, a través de la Ley 21.338-, se pueden señalar de la siguiente manera:

- 1) tenía una finalidad esencialmente tutelar y educativa;
- 2) dividió a los menores en tres categorías:
 - inimputables, hasta los 14 años;
 - imputables, entre los 14 y los 16 años, pasibles de sanción eventual; e
 - inimputables, desde los 16 a los 21 años, con tratamiento especial para su detención y prisión.

La Ley 14.394 constituyó un avance legislativo en materia de protección al menor, y durante su vigencia las fallas que se han observado provenían más de la carencia de organismos especializados encargados de su aplicación que de la instrumentación legal misma.

Cuando el Dr. Juan Carlos Landó fue puesto en 1959, a cargo de la Secretaría Privada de la Presidencia, que a su vez comandaba el Consejo Nacional del menor, bregó por aumentar la edad de imputabilidad penal, basándose en estudios que determinaban que el niño aún no había completado su desarrollo físico, óseo y muscular, por lo cual pretendía llevar ese límite a los 18 años, pero consiguió que se legislara a favor de su propuesta, sólo aumentándose ese tope a partir de los 16. Los fundamentos aportados por este eminente médico no eran absurdos, ya que explicaba sus afirmaciones sobre el desarrollo físico, no pretendiendo que sólo se tratase de que el menor madurando físicamente sería apto para la comprensión de la criminalidad de sus actos, sino que ese crecimiento orgánico era acompañado exactamente en la misma forma por la evolución mental. Decía el Dr. Landó que *“la madurez es una tabla interna del menor que va aportando elementos que terminan definiendo la personalidad del mismo”*.

Este límite en la edad de imputabilidad del menor, logrado por la gestión del Dr. Landó – como sabemos-, subsiste hasta el día de hoy; no así la Ley de Régimen de Menores y Familia (14.394), en lo que a nuestro estudio atañe, ya que sus primeros trece artículos –que trataban sobre la materia de interés-, fueron derogados en el año 1980, por la Ley 22.278.

2. *Ley N° 10.903: Patronato de Menores*

Retomando el tema de la vulnerable y crítica situación social generada por la violenta actuación del Estado Nacional en las primeras décadas del siglo XX, tras la revuelta originada a principios del año 1919 (referida anteriormente), el Dr. Luis Agote encontró la oportunidad para realzar la importancia de su olvidado proyecto, aprovechando esos terribles sucesos para usarlos a su favor, argumentando que la mayor parte de la responsabilidad era de *“pilluelos... chicuelos que viven abandonados, en los portales y sitios oscuros de la Capital Federal”*. Así, antes de finalizar el año 1919, la Ley de Patronato de Menores era promulgada por el Congreso de la Nación.

Durante el tratamiento de su proyecto -el que no casualmente nació bajo el título “Ley de Patronato de Menores Abandonados y Delincuentes”, suprimiéndose en su promulgación los dos últimos términos-, Agote expuso en la Sesión de Diputados del 28 de Agosto de 1919: *“Yo tengo la convicción profunda de que nuestra Ley falla si no llegamos a suprimir el cáncer social que representan 12 a 15 mil niños abandonados moral y materialmente (que) finalmente caen en la vagancia y después en el crimen”*. El diputado conservador proponía algo muy simple: *“recluirlos (a los niños) en la isla Martín García. Allí hay condiciones suficientes para el alojamiento de 10 mil menores vagabundos”, quienes “provistos de elementos de trabajo, y bajo una buena vigilancia moral, se convertirán en hombres buenos y sanos para el país”*.

Quienes lo auxiliaron en sus fundamentaciones no se privaron de exponer la verdad respecto de la esencia de esta ley, que fuera sancionada bajo el N° 10.903: *“El Estado tiene el derecho de secuestrar a los menores cuya conducta sea manifiestamente antisocial, peligrosa, antes de que cometan delitos... No hay en ello restricción de libertad civil: el menor no la tiene y sólo se trata de sustituir la patria potestad por la tutela del Estado”*. Se seguía así dentro de la lógica que creara el complejo tutelar del ideario sarmientino que sostenía... *“El niño no tiene derechos, no tiene por sí representación, no es persona según la ley. Es menor”*; tales las expresiones de políticos de la época difundidas en medios de prensa contemporáneos.

Esto fue una especie de “secuela” de un sistema represivo iniciado con la Ley 4.144, conocida como Ley de Residencia (promulgada en 1902, que permitía al gobierno expulsar a los inmigrantes sin juicio previo), siendo ésta vez objeto de la reglamentación sus hijos.

La ley 10.903 daba absoluta potestad a los jueces, al Consejo Nacional del Menor y al Ministerio Público de Menores para disponer de los menores, bajo un denominado “Patronato Nacional de Menores”. Las posibilidades que brindaba esta ley sobre los menores llegaba a extremos tales como el de poder privar a la madre de la patria potestad de sus hijos “por contraer nuevas nupcias” (art. 308 del Código Civil, ordenado por art. 3, de la ley en estudio), entre otras reglas carentes de logicidad.

No existía una distinción de los menores cuando resultaban acusados en causas criminales, o víctimas en el mismo ámbito, o aun cuando se hallaban en situación abandono material o moral, permitiéndoles a los jueces “disponer” de ellos, a través del Consejo Nacional del Menor, lo que implicaba privarlos de su libertad “para su protección”. Tal medidas protectorias se podían extender por tiempo indeterminado, o hasta que el menor llegara a la edad de veintiún años (arts. 14 y 15).

En tanto el art. 19, brinda la posibilidad a los padres o tutores sobre quienes hayan “dispuesto” los jueces de recurrir las decisiones judiciales, para lo cual indicaba que: “... Esta oposición se substanciará en una audiencia verbal, con las pruebas que ordene el juez o indique el recurrente, si el juez las juzgare pertinentes...”. Por esta disposición se otorgaba al magistrado no sólo el control del procedimiento, sino también de la prueba, ya que él indicaba cuáles debían ser los medios, o si lo sugería el progenitor o tutor que se oponía, debía previamente ser autorizada por el juez, de acuerdo a su criterio de utilidad y, conforme al ideario dominante en la época (subsistente hasta algunos años atrás), pocas eran las posibilidades de autonomía objetiva con que contaban los reclamantes.

El artículo 21, era crucial a los efectos de posibilitar la interpretación más amplia a que diera lugar esta reglamentación, disponiendo que “... *se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.*” Precepto jurídico que en toda su extensión permite advertir sobre las vastas oportunidades de apreciación de las simples conductas que eran aptas para poder privar de su libertad a un niño: a tal extremo llegaba la glosa que podía ejecutarse a su tenor que autorizaba a detener a un niño que ejerciera el oficio de “canillita”.

La vigencia de esta Ley de Patronato de Menores se extendió hasta el año 2005, cuando la Ley 26.061 daba por terminado el largo período durante la que se mantuvo, según reza el “**ARTICULO 76. — Derógase la Ley N° 10.903, los decretos nacionales: N° 1606/90 y sus modificatorias, N° 1631/96 y N° 295/01.**”

3. *Proyectos*

El pueblo elige libremente a sus representantes ante el Estado: los legisladores que integran el parlamento, y cuya misión es interpretar la voluntad popular y plasmarla en normas jurídicas.

Bien sabido es que esa interpretación de la intención pública no implica obedecer fielmente lo que se demanda, ya que deberá hacerse un estudio profundo del origen del requerimiento, basado generalmente en una situación social particular, un problema actual; deberán estos legisladores analizar los aspectos legales que afectan y favorecen la creación o modificación de la legislación vinculada a la temática, y hacer un cotejo con el derecho comparado.

Hay ocasiones en que tanto se atiende a los cánones de los aspectos conexos a la futura implementación de una ley, que se pierde de vista la real demanda popular. O tal vez no fue tan exhaustivo el estudio previo a la implementación de la norma, por lo que no se produjo el resultado esperado. Y hasta quizá, atendido el clamor, realizado el estudio, se creó la ley, adecuada a derecho, pero los efectos no fueron los esperados, y no se procuró –tal vez por creer resuelto el “asunto”- adecuar definitivamente ese nuevo precepto al inconveniente que ocasionó el reclamo de la sociedad local.

Tal vez ésto –un poco de cada situación-, haya sido lo que ocurrió y ocurre actualmente con la legislación general que trata sobre los menores y su relación con la actividad delictiva.

La delincuencia juvenil agobia a la población nacional, que reclama protección; el gobierno desde muchos años atrás elabora leyes que tratan de contener la demanda social, pero no lo logra adecuadamente.

Los proyectos se suman y se pierden en los archivos del Congreso, tras frustradas intenciones de elaborar una ley que derive en una mengua de los índices de hechos delictivos de gran violencia, cometidos por menores inimputables. Es de destacar que en los varios presentados en las últimas décadas, desde poco después de reinstaurada la democracia en la nuestro país, siempre han tenido el común denominador de disponer entre sus normas, la disminución de la edad de imputabilidad penal, entre otras disposiciones tendientes a contener a los jóvenes delincuentes, sin privarlos de los elementales derechos reconocidos internacionalmente y a través de nuestra Constitución Nacional.

Tal vez éste sea el punto de discordia principal que se plantea entre los promotores de tal disminución etaria, y quienes no la avalan: el argumento sostenido por éste último sector que refiere que bajar la edad a partir de la cual se considere que un niño puede ser responsabilizado penalmente por un acto ilícito, implicaría ir en contra de las disposiciones legales de mayor jerarquía a las que debemos circunscribirnos.

Uno de los proyectos sobre el tema fue presentado por el Poder Ejecutivo de la Nación ante la Cámara de Senadores de la Nación, en Junio de 2004, denominado “Proyecto Nacional de Responsabilidad Penal de los Menores de edad en el Marco del Plan Estratégico de Justicia y Seguridad Nacional”. Del articulado expuesto en dicho diseño legal, Gentile Bersano (2007), destaca los más relevantes:

- 1.- se tratará de adecuar la normativa nacional a las normas internacionales;
- 2.- se aplicará un sistema procesal similar al de los mayores de edad;
- 3.- bajará la edad de imputabilidad de los menores punibles, que se situará entre los 14 y los 18 años;
- 4.- se implementarán penas alternativas;
- 5.- las sanciones que pesen sobre los jóvenes serán cumplidas en establecimientos especiales; y,
- 6.- se intentará establecer un equilibrio entre seguridad y garantías.

Según las críticas de este eminente jurista y doctrinario santafesino, las falencias de que goza el proyecto, son tan evidentes que revisten no pocas objeciones, como por ejemplo –y siguiendo el mismo orden de mención–:

1º) la normativa nacional ya fue adaptada a la internacional; no obstante reconoce que faltarían algunas reformas que completaran esa adecuación, pero no son mencionadas en el proyecto;

2º) la aplicación de un sistema procesal que sin ser igual, sea semejante al de los adultos, se centra en la idea que primero debería analizarse si el sistema procedimental de éstos funciona convenientemente, como para tomar idea de él;

3º) en cuanto a la baja en la edad de imputabilidad expone algunos criterios en disidencia, como por ejemplo que, “... *al sancionar al menor delincuente, lo hacemos víctima en mayor proporción que a los demás sujetos de la sociedad en que vive y de la que todos somos responsables.*”

4º) a la aplicación de medidas alternativas lo reconoce como un avance, por lo que no le infiere críticas;

5º) la previsión de cumplimiento de privación de libertad en establecimientos especiales, es una formalidad que ya está prevista en la legislación actual, por lo que se redundaría si se legislara sobre ello;

6º) según este mismo magistrado, el equilibrio pretendido entre seguridad y garantías, parte de ideas contrapuestas, ya que “... *no se puede lograr seguridad sin respetar las garantías que se propone violentar con algunas de las normas*”.

Las opiniones de Gentile Bersano, son coincidentes con otras del ámbito jurídico, por lo que los temas del proyecto que fueron motivo de análisis de su parte, sus desaciertos, habrían derivado en el “abandono” de su tratamiento por parte de los legisladores nacionales.

Sumado a los estudiosos, científicos del derecho y doctrinarios, ocurre que no pocas veces las cuestiones políticas están involucradas en las decisiones a tomar por quienes tienen la

autoridad, y , si a eso debe sumarse la circunstancia de que para adoptar esas determinaciones deben coincidir varias voluntades (nos referimos a las mayorías necesarias para estudiar un proyecto y aprobarlo o no), se torna tanto más complejo llegar al fin pretendido, ésto es sancionar una normativa que responda a las necesidades actuales de sujeción y contención de los jóvenes a los que se atribuye la comisión de hechos delictivos, que hoy no se encuentran comprendidos en un rango de aplicación de la justicia penal.

En consecuencia: la sociedad no está conforme, porque considera que los responsables de brindar seguridad y justicia no cumplen su función, y ellos (también movidos por controversias políticas), hacen saber que aplican la ley tal como está establecido, por lo que implícitamente trasladan la responsabilidad por la falta de solución a la inadecuada legislación, pocas veces actualizada, y cada una de ellas con falencias en muchos sentidos. Es evidente el círculo vicioso que se genera, sin que se sepa realmente cuál es la solución más acertada.

4. *Legislación vigente*

Hasta ahora, se hizo un tratamiento de la normativa nacional y supranacional que se encarga de proteger los derechos de los menores de edad, imposibles de desconocer aun cuando apuntamos a determinar la posibilidad de suponer responsabilidad penal a menor edad. Sin embargo, circunscribiéndonos a ese tema, abordaremos la legislación argentina que se ocupa de la penalización de los hechos cometidos por ellos.

a) Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad

De los mandamientos legales vigentes en el ámbito criminal que se ocupan de los menores, y siguiendo un orden cronológico, el primero es la Ley 22.278, del año 1980, sobre Régimen Penal de la Minoridad, tema del que se ocupa a lo largo de sus trece artículos (realmente son doce, ya que el último es “de forma”).

Desde su primer artículo fija el límite biológico de crecimiento a partir del cual se considera a la persona punible: será a partir de los 16 años, excepto por la comisión de delitos de acción privada o aquellos cuya pena privativa de la libertad no exceda de los 2 años, o penados con inhabilitación o multa; respecto de ellos, recién será considerado penalmente responsable a partir de los 18 años.

Aquí el legislador determina una condición objetiva de punibilidad, cual es la edad, *iure et de iure*, ésto implica que no admite prueba en contrario: ergo, la menor edad es causa de exclusión de la punibilidad. A pesar de ser la ésta objetiva, su fundamento está en lo subjetivo del menor, la presunción de su falta de madurez o desarrollo psicofísico.

A tenor de lo ello, se exime a los jóvenes que aún no llegaron a su mayoría de edad de responsabilidad por ilícitos considerados leves, por el menor desarrollo de violencia que implican, los que se encuentran esquematizados con penas de menor cuantía. Así, un joven de 17 años que cometiera un hecho cuyas características sean tipificadas como “Hurto”, cuya penalización en nuestro Código Penal prevé una pena de prisión que va entre un mes y los dos años (art. 162, C.P.), no será punible para el derecho argentino. Distinta será la situación de ese mismo joven si cometido un ilícito similar, la acción incluyera alguna causa agravante, como lo sería que para perpetrar el mismo hecho (por ejemplo, sustraer una bicicleta del patio de una vivienda), escalara un obstáculo dispuesto por el propietario (si trepara la tapia –de altura superior a 1,80 metro, según la actual jurisprudencia-, para desposeer el mismo elemento); ya que en este caso el hecho simple del “Hurto”, resulta agravado, y el tipo dispone una sanción de prisión de uno a seis años (art. 163, inc. 4º, C.P.)

En la párrafo final del mismo precepto establece que cuando el menor fuere procesado por delitos de los que pudiera ser punible, el juez, si estableciera que el lugar en que desarrolla su vida es nocivo para él, o presenta problemas de conducta, o está abandonado, o falta de asistencia, dispondrá definitivamente sobre él, previa audiencia con sus padres o encargados legales.

Por la época en que esta ley fue sancionada –plena época del gobierno inconstitucional de facto-, estando aún vigente la Ley 10.903, que entre sus principales postulados permitía privar de libertad a los menores por el sólo hecho de estar abandonados, es evidente la influencia que ejerció sobre aquella, notándose en el contenido analizado en el párrafo precedente. De más está decir que, tanto como fue criticada hasta que se derogó la Ley de Patronato de Menores, esta ley recibe al día de hoy críticas similares por varios motivos, entre otros, por esa facultad que le otorga a los magistrados de menores de “disponer” de los niños.

No obstante tales objeciones, debe rescatarse que en este caso, y a diferencia de las disposiciones relativas de la vieja ley, aquí se circunscribe a los menores abandonados sobre quienes pese imputación delictiva, apartándose así de la anterior concepción, que abarcaba

aún a los que no tenían ninguna vinculación a actividad ilícita y sólo carecían de morada y/o familia.

El segundo artículo de esta ley redunda en sus primer y último párrafo, ya que será punible aquel menor de dieciséis a dieciocho años que cometiera un delito que no estuviera comprendido en la mención del artículo anterior, por una parte; y finalmente repite lo plasmado al final de la misma norma, en cuanto al poder de disposición otorgado a los magistrados sobre el menor, si se comprueba su abandono, falta de asistencia, etc., incorporando la frase “*Cualquiera sea el resultado de la causa...*”, realzando las posibilidades de actuar sobre la persona del joven.

En el segundo párrafo de este mismo precepto reafirma la disponibilidad a que será sujeto el joven durante la tramitación de la causa.

El artículo tercero es, en sus tres incisos, una glosa del poder de disposición antes referido de que gozan los jueces. Así el inciso a) lo autoriza a “*ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor...*”, con la salvedad que podrá variarlas si fuera necesario. El inciso b) restringe –a consecuencia de la medida tutelar judicial- la patria potestad. El tercer inciso, el c) habilita al órgano decisor a discernir sobre la persona o institución que tendrá en guarda al menor.

Finalmente se aclara que tal disposición (en cualquiera de las formas descriptas), puede concluir por dictamen fundado, o al llegar el menor a la mayor edad.

En el año 1989 (nueve después de su entrada en vigencia), se incorporó por Ley 23.742, el artículo 3° bis, a la normativa en estudio, en el que se dispone quién será la autoridad administrativa que se encargará de las internaciones dispuestas por los magistrados: la autoridad técnico administrativa con competencia en el ejercicio del patronato de menores.

Los jueces tienen la facultad de ordenar a ese organismo administrativo que se ocupe del alojamiento de los jóvenes, o pueden ellos mismos disponerlo en otras instituciones públicas o privadas.

Avanzando en la regulación de las herramientas que provee este sistema normativo al órgano judicial que interviene en los asuntos sobre menores acusados de delitos, el cuarto artículo decreta algunas restricciones previas a la aplicación de la pena: a) que haya sido declarada su culpabilidad penal y civil (si concurriera), b) que haya alcanzado la edad límite: los 18 años, y; c) que haya sido puesto bajo tratamiento tutelar de no menos de un año, o a un período de tiempo mayor, si aún no hubiera llegado a aquella edad.

Resultando satisfechas estas estipulaciones, aún al juez le cabe realizar un análisis de las circunstancias personales del imputado, y circunstanciales del hecho atribuido; así es como deberá investigar los antecedentes que detenta el menor, si el tratamiento a que fue sometido resultó fructífero o no, contactarse directamente con él, a fin de tomar una “impresión directa”. Si tras ese examen sociológico, el magistrado considera que es ineludible imponerle sanción, tendrá la opción de hacerlo reduciendo su cuantía en la forma prevista para la tentativa del delito atribuido.

Promulga el quinto artículo de esta ley, que no serán aplicables al menor juzgado por la comisión de delitos ocurridos antes de cumplir dieciocho años, los preceptos referidos a la reincidencia los 18 años.

Por otra parte establece que si el proceso seguido en su contra, fuere a raíz de ilícitos penales cometidos tras pasado ese límite etario, el juez tendrá la potestad de tomar a consideración las sanciones aplicadas por hechos consumados en la menor edad, por lo que tendrá el albedrío de considerarlo “reincidente” o no.

Seguidamente se dispone en el artículo seis, que si al menor le fuera impuesta pena privativa de su libertad, ella se efectivizará en institutos especializados. Cuando aún continuaran en esa situación al cumplir los dieciocho años, deberán ser alojados en establecimientos habilitados para adultos, hasta el cumplimiento de su condena.

El artículo siete consolida lo ya impuesto por esta normativa en sus artículos 1° y 2°, acerca del poder de disposición que brinda a los órgano jurisdiccional, imponiendo además la privación o suspensión de la patria potestad, la guarda o la tutela, cuando fuera conveniente.

El octavo artículo prevé la posibilidad que aun cuando el joven hubiera cometido el ilícito en su menor edad, el juicio se iniciara o reanudara en fecha posterior a alcanzar los dieciocho años; en cuyo caso podrá obviarse el requerimiento de imponerle al acusado un tratamiento tutelar de un año o más (en caso de faltarle más tiempo para cumplir los 18). En caso de inconveniencia o imposibilidad de disponer ese régimen, se sustituirá (o complementará, si sólo hubiese podido ser tratado brevemente), con un informe completo sobre su conducta.

Si el imputado fuera mayor de esa edad (y menor de veintiún años, de otro modo sería tratado simplemente como un adulto), se reemplazará aquel tratamiento tutelar con la información mencionada anteriormente.

Aclara el artículo noveno que toda la normativa de esta ley alcanza a los jóvenes menores de dieciocho años, aunque fueran emancipados; autorización administrativa o judicial que no representará ningún beneficio en este aspecto para el joven.

El décimo artículo se vincula al sexto, ordenando que se internarán en los mismos institutos de contención o privación de la libertad a los que fueran derivados los menores que hubiesen alcanzado los dieciocho años en pleno cumplimiento de su condena, a los menores adultos, es

decir a los que cuentan con dieciocho hasta veintiún años; ésto es, a los establecimientos para adultos.

Fija el onceavo artículo las pautas de colaboración interjurisdiccional entre los magistrados y de cualquier parte del país, que tiendan a dar cumplimiento a medidas tutelares. Tales medidas incluirán requerimientos tales como exhortos, suplicatorias, delegación de competencia, etc.

Por fin, el artículo doce es derogatorio de artículos de las leyes N° 14.394, sobre Régimen de Menores y Familia y la N° 21.338, sobre régimen penal dispuesto durante el gobierno inconstitucional de facto (no teniendo incidencia sobre la temática en estudio).

b) Ley 23.849, Adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño

Tras la adopción por los Estados firmantes de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), nuestro derecho la reconoció de manera casi inmediata, mediante la promulgación de la Ley N° 23.849, en Octubre de 1990. Este ordenamiento jurídico patrio no hizo más que ratificar el texto mismo de aquella norma internacional, con unas pocas salvedades (que no son de relevancia al tema tratado en esta obra), sólo una en relación a la aclaración sobre la edad en que se considera “niño” a una persona, en los siguientes términos: “... *la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*” (art. 2, 2° párrafo).

De esta manera, nuestra normativa nacional se ciñe aún más que la Convención misma, ya que ésta autoriza a darle otra extensión a la edad en que se considera *niño* a una persona, refiriéndose “... *al 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” (art. 1). Claramente este precepto habilita a que los Estados puedan desplazar la “línea que divide” un niño de un adulto, de acuerdo a las diversas disciplinas del derecho, licencia que no fue suscripta por nuestros legisladores.

Por tratarse de una ley que “adopta” (como lo reza su título) lo dispuesto en la Convención, y haber sido ésta convenientemente tratada, nos remitimos a lo allí expuesto.

c) Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

En Octubre el año 2005, se promulgó en nuestro país la Ley 26.061, denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En su conjunto trata sobre las disposiciones ya prescriptas por la Convención sobre los Derechos del Niño, receptada “literalmente” por la Ley 23.489, pero en este caso formalizándose con normas de aplicación directa.

En este caso los preceptos que la componen, mayormente se encargan de brindar – reafirmando- los derechos y garantías de que deberán gozar los menores de edad, reiterando sí, lo pretendido por la Convención, adecuándolo a los postulados nacionales en la materia y determinando las instituciones y autoridades gubernamentales, administrativas y judiciales que se encargaran de velar por el cumplimiento y aplicación de los mencionados derechos y garantías. Es decir, el propósito fundamental de esta ley es protectorio de los niños y adolescentes, que se hace manifiesto en el tercer artículo, donde de algún modo define el “interés superior del niño”, enumerando algunos de los derechos que deberán respetarse en su provecho.

Presenta como novedoso, en su sexto artículo, el “compromiso” a que sujeta a todos los integrantes de la sociedad de velar por el cumplimiento y no violación de las disposiciones de esta norma, denominándolo como “participación comunitaria”.

En cuanto al aspecto útil a nuestra investigación, convalida implícitamente en su artículo segundo que todas sus disposiciones, derivadas del respeto por la Convención de los Derechos del Niño, será aplicable a las personas de hasta dieciocho años de edad.

El artículo diecinueve refiere al derecho a la libertad del que gozarán las personas protegidas por esta ley, fijando dos pautas de interés particular:

- a) En su penúltimo párrafo, asiente que los menores pueden ser privados de ese derecho fundamental, teniendo como límite el ordenamiento jurídico vigente. Es decir, confirma el principio de legalidad al que se circunscriben toda nuestra legislación.
- b) El último párrafo de este artículo reafirma este concepto, y define lo que deberá entenderse por privación de la libertad personal: “... *ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad...*”

El vigésimo séptimo artículo brinda a los menores garantías procesales: atribuye a los organismos del Estado el deber de garantizarles:

1º) posibilidad de ser oídos por la autoridad cuando lo soliciten;

2º) que su opinión sea tomada en cuenta al tomar una decisión que les concierna;

3°) ser asistidos por un letrado a lo largo del procedimiento judicial o administrativo que lo afecte;

4°) participar en todo el procedimiento; y,

5°) poder recurrir la decisión que lo perjudique.

Crea y reglamenta los órganos administrativos que bregarán por la protección de los derechos enumerados a lo largo de su articulado, previendo que los designados, serán a nivel nacional, en cuanto les corresponde a las provincias, implementar las autoridades u órganos de planificación y ejecución de las políticas de la niñez.

Los organismos nacionales entonces son:

- a) Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia;
- b) Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia;
- c) Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; y,
- d) Las O.N.G. (Organizaciones no Gubernamentales).

Finalmente, por aplicación de esta normativa, culmina la vigencia de la Ley de Patronato de Menores, según reza el “*ARTICULO 76. — Derógase la Ley N° 10.903...*”

d) *Ley Provincial N° 9.944, de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba*

Esta norma provincial es muy similar –idéntica en algunos aspectos, por haber sido reproducidos literalmente sus artículos- a la ley analizada anteriormente, la N° 26.061. Enumera los mismos derechos y garantías:

1.- reconoce el “interés superior del niño”;

2.- dispone la misma edad hasta la que deberán ser protegidos por estas disposiciones, dieciocho años (art. 2°),

3.- reconoce la misma posibilidad de privar de su libertad bajo los mismos cánones (art. 22°),

4.- otorga los mismos derechos procesales: a ser oído, a considerar su opinión, ser asistido por letrado, participar activamente en el procedimiento y a recurrir la resolución que lo implique perjudicialmente.

Las diferencias que a destacar en cuanto a la ley nacional, es la creación de los órganos de actuación; así es que designa como autoridades administrativas de aplicación a:

1°) la *Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia* (arts. 6 y 36), para la aplicación del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba;

2°) la que contará con la colaboración de la *Comisión Interministerial de la Niñez, Adolescencia y Familia* (art. 38), integrada por ministros dependientes del Poder Ejecutivo del Gobierno Provincial; y,

3°) las *Organizaciones no Gubernamentales* (art. 58).

Por su parte, instituye también órganos judiciales especializados y les asigna sus competencias, tanto como a los ya constituidos:

1º) la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, que tendrá competencia para resolver en única instancia en delitos atribuido a los menores punibles, imponer penas o medidas correctivas, entender en recursos de apelación contra resoluciones de Jueces de la Niñez o Penales Juveniles (art. 63).

2º) Juzgado de la Niñez, Juventud y Violencia Familiar, tendrá facultad de intervenir en el control de legalidad de medidas excepcionales tomadas respecto a menores por el órgano administrativo pertinente, en casos de violencia familiar, sobre el otorgamiento de guardas pre-adoptivas, para entender en casos de denuncias por vulneración de los derechos insertos en esta norma, y las superiores que sirven de modelo (art. 64).

3º) Juzgado Penal Juvenil, dispondrá de competencia para juzgar en causas por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en que resultaran damnificados los menores, por medidas cautelares, de coerción y protección, durante el procedimiento judicial seguido en su contra, conocerá y resolverá también sobre delitos atribuidos a menores por su edad, para juzgar faltas cometidas por menores (art. 65).

4º) Fiscal Penal Juvenil: tendrá a su cargo practicar la investigación preparatoria en delitos de acción pública en que fueran acusados menores de dieciocho años, debiendo ejercer acción penal pública en los juicios ante los Jueces y Cámara de la Niñez, Juventud y Violencia Familiar (art. 66).

5º) Asesor de la Niñez y Juventud: a quien corresponderá representar al menor conjuntamente con sus representantes necesarios, en los casos a que se refiere la ley, asesorar y patrocinar a las niñas, niños y adolescentes imputados hasta que contara con defensor (art. 67).

Subsidiariamente atribuye competencia al Juez de Control de las jurisdicciones interiores donde no se contara con los magistrados enumerados en los apartados 2º y 3º de este trabajo; y en caso de no contar tampoco con Juzgado Penal de Control, entenderá el Juez en lo Civil, o de Familia en turno (art. 68).

Siguiendo con el análisis de los aspectos de esta ley provincial, más relevantes a nuestro estudio, en el artículo 71 se impone la realización de informes periódicos sobre menores imputados de delitos, disponiendo que “...*el Juez Penal Juvenil deberá mantener contactos de manera periódica y personal con las niñas, niños y adolescentes institucionalizados, a los fines de oírlos e informarles periódicamente sobre el estado de las causas respectivas*”. Para ello, podrá disponer de un equipo técnico judicial, y de los informes elaborados se tomará razón en forma vinculante (art. 72).

Determina también esta ley disposiciones generales sobre el procedimiento penal a llevar a cabo cuando fueren menores de dieciocho años los imputados; remarcando el objeto primordial del mismo, que es la “... *protección y asistencia integral de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal...*” (art. 82).

Cuando el Juez Penal Juvenil (o quien corresponda si no lo hubiere), tuviera a su cargo la investigación de un delito cometido por un menor no punible, obrará de acuerdo a las normas constitucionales y legales sobre la materia, siendo de aplicación subsidiaria el Código Procesal Penal de la Provincia (art. 92). Esto implica que podrá eximir al menor de la imposición de medidas cautelares, derivándolo a organismos de servicios alternativos de protección (art. 93). Si se resuelve una medida de coerción privativa de su libertad, el menor deberá ser inmediatamente puesto en un establecimiento idóneo para su protección, y decidirá el juez las medidas provisorias que correspondan (art. 94).

El artículo 99 proscribire que la detención de una persona menor de dieciocho años, durante la investigación del delito que se le atribuye, pueda ser superior a treinta días. Cumplido ese plazo, sin haber una decisión en cuanto a aplicación medidas autorizadas sobre él, será entregado a sus padres.

El siguiente artículo determina las condiciones que deben darse para aplicar una medida de privación de la libertad del menor: al ser la medida cautelar más restrictiva, la ley provincial deben analizarse las siguientes circunstancias:

- a) Deben existir elementos convictivos capaces de evidenciar la participación del niño en el hecho que se le atribuye;
- b) Deberá ser el recurso más conveniente e imprescindible para que la marcha de la investigación no resulte alterada;
- c) Tendrá que tratarse de un delito sancionado con pena privativa de la libertad con un mínimo no inferior a tres años, es decir, debe ser un hecho de cierta gravedad, por ejemplo: un joven que le pega a una persona en un ojo, haciéndole perder la vista, resulta una “lesión gravísima”, cuya condena puede abarcar entre tres y diez años de prisión;
- d) En caso de no darse esta última condición, si el menor fue declarado rebelde en un proceso anterior o abandonó el domicilio paterno o de su guardador, podrá también aplicarse la medida cautelar aquí analizada (art. 100).

Si el proceso de investigación no puede concluir convenientemente que el menor tuvo participación en el hecho que se le atribuye, o no hubiere peligro en que pueda entorpecer el desarrollo del proceso o la actuación de los órganos intervinientes, deberá ser puesto en libertad. El magistrado interviniente deberá hacer un estudio de esas posibilidades en forma periódica, cada tres meses (art. 101).

Al serle concedida su libertad, se deberá trasladar al menor a un establecimiento idóneo, donde tendrá educación multidisciplinaria (art. 102).

Hasta aquí se dio tratamiento a la normativa convencional (sobre convenciones y tratados internacionales), y nacional atinente a los menores en conflicto con la ley penal, sus derechos, garantías y las medidas aplicables en su caso. Sin embargo, sería valioso, o al menos interesante, conocer cómo se trabaja en esta temática en otros países del mundo, qué medidas aplican en cuestión de derecho penal sobre los jóvenes y demás cuestiones de relevancia en la materia.

5. *Derecho comparado*

Cualquier decisión que conduzca a la creación de una normativa aplicable a su territorio, que deban tomar los legisladores en cualquier lugar del mundo, deberá basarse principalmente en estudios sustanciales sobre las materias sobre las que verse el proyecto, los que serán auxiliados por las fuentes usuales del derecho, como los tratados internacionales, legislación interna, doctrina, jurisprudencia, principios universales del derecho, usos y costumbres, etc.

No obstante, no puede dejarse de lado un análisis (aun cuando no sea acabado como el uso de otras fuentes), del derecho aplicado en el resto de los países, y sobre todo en los que están dentro de nuestra región, vecinos, los que, a pesar que posiblemente tengan distintos hábitos y usos, habrá algún punto de coincidencia en su idiosincrasia, que nos permita hacer un cotejo con la nuestra, y con el tratamiento legal que le dan –ya en nuestro caso específico-, por ejemplo a la “delincuencia juvenil”.

Según Carranza y Maxera (2005), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), marcó un hito en la regulación de la minoridad en su relación con la delincuencia, en la región latinoamericana: antes de esta Convención los sistemas legales eran más bien de índole tutelar, ya que, al considerarse inimputables a los menores (de acuerdo a la edad determinada por cada país), no considerándose los susceptibles de sanciones, sino sólo de protección. Tras el acuerdo celebrado en las Naciones Unidas, que diera origen a la Convención, las legislaciones variaron hacia “modelos de justicia”, por cuanto, cuando un menor infringe la ley penal debe ser sometido a un sistema de justicia especial, siempre de acuerdo a los cánones establecidos en la Convención.

Por ello es que notaremos que la normativa sobre Derecho Penal de Menores es en todos los casos (en todos los países latinoamericanos), de fecha posterior a dicha Convención.

Haremos en este punto una breve reseña de la aplicación de sanciones punitivas sobre jóvenes en los países de la región:

1.- Uruguay en el *Código de la Niñez y la Adolescencia* (del año 2004), fija la edad de imputabilidad penal, a partir de los *trece años*, para delitos de extrema gravedad, como el homicidio, homicidio agravado, extorsión, secuestro y violación, rapiña (en nuestro derecho “robo”), con privación de la libertad, con un límite máximo de cinco años. Aun así, las penas previstas para esos casos son tan permisivas, como la “semi-libertad controlada”, que produce que la mitad de los jóvenes acusados y condenados a penas privativas de libertad haya escapado de las instituciones que los mantenían bajo control. No obstante cuenta con tantas exigencias que realmente se entiende como plenamente responsable a la persona recién a partir de los dieciocho años. Tanto es así que desde el año 2010 hay un intenso debate en las esferas políticas (que llega al común de la sociedad uruguaya), acerca de la necesidad de disminuir la edad de imputabilidad penal a los *dieciséis años*. Debemos destacar que en este país vecino se registra un incremento de los hechos delictivos más violentos cometidos en muchos casos (la mitad de ellos según informes estadísticos), por adolescentes que no pueden ser juzgados o condenados.

2.- Brasil cuenta con el *Estatuto de la Niñez y la Adolescencia*, promulgado en 1990, donde limita las posibilidades de declarar punible a una persona hasta cumplir los dieciocho años.

3. Chile, en su *Ley de Responsabilidad Penal Adolescente*, del año 2007, establece que podrán ser imputados por la comisión de delitos penales las personas entre 14 y 18 años, dividiendo este período en dos segmentos, desde los 14 a los 16, y desde los 16 a los 18, previendo un amplio catálogo de sanciones que serán determinables por su gravedad, reservándose las penas privativas de la libertad sólo para los delitos más graves y a partir de los 14 años.

4.- El Salvador, con sus *Leyes del Menor Infractor*, complementada con la *de Ejecución de Medidas*, vigente desde 2004, prescribe que el menor será imputable a partir de los doce años; desde esa edad y hasta los dieciséis podrá imponérsele una pena de hasta cinco años de prisión, en tanto que entre los dieciséis y los dieciocho, se sancionará con penas que impliquen la mitad de la establecida para el caso de comisión del ilícito por adulto.

5.- Honduras, y su *Código de la Niñez y la Adolescencia*, del año 2002, impone sanciones penales a menores desde los doce años, pudiendo ser privativas de libertad con un límite de ocho años.

6.- Perú, a través de su *Código de los Niños y Adolescentes*, basado en las especiales disposiciones que tiene en su denominada *Ley Antimaras* (sería anti-pandillas), impone sólo sanciones privativas de la libertad, a los jóvenes a partir de los doce años.

7.- Bolivia cuenta con el *Código del Niño, Niña y Adolescente*, vigente desde el año 2000, en el que se establece que se considera niño a toda persona que no haya cumplido los doce años (carente absolutos de responsabilidad), a partir de esa edad, y hasta los dieciséis será reputado como adolescente, quien al momento de incurrir en un delito penal se le atribuirá la llamada “responsabilidad social”, por la cual quedará bajo la responsabilidad del Estado, que dispondrá de medidas correctivas, pero en ningún caso implicarán privación de su libertad. Desde los dieciséis años será juzgado y condenado como un mayor adulto.

8.- Paraguay, en su *Código de la Niñez y la Adolescencia*, promulgado en el año 2001, estatuye que serán imputables por la comisión de ilícitos penales los menores desde los catorce años, a quienes se le podrán imponer medidas socio-educativas, y sólo en caso que estas fueran insuficientes se los privará de su libertad, por un término máximo de ocho años.

9.- México, en su *Sistema de Justicia Penal de Menores*, del año 2005, prevé la punibilidad de los niños desde los 12 años, habilitando penas privativas de la libertad, con todas las garantías procesales pertinentes.

10.- Venezuela, en su *Ley Orgánica del Niño y del Adolescente*, promulgada en el año 2000, prevé la punibilidad de los niños a partir de los doce años, pudiéndose imponer penas privativas de la libertad de hasta dos años, para el caso que tuvieran entre doce y catorce años, y hasta cinco años para los que contaran con catorce a dieciocho años.

11.- Costa Rica, con su *Ley de Justicia Penal Juvenil*, del año 1996, dispone que serán comprendidos en esa normativa, y punibles, los niños desde los doce hasta los dieciocho años; esta ley habilita a los jueces a imponerle a los menores, penas que lleguen hasta los diez años, para el grupo etario comprendido entre los doce y los quince años; y para los que tengan entre quince y dieciocho, podrá imponérsele una pena que no supere los quince años de cárcel

Para tomar una noción a nivel internacional, pero ya avanzando más en el espacio, se hará una sucinta referencia a las edades a partir de las cuales se considera punible a una persona en Europa:

1.- España, el *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, del año 2006, autoriza a que a partir de los catorce años puede ser imputado de delitos penales, pudiendo ser privados de su libertad personal por hasta dos años, si tuviere entre catorce y dieciséis años, y con un máximo de cinco años de cárcel para la franja etaria comprendida entre los dieciséis y dieciocho años.

2.- Alemania se rige por la *Ley Orgánica Reguladora de Responsabilidad Penal de Menores*, que impone la punibilidad de los menores de edad a partir de los catorce años, permaneciendo bajo el ámbito de la legislación penal de menores hasta los dieciocho.

3.- Irlanda, cuenta con la *Ley de Tribunales de Menores*, del año 1998, que permite que un niño desde los siete años sea punible, pero sólo a partir de los quince le pueden ser aplicadas penas privativas de la libertad, permitiendo la imposición de sanciones a los padres, si se demuestra responsabilidad, que consistirán en multas.

4.- Inglaterra y Gales se rigen bajo la *Law Crime and Disorder Act* (Ley del Crimen y la Delincuencia), vigente desde 1998, en la que habilita la punibilidad de los jóvenes desde los diez años, pudiendo ser privados de su libertad desde los quince años.

5.- Italia regula la situación de los menores en conflicto con la ley penal a través de su *Código Penal Italiano*, estableciendo como edad a partir de la cual se puede atribuir responsabilidad por un ilícito, los catorce años.

A fin de no hacer más extenso de lo necesario este análisis, colegiremos de los datos transcritos que en América Latina la mayoría de los países tienen como límite de la menor edad a partir de la cual una persona es imputable, los doce años, siendo el más alto el de Brasil que lo asciende a dieciocho, seguido por nuestro país, con dieciséis. En Europa hay más variedad, predominando la tendencia a respetar la edad de imputabilidad desde los doce años, siendo la más alta la establecida en Bélgica, dieciocho años, y las más bajas Irlanda, desde los siete, y en el Reino Unido, desde los diez.

VI – JURISPRUDENCIA

- Autos: "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174—"

Esta causa se inició tras la detención del menor Daniel Enrique Maldonado, quien hubiera sustraído pertenencias a una persona, mediante el uso de un arma de fuego, siendo perseguida tras ello por otra (vinculada a la víctima); al verse apremiado, Maldonado, le disparó con esa arma a su “seguidor”, dándole muerte.

El Tribunal Oral de Menores N° 2, de la Ciudad de Buenos Aires, tras procesar a Maldonado, le atribuyó responsabilidad por los delitos de “Robo agravado por el uso de armas, en Concurso Real con Homicidio Calificado –Criminis Causae-” (arts. 166 inc. 2°, 80 inc. 7° del Código Penal y 4° de la ley 22.278), condenándolo a 14 años de prisión.

La sanción penal aplicable a estos ilícitos concurrentes, es la de prisión perpetua. Sin embargo, en atención a lo dispuesto por el art. 4 de la Ley 22.278 –cuyo contenido fue analizado en la página 71 de esta obra, a la cual nos remitimos-, entendió que debía aplicar una reducción de la pena como lo sería para la tentativa de tales hechos consumados.

El Fiscal General interpuso recurso de casación por entender que el Tribunal que juzgó a Maldonado había interpretado incorrectamente el artículo reproducido.

Fue entonces que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia dictada en primera instancia y condenar a Maldonado a prisión perpetua, por colegir que, además de analizar las pautas definidas por ese mandamiento penal en su última parte, a

fin de resolver si fuere necesaria una sanción, cuando así lo dispusiera, deberá atenerse a lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del Código Penal para adaptar la pena a las particulares circunstancias del caso, e incluso para determinar si corresponde elegir la escala penal atenuada, asimilada a la tentativa. Es tribunal de alzada interpretó que esa disminución en la escala penal aplicable no es una imposición, sino una opción.

Por ello es que concluye que no debe aplicarse la atenuación de la pena, y lo que mejor se adecua al caso es la imposición de la pena de prisión perpetua. Esta decisión encuentra fundamento en hechos como “la gravedad del delito cometido, la violencia con que fue realizado”, “el tratamiento tutelar fracasó, pues ni bien ganó la confianza de las autoridades, y le permitieron egresos periódicos, se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos cuyas causas se están tramitando actualmente”. Este tribunal de 2º instancia, sin desconocer que sobre tales hechos no existe aún condena, la presunción de responsabilidad que dimana del progresivo avance de las causas sirve como parámetro para conceptuar su peligrosidad; característica a tener en cuenta para la individualización de la pena, según el inc. 2º del art. 41, de nuestro Código Penal.

Este tribunal de apelación justifica la imposición de la sanción máxima, a pesar a de la prohibición del art. 37, inc. a), de la Convención sobre los Derechos del Niño, de imponer pena de prisión perpetua, en virtud que –como define ese mismo inciso a continuación, al permitir implícitamente que se lo haga sólo si tiene posibilidad de ser excarcelado-, al permitir nuestro sistema tal posibilidad (la excarcelación), sería perfectamente aplicable la pena referida, cuando resulta necesario.

Ante tal decisión, la defensa del menor apeló mediante recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este recurrente planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, por entender que atenta contra la Convención sobre los Derechos del Niño, y contra la Convención Internacional contra la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.

Argumentó la defensa que si bien este tipo de delitos, sancionados con la pena absoluta (como la prisión perpetua), no admiten análisis sobre agravantes o atenuantes, porque por la gravedad misma que implican el legislador –de iure- considera que son pasibles de tal sanción; cuando se trata de menores, el juez debe hacer un doble análisis para determinar primero, si será aplicable la pena establecida por ley, y luego si aplicará a la misma la reducción sobre la escala de la tentativa. A efectos de realizar esta última valoración es que debe considerar de especial importancia el análisis que disponen los arts. 40 y 41 del Código Penal, por lo que será necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, hizo lugar a la queja iniciada por el defensor del menor, justificando su decisión en puntos como el transcripto a continuación: *“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”*.

Y culmina: *“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”*.

De esta manera se dejó sin efecto la sentencia apelada, y se devolvió al tribunal de origen a fin que quien corresponda dicte nueva sentencia con arreglo a lo prescripto.

Este caso, es demostrativo de que la legislación vigente, aplicada de acuerdo a la Carta Magna y los Tratados Internacionales a los que nuestra Nación adhiere, hace inviable que un joven de 16 años (para referirnos al caso en particular), pueda ser sancionado con el rigor que el acto que ejecutó merece, por considerar que aún no tiene la “madurez emocional” para ser responsable en el ámbito penal.

VII - NECESIDAD DE REFORMA

1.- Propósito

Conforme una simple observación realizada por cualquier ciudadano, puede comprobarse en la actualidad, un incremento en la participación en delitos graves, de jóvenes cuyas edades son inferiores a la que hoy fija la ley, como límite a partir del cual presume que la persona no cuenta con la capacidad de comprensión de la criminalidad de sus actos.

Esta situación de inseguridad y violencia generalizada de parte de los delincuentes juveniles imprime en la sociedad un estado de conmoción e intolerancia que se hace preciso erradicar. Quien tiene a su cargo esa difícil tarea es el gobierno desde las esferas pertinentes: desde los órganos judiciales, cumpliendo con precisión su función de interpretar y aplicar la ley, y desde el legislativo, tratando de adaptar las normas a la evolución y necesidades de los ciudadanos.

En la normativa vigente en nuestro país, la edad de la persona es el parámetro que justifica la atribución de responsabilidad y la consecuente imposición de medidas correctivas. Según FRÍAS CABALLERO (1981) -que se enfrenta a la consideración de ese solo aspecto de la personalidad-, no sólo el aspecto bio-psicológico (edad) debe ser valorado, agregando lo que, a su entender, es el criterio ético-social, tendiendo hacia una postura normativista, basada en la reprochabilidad de la conducta del autor, de acuerdo a circunstancias socio-culturales y jurídico-valorativas.

Este eminente jurista y docente de origen boliviano, naturalizado argentino, pensaba que el juez al momento de la aplicación de la pena debe poder *“determinar si, efectivamente, se encuentra frente a una genuina persona humana con capacidad personal de reprochabilidad ético-social en el momento del acto”* (ob. cit., pág 125). Ergo, el legislador, al momento de

cumplir su función creadora de normas, debe permitirle al magistrado contar con esa facultad de interpretación sobre la persona. En definitiva, debe estarse a la posibilidad de reprochar la conducta conforme a la mayor o menor comprensión del sujeto al momento del hecho.

Tal circunstancia ha llevado al Poder Ejecutivo nacional a analizar, dentro del marco del Plan de Seguridad Nacional, una modificación al régimen penal de la minoridad (tal como se presentara este tema en el título “Proyectos”).

Por lo tanto, se impone hoy como una necesidad social a ser satisfecha, propósito que será satisfecho –al menos en parte-, cuando los legisladores logren establecer un régimen jurídico que pueda ser aplicable a toda persona que infrinja la ley y que tenga plena consciencia de sus actos.

2.- Alternativas

a) Baja en la edad de imputabilidad

Llevar adelante una tarea por la cual se pretenda aminorar el efecto pernicioso que tiene sobre la sociedad el “descontrol”, o las escasas posibilidades que hay de contener a los menores que delinquen, implica tomar medidas que –como toda decisión de orden político gubernamental-, contará con adherentes y detractores. Lo complejo de tales determinaciones no será sólo desatender las opiniones adversas, sino considerar los fundamentos de quienes resisten la implementación o modificación de una ley, en nuestro caso, los que se oponen a disminuir el límite etario de responsabilidad penal.

Pese a que muchos doctrinarios jurisprudenciales contemporáneos sostienen que no es posible disminuir la edad en que se considera punible a un menor, porque se estaría contraviniendo lo dispuesto en tratados internacionales referidos a la materia, y sobre todo a la Convención sobre los Derechos del Niño; si tomamos en cuenta que esa norma supranacional, cuyo primer artículo reza que “... *se entiende por niño todo ser humano de menos de 18 años de edad...*”, puede deducirse –tras un análisis íntegro de dicho convenio-, que sólo fija el punto de división entre una persona considerada “niño” y un “adulto”, para la mayor protección que debe brindarse por “... *su falta de madurez física y mental...*” (9º párrafo, del Preámbulo), no dándole otro sentido a tal definición. En consecuencia, no es posible interpretar que no se pueda considerar punible a un niño de catorce años -por ejemplo-, sin un análisis particular sobre cada caso concreto.

Por otra parte, el mismo artículo analizado establece en su parte final que “... *salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”, reconociendo en el poder de imperio de cada Estado para definir el límite etario aplicable para cada disciplina jurídica

Este razonamiento nos conduce a preguntarnos si realmente ¿la Convención sobre los Derechos del Niño ha pretendido fijar un límite rígido, inamovible, a la edad a partir de la cual se lo considerará imputable? Tras el análisis deductivo anterior, podemos responder que no, ya que si lo hubiera pretendido, lo habría dispuesto expresamente.

Por ejemplo, otro organismo de la O.N.U., la Organización Internacional del Trabajo, en un tema también relacionado a la niñez, estableció en el Convenio N° 138, de 1973, sobre la edad mínima de admisión al empleo (ratificado por nuestra Ley N° 24.650), en el que se establece que “... cada país puede determinar la edad mínima de admisión en el empleo, siempre y cuando ésta no sea inferior a 15 años, ni a la edad de conclusión de la escolaridad obligatoria; así como tampoco puede ser inferior a 13 años para los trabajos "ligeros", de 18 años para el trabajo peligroso y de 16 para éste bajo determinadas condiciones estrictas.” En este caso, la O.I.T. dejó librado al criterio de cada país, la fijación de una edad a partir de la cual se podría admitir que un niño trabajara, pero impuso una base mínima, bajo la cual no puede ningún Estado firmante permitir labores infantiles. Esto debiera haber prescripto la convención analizada, si lo hubiera pretendido.

Ciertamente existen criterios y cánones que bajo ninguna circunstancia pueden ser dejados de lado, en respeto de los derechos fundamentales de la persona, y en particular de los niños y adolescentes. Pero no puede descartarse de plano la posibilidad de promover una baja en el linde actualmente en vigor, que determina que una persona puede asumir el control de sus actos, con la capacidad de comprensión y dominio necesarios para considerarla responsable.

b) Medidas alternativas

El hecho de pretender modificar la legislación en el sentido de disminuir la edad de imputabilidad penal, implica en cierta forma, un desafío a las concepciones doctrinarias imperantes en nuestro país, las que, con fundados argumentos de oposición a tal restricción a la minoridad, pueden hacer vacilar semejante decisión por parte de los encargados de generar tal decisión legislativa.

Por esa razón es que no puede dejarse de lado la aplicación, en forma paralela, de mecanismos de garantía que signifiquen una especie de barrera de contención, la que no pueda ser superada por los encargados de aplicar la ley. Esto implica tanto la reafirmación de los principios procesales rectores aplicados a los juzgamientos de los adultos, como la generación de otros que permitan asegurar el cumplimiento de las garantías y derechos especiales de que goza el niño de acuerdo a las normas nacionales e internacionales, teniendo como objetivo principal, el principio universal sobre minoridad definido por la Convención sobre Derechos del Niño: *el interés superior del niño*.

Junto a las garantías procesales, pueden determinarse medidas correctivas especiales, que permitan que el menor no sea sólo castigado por el hecho que cometió, sino que se le brinde la oportunidad de reencauzarse. Esto entraña darle a la *pena* un carácter *funcional*, es decir, procurar atribuirle una *función* a la pena, y no que ésta sea sólo un *fin* al que se llega tras su imposición al menor.

Uno de los objetivos principales de estas alternativas es tratar de sustituir cuando fuere posible, y ante la comisión de ilícitos que no sean graves, de las penas privativas de la libertad, que es a lo que apuntan todos los tratados internacionales. Luego, cuando los delitos cuenten con la entidad y gravedad que haga necesaria la aplicación de medidas restrictivas de su libertad, deberán aplicarse; sin violar los derechos fundamentales, pero sí, restringiendo las

posibilidades de que el joven vuelva a desarrollar actividades violentas e ilegales en un corto plazo.

En países donde el límite de imputabilidad parte de edades bastante más bajas que el dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, se pretendió aminorar el impacto punitivo que detentan disposiciones tan severas acerca de las posibilidades punitivas hacia los menores. El ejemplo más claro está dado por Costa Rica, que en 1996 promulgó su Ley N° 7.576, de Justicia Penal Juvenil, en base al proyecto de un reconocido jurista costarricense, el Dr. Carlos Tiffer Sotomayor (modelo que fue tomado por otros países de la región, entre ellos, México). Entre sus postulados, admite que los menores sean punibles desde los doce años, quedando comprendidos y a su vez amparados por el Sistema Legal Juvenil, hasta llegar a los dieciocho. Como se mencionara al tratar el derecho comparado, esta ley divide la franja etaria a los fines de la imposición de las penas: de doce a quince años se permite imponerle sanción privativa de la libertad de hasta diez años; en tanto que desde los quince hasta los dieciocho años, se habilita a privar de su libertad por un plazo máximo de quince años.

Aun cuando esta normativa fue pasible de críticas de parte de organismos defensores de los derechos humanos, recibió la aprobación de la UNICEF, organismo rector y encargado de dar cumplimiento a las convenciones y tratados que legislan sobre los niños. Esta venia tal vez fue motivada por la gran cantidad de garantías procesales que se les brindó, dándose un refuerzo a la posición legal de los jóvenes y adolescentes, quienes no obstante asumir desde la promulgación, una mayor responsabilidad por sus actos delictivos, se limitó al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal, estableciéndose una amplia gama de sanciones como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos y la reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad (Tiffer Sotomayor y Llobet, 1999).

Por otra parte se le da mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación del daño a la misma, lo cual coadyuva a integrar al autor responsable del ilícito con el damnificado directo del mismo, componiéndose así dos de las innovaciones más trascendentes con que cuenta esta ley: la *mediación* y la *conciliación*.

A través de estas nuevas figuras dentro de la ley penal juvenil, se busca la desjudicialización al máximo posible de las causas que involucren jóvenes infractores, por medio de controles formales no restrictivos. Surgen entonces las demás alternativas a la imposición de penas punitivas irrestrictas, basadas en el *principio de oportunidad*; como la suspensión del proceso a prueba y la condena de ejecución condicional sin limitaciones.

A partir de los planteamientos propuestos en esta ley costarricense, y tomando en cuenta otras figuras de similares características internacionales, puede pensarse en medidas alternativas a la restricción de la libertad de los jóvenes cuando cometen ilícitos penales, como una forma de nivelar el rigor que implica de la imposición de punibilidad a niños de edades menores a las actualmente vigentes; medidas de naturaleza tuitiva, educativa y rehabilitante del menor, que cuenten con una finalidad socio-educativa.

De esta forma pueden manifestarse nuevas formas de providencia con la finalidad de componer el daño sufrido por la sociedad, tras la comisión de un delito penal por parte de un menor de edad, basándose en el principio de oportunidad mentado: éste se trata de una institución procesal a través de la cual se le permite al Ministerio Público abstenerse del ejercicio de acción penal en los casos que considera (la ley) que no es conveniente hacerlo, ya sea por la escasa gravedad del ilícito que se atribuye, o por haberse perjudicado el mismo autor del hecho, o en caso de oferta de resarcimiento a la víctima. Estos son sólo ejemplos de las razones que puede reconocer el principio de oportunidad.

Como ejemplo, podemos mencionar los siguientes:

1º) la *mediación*, que resultaría una adaptación del original método de resolución alternativa de conflictos que –en este caso–, se formaría con la convocatoria a víctima y victimario, quienes dialogarán en presencia de un tercero “mediador”, que asesorará sobre la forma de tratar de encontrar un punto en común, sin ser obligatorio lo que disponga o sugiera ese tercero, ni tampoco lo que puedan llegar a acordar las partes, por lo que será más

bien una manifestación de buena voluntad; esta medida se aplica en Costa Rica, Paraguay, Uruguay, Ecuador.

2º) La *conciliación*, entendida como otro medio de resolución de conflictos, en el que también interviene un tercero, pero en ese caso sería el juez (o el órgano judicial que lo suplante), interviniendo con la misma finalidad conciliadora que en el anterior caso, pero haciendo obligatoria la decisión a la que se llegue. En ambos casos se puede lograr un acuerdo por el que, por ejemplo, el responsable del ilícito se encargue de reparar o restituir aquello de lo que fuera privado, o que sufriera perjuicio por su accionar; medida aplicada en Paraguay, Honduras, Guatemala, Salvador.

3º) La *remisión*, que permite examinar la posibilidad de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente; en estos casos se le permitirá a la policía, el Ministerio Público Fiscal y otros organismos, que se ocupen de esos casos particulares, con arreglo a los criterios establecidos, a efecto de “remitir” al menor a instituciones pertinentes de la comunidad (con consentimiento del joven y sus padres o tutor). Mediante este instituto se pretende evitar la estigmatización propia de la directa intervención de los sistemas penales formales, cuando se trate de delitos menores o cuando se estime que la permanencia en el procedimiento puede causar al adolescente un daño mayor que el que él causó con el delito (Barbirotto, 2011). Esta medida se aplica en Bolivia, Paraguay, Venezuela, Costa Rica.

4º) La *suspensión del proceso a prueba*, es un sistema muy similar a la remisión, que en nuestro país es aplicada en la práctica, a los adultos, en los casos en que, siendo responsabilizados de la comisión de un delito, cuya pena de prisión o reclusión no supere los tres años, se permite que ofrezcan la reparación del daño causado, reconocer la culpabilidad, estando sujeto a la aprobación del damnificado. No es un recurso muy utilizado en nuestra justicia penal juvenil. Esta medida está debidamente reglamentada y es implementada con éxito en países latinoamericanos como Uruguay, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Venezuela.

5º) La *amonestación*, consiste en una advertencia que le hace el órgano juzgador al acusado, incentivándolo a que no vuelva cometer un hecho como el que lo ha puesto en ese lugar, y recordándole que las consecuencias redundarán en su perjuicio en caso de reincidir; medida aplicada en México, Paraguay, Uruguay, Brasil, Bolivia.

6º) *Prestación de servicios*, conocida también como *servicios comunitarios*, que es aplicable a los menores que aceptaran realizar labores en beneficio del damnificado, si estuviera de acuerdo, o de la comunidad en general, como modo de reparar el daño infringido con su acción. Este instituto es aplicado en Bolivia, Brasil, Paraguay, Ecuador.

7º) *Reparación del daño*, sería una derivación –junto con la medida dispuesta en el punto anterior-, a la remisión –también analizada-. Es utilizada en Brasil, Ecuador, Venezuela, Paraguay.

Hay prototipos de medidas alternativas, pero que apuntan más a la raíz del problema, en la que todos estamos de acuerdo que deben apuntar tales propuestas, como la desarrollada en el Reino Unido por el Profesor de Psicología, Dr. Matthew Sanders, en su proyecto denominado P.P.P. (Positive Parenting Program, o Programa de Paternidad Positiva, en nuestro dialecto), que apunta a la prevención en la relación paternal. Una de las cosas más inteligentes que ha realizado es convencer a los empleadores de llevar a cabo talleres de paternidad en el horario de almuerzo para todos los empleados y pagarles por ello. La razón de este incentivo laboral se basa en que, si un empleado llega a su trabajo tras haber discutido con su hijo para levantarlo, vestirlo, llevarlo a la escuela, el empleado no va a ser tan productivo como si hubiera levantado a su hijo y lo hubiera llevado a la escuela en armonía y sin discusiones. Trabajar sobre la relación parental es esencial para un hijo con trastornos de conducta; la solución no es la terapia individual para el niño, sino la que se produce en compañía de sus progenitores.

Por último, existen algunas alternativas más, pero probablemente no serían aplicables a nuestra legislación, sin antes producir cambios radicales en los preceptos de otras normas codificadas, tal como la “*renuncia a la acción penal*” (admitida en El Salvador, por ejemplo), por lo que sólo nos hemos referido a las mencionadas, a modo de “molde” con posibilidad de imitación.

3.- Opiniones sobre la baja de la edad de imputabilidad

Una cuestión tan trascendente, tan debatida en los ámbitos académicos, gubernamentales y aun en la sociedad en general, tendrá adeptos y detractores; y en los dos primeros sectores, juristas y gobierno –que son sobre los cuales se puede obtener argumentos reflexivos y públicos-, es donde se encontrarán las razones que pueden servir de pilar a la elaboración de una teoría que propenda a modificar la legislación penal juvenil, a favor del bien común, sin afectar los derechos de los menores.

Sin embargo, no será difícil inferir cuál será la tendencia que predominará en las argumentaciones a favor o en contra de la modificación aquí estudiada.

A modo de tomar referencia de algunas de ellas, en ambos sentidos de la orientación ideológica.

a) A favor

- **Gabriel Villegas**, diputado por la Provincia de Buenos Aires, ha estado a favor de la disminución de la edad de punibilidad penal, y sobre todo el año pasado, motivado por un crimen cometido por un menor no punible que fue dejado en libertad, manifestó su intención de modificar el régimen penal. Sus argumentos se basaron en que Argentina debería imitar lo que hacen otros países americanos que ya han reducido la edad de imputabilidad de los menores. Este político porteño aclaró que *“esto no es ser más o menos mano dura, sino tener en cuenta la evolución social que ha habido y cómo los menores comprenden la criminalidad de sus actos sin importarles las consecuencias”*.

Ejemplificó que: *“El menor de 14 años de la década del '30, aguardaba cumplir 18 para ponerse los pantalones largos; el de los años 60 ó 70, promovía el “amor y paz” asociado al rock&roll. Socialmente entre esos menores, no existía el nivel de agresividad de hoy”...*

“Pero desde mediados de los ’90, con el cambio sustancial de la realidad socioeconómica, se ve afectado el comportamiento de los menores, muchos de los cuales viven situación de calle, abandono, falta de límites, inexistencia de vínculos familiares y uso de estupefacientes, lo que llevó a incrementar notoriamente la agresividad”, completó, argumentando que este es el motivo por el que se debe tratar con urgencia el problema de la delincuencia en la minoridad.

- **Zaffaroni, Aliaga y Slokar** (2005), la comprensión de lo justo o injusto del hecho que va a cometer la persona se relaciona con el grado de esfuerzo que la persona debe haber realizado para comprender la antijuridicidad de su conducta. A través de un análisis inversamente proporcional sobre ese ahínco puesto por el autor, puede determinarse si tuvo noción del perjuicio ocasionado y la infracción legal cometida: a mayor grado de esfuerzo en la comprensión, menor capacidad psíquica y viceversa. Lo que lleva a mostrar que la sola información por parte del perito psicólogo sobre el afán que puso esa persona en la comprensión de su actuación, le darán las bases al juez para determinar si realizó el acto de forma consciente. Zaffaroni reconoce así que no puede descartarse que un sujeto que tenga menos de dieciséis años, que no hizo mucho esfuerzo psíquico para darse cuenta de la criminalidad de su actividad, deba ser considerado responsable.

Ocurre que este magistrado nacional no se manifiesta de manera acabada en un sentido u otro acerca de la disminución de la edad de imputabilidad, pero tanto en sus obras, como en diálogos con la prensa, ha dejado entrever su posición en ese sentido.

- **Servini de Cubría y Moras Mom** (2004), reconociendo el notable incremento de menores que cometen hechos violentos, posiblemente incitados por sustancias estupefacientes, acuerdan que es necesaria una reforma del régimen penal juvenil que, aun cuando incluya una disminución de la edad de imputabilidad, requiere una modificación también una reforma del régimen especial de menores que, a pesar de ser punibles, las más de las veces son devueltos a sus padres. En sus términos, expresaron que *“cabe preguntarse si, más allá de modificar las edades de imputabilidad -positivo por lo precedentemente sostenido-, no sería necesario modificar el régimen aplicable a los menores antes referidos*

que, aunque punibles, se encuentran amparados por reglas que le permiten a un homicida salir a la calle quizás al día siguiente de haber llevado a cabo el hecho.”

b) En contra

- **Santesteban** (2008), considera que la pretensión de disminución de la edad de imputación penal “... *refleja una peligrosa tendencia de reprimir primero y reeducar después...*” Esta abogada y dirigente gremial cordobesa, ha sido crítica con las diversas propuestas que se manifestaron a favor de tal variación en el límite etario aludido. Refiere el paradigma que significaron las marchas en reclamo de justicia llevadas a cabo tras el asesinato de Axel Blumberg, encabezadas por su padre, con las que se logró “endurecer” en 2004 las penas para ciertos delitos considerados graves, pero no trajeron como consecuencia una disminución del índice delictivo, ni tranquilidad a la población.

- **Gargarella y Phillipini** (2010), opinan en este sentido, tratando de preservar la edad límite vigente, con argumentos en forma de cuestionamientos, como si ¿se han garantizado la escolaridad, salud, nutrición, ambiente sano y vivienda a los jóvenes que hoy delinquen? o ¿se intentaron otras reacciones menos invasivas, más integradoras de esos jóvenes?

Reprochan a quienes intentan llevar a cabo una disminución de la edad de punibilidad, el hecho que sólo se sabe responder a actos violentos desarrollados por los niños con segregación institucional. No ignoran el incremento de chicos en conflicto con la ley penal y, los que están en edades punibles, muchos de ellos están privados de su libertad en instituciones no adecuadas; razonando que si se disminuyera esa marca etaria, podrían haber más jóvenes en las mismas condiciones, lo que conduciría a mayor hacinamiento en esos lugares, con pocas posibilidades de control de parte de sus guardadores y custodios.

- *Buompadre* (2011), tampoco cree que la solución a la inseguridad (que entiende que es el principal motivo que lleva al planteamiento sobre la baja en la edad de imputabilidad), no es tal medida; sostiene que si el problema es la inseguridad, es indiferente para quien la sufre que sea el autor menor o mayor de edad, esa diferencia no lo hace más o menos seguro al hecho. Advierte que la actual legislación penal minoril es blanco de ataques constitucionales por contener disposiciones que se oponen a convenciones y tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional, cuánto más lo será si logra modificarse en favor de la disminución de la edad de imputabilidad. El régimen penal de menores debe modificarse, pero para adaptarse a los estándares internacionales, y debe complementarse con resolución de los conflictos sociales que producen indirectamente la escalada de crímenes cometidos por menores.

4.- Armonización con normas supralegales

Este planteo ya se produjo de modo implícito al tratar otros temas de esta obra. Sin embargo, para puntualizar haremos una reseña integradora de la cuestión.

Basándonos metódicamente en la cuestión que nos ocupa, la baja en el límite etario de imputabilidad penal, nuestro dilema se plantea en saber si existe la posibilidad de producir esa modificación reglamentaria sin atentar contra los postuladores internacionales que hoy tienen basamento constitucional.

Coincidamos en que, de las normas internacionales que nos rigen en la materia, se considera “rector” por sobre las demás al Convenio sobre los Derechos del Niño. Reiterando sus conceptos, fija que se entenderá por “... niño a 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”, (art. 1).

Este precepto permite un desdoble en su extensión textual: por un lado define al niño como la persona que tiene diecisiete años o menos, sin volver sobre el tema en todo su articulado, por lo que hay una sola clasificación de esa condición de menor de edad protegido por sus normas.

La parte final de esta norma otorga licencia al intérprete para oponerse a tal limitación, pudiendo variarla en más o en menos, de acuerdo a las necesidades de aplicación para determinadas normas, y en los distintos campos jurídicos a ser aplicada.

En el inciso a) del art. 37, ordena que no deberá imponerse “... la pena (...) de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, por delitos cometidos por menores de dieciocho años.”

La glosa de este supuesto nos permite inferir, *a contrario sensu* de lo allí decretado que *sí se puede imponer la pena de prisión perpetua cuando sea posible la excarcelación*. Como en nuestro derecho procesal y de ejecución está previsto el instituto de la excarcelación, el hecho de imponerle la pena de prisión perpetua a un menor de dieciocho años, no infringiría la normativa citada. Además, no tiene relación necesaria directa la disminución de la edad de imputabilidad penal con la posible imposición de prisión perpetua, ya que nada impide que la condena sea menor a ella, aun para la punición por delitos de alta gravedad.

El segundo apartado del mismo artículo, designado como inciso b) dispone que “*La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley, y se utilizará tan sólo como medida de último recurso, y durante el período más breve que proceda...*”

Como en el caso anterior, impone una restricción no absoluta, una condición previa a cumplimentar, a la aplicación de la pena, esto es: que se lleva a cabo respetando el principio de legalidad, y sólo cuando no haya otra alternativa, debiendo durar la menor cantidad de tiempo que proceda; deja al arbitrio del juez los dos últimos requisitos.

A nivel internacional, no existen otras normas que puedan implicar una restricción a la aplicación de una merma en la escala de atribución penal, ya que los dos reglamentos más cercanos a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño son las Directrices de la Riad, en las que sólo se trata de asegurar las garantías procesales y derechos universalmente reconocidos a los niños en conflicto con la ley penal; y las Reglas de Beijing, que reconocen ampliamente la posibilidad de juzgar y aplicar sanciones a los niños, sin definir la edad en que se considerarán tales. Así el artículo 2.2, inc. c) define al menor

delincuente como “... *todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.*”

Cerrando la idea a que se dedica este apartado: sostenemos es posible reglamentar una disminución de la edad de imputabilidad, sin contravenir lo dispuesto en la normativa convencional supranacional.

VIII – CONCLUSIONES

A modo de corolario de todo lo hasta aquí expuesto, fijaremos algunas verdades fácticas:

1º) existe sensación de inseguridad en la sociedad argentina;

2º) hay inseguridad en Argentina;

3º) hay un importante número de menores inimputables que participan en hechos violentos, y se incrementa permanentemente;

4º) muchos de esos menores delincuentes son producto de la marginalidad en que desarrollaron la etapa inicial de su vida;

5º) el Estado no da garantías de desarrollo adecuado a esos jóvenes, ni se ocupa de promover acciones que tiendan a disminuir el número de hechos;

6º) la sociedad no debe responder por esa “desatención” a los menores sino –como se infiere del punto anterior-, el Estado, y reclama por no ser victimizada;

7º) los encargados de administrar justicia no disponen de los recursos legales que le permitan aplicar medidas de contención adecuada a los menores en conflicto con la ley penal.

Admitiendo cada una de estas afirmaciones, estaremos en condiciones de avanzar en pos de una solución adecuada.

Es válido agregar algunas circunstancias conexas a esta exposición, como que la violencia en los jóvenes no sólo se demuestra en los delitos contra la propiedad, en los “robos”, sino también en hechos de violencia entre ellos mismos, o hacia otros jóvenes, o hacia sus familiares, lo cual no debería privar de atención al asunto. Esta razón se suma a la ineficacia que surge de las estadísticas en que pretende basarse el gobierno desde sus organismos, ya que sólo se consideran los hechos de desposesión y no el resto.

En cuanto a la evaluación formulada sobre el desarrollo intelectual y la capacidad de comprensión de los menores, recordemos que coinciden los estudiosos de la materia, psicólogos de renombre, como Piaget, Bowlby, Freud, en que a partir de los seis a siete años las personas comienzan a tener noción del mundo que los rodea y a comprender lo que es bueno y lo que es malo, y al llegar a los doce a trece años, tienen consciencia de los efectos nocivos (o no) de sus actos. Quizá sea basándose -en parte- en estos estudios que en gran parte de los países latinoamericanos y europeos, la edad a partir de la cual se considera penalmente responsable a un menor es a los doce años.

Entre las motivaciones que nos permiten sostener con claridad que es posible disminuir la edad de imputabilidad penal están:

1°.- *lo que ocurre en el derecho comparado*: aún en países de la región latinoamericana, muchos de los cuales son Estados firmantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, y a los que la UNICEF ha otorgado el aval;

2°.- *lo determinado en estudios psicológicos*, recientemente referido;

3°.- la circunstancia de que *no se violarían las normas internacionales convencionales* de jerarquía constitucional que nos rigen, también de acuerdo al análisis formulado en esta obra;

4°.- el planteo de que no obstante se habilitara a responsabilizar penalmente a un menor (de edad inferior a la vigente), *se propendería a la implementación de medidas alternativas a la privación de la libertad*, cuando fuera oportuno;

Hay además, otras normas nacionales indiciarias y habilitantes de la presunción de comprensión de culpabilidad, de conducta reprochable, en niños menores de dieciséis años. Así por ejemplo el artículo 921 de nuestro Código Civil, reza que “*Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren (...) actos ilícitos por menores de diez años...*”, lo cual indica *a contrario sensu* que los actos ilícitos practicados por mayores de diez años podrían ser realizados con discernimiento.

El artículo 1076 del mismo compendio codificado, en una tesitura idéntica a la anterior, define que *“Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El (demente y) el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren.”* Como en el caso anterior, se deduce contrariamente que el mayor de diez años es responsable de los perjuicios que cause, por haber decidido libremente llevar a cabo el hecho.

Para culminar con este breve análisis del Código Civil, su art. 1114 declara que *“El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años.”* Una vez más el código entiende la responsabilidad civil de un niño de diez años.

Esto nos lleva a concluir que un menor que cuente con doce años –por ejemplo-, al momento de cometer un ilícito, deberá asumir su responsabilidad a fin de resarcir pecuniariamente el daño causado, pero no se considerará que haya comprendido que realizaba una actividad que infringía una norma; entonces, ¿no sería injusto que tuviera que responder económicamente porque supuestamente no comprende que causó perjuicio? Supongamos que con una piedra daña un vehículo: deberá pagar de sus bienes el valor de recomposición o reparación del rodado, pero no se presumirá que tuvo el control racional de su acción dañosa; entonces, ¿por qué debe pagar por algo que hizo sin saber que hacía daño? Seguramente, y a pesar de la resistencia de quienes puedan justificar científicamente la aplicación de estas normas, coincidiremos todos en la “desarmonía” con la concepción de justicia a que conduce el razonamiento.

Otro matiz a tener en cuenta es como se denota la percepción de la evolución del desarrollo intelectual de los jóvenes, en vista de los proyectos legales actualmente en estudio sobre la disminución en la edad a partir de la cual podrían emitir sufragio, fijándola en tales esbozos en 16 años. Es de acertada suposición que para llegar a proponer tal límite etario, los legisladores y doctrinarios que intervienen en tales propuestas legales, contarán con fundamentados análisis que le permitan conocer que la persona a partir de esa edad, tiene

plena conciencia y capacidad de discernimiento para decidir que una persona, un candidato político, será quien gobierne a la población por un determinado plazo. Aun cuando se está dentro de un campo distinto al analizado, sirve el cotejo como argumento más que se sume a los mencionados, acerca del reconocimiento a la constante evolución del desarrollo intelectual humano, llevándonos esta idea a inferir que ese desarrollo es aplicable a todos sus aspectos, de lo que se desprende que gracias a esa evolución, los jóvenes, cada vez a menor edad logran alcanzar una gran capacidad de comprensión de sus acciones, y discernimiento de sus decisiones.

Quedan abiertos interrogantes, pero –como se indicara párrafos atrás: la inseguridad imperante, producto en parte del accionar de menores inimputables, requiere de medidas gubernamentales que le pongan coto; una de las formas es permitiendo responsabilizar por los delitos violentos a menores de catorce años (por ejemplo), no sólo para imponerle penas privativas de la libertad, sino para incluirlo dentro del régimen penal, que determine su responsabilidad y, en tal caso, disponga sobre él medidas correctivas adecuadas a su interés superior, y al bien de la comunidad, que no se satisface cuando el autor de un ilícito violento queda al margen de cualquier tratamiento punitivo oficial.

IX - BIBLIOGRAFIA

Doctrinaria:

- Buompadre (2011), Los menores ante el delito: ¿La baja en la edad es la solución al problema?, *Corrientes hoy, Portal de Contenidos*. Recuperado el 31-01-2011, de http://www.corrienteshoy.com/vernota.asp?id_noticia=73627
- González del Solar, J. (2009), Hacia una ley de responsabilidad penal juvenil, de *Derecho de la Minoridad Blogspot*. Recuperado el 05/05/2009, de <http://derechominoridad.blogspot.com.ar/2009/05/hacia-una-ley-de-responsabilidad-penal.html>
- Piaget, J. (1964), *Seis Estudios de Psicología, El desarrollo mental del niño* (4ª edición), Buenos Aires: Labor.
- Kaiser, G. (1988), *Introducción a la criminología*. (7ª edición). Madrid: Editorial Dykinson.
- Garrido Genovés, V. (1986): *Delincuencia juvenil*. Madrid: Alambra.
- Zaffaroni, E. (2012), El juez Zaffaroni cuestionó la manera en que medios tratan la inseguridad, de *Cadena 3 - Com*. Recuperado el 26-07-2012, de http://www.cadena3.com/post_ampliado.asp?historial=NO&programacion=CADENA%203§or=9&post=100675
- Morant Vidal, J. (2003) *La delincuencia juvenil*. En “Noticias jurídicas”. Http://noticias.juridicas.com/areas_virtual//Articulos/55-Derecho%20Penal/200307-5855...
- Hobbes, T. (1961), *El Leviatán* (5ª Edición), Madrid: Tecnos.
- Rousseau, J. J. (1762), *El Contrato Social* (6ª Edición), Valladolid: Maxtor
- Bowlby, J. (1951). *Maternal Care and Mental Health –Cuidado materno y salud mental-* (2ª ed.). Northvale, NJ; London: Jason Aronson.

- Griffin, D. & Bartholomew, K. (1994). *Models of the self and other: Fundamental dimensions underlying measures of adult attachment. Journal of personality and social psychology - Los modelos de sí mismo y de los otros: dimensiones fundamentales que subyacen a las medidas de apego en el adulto. Revista de Personalidad y Psicología Social-*, 67, 3, 430-445.
- Feeney, B. & Kirkpatrick, L. (1996). *Effects of adult attachment and presence of romantic partners on physiological responses to stress. Journal of personality and social psychology -Efectos de apego en el adulto y la presencia de parejas románticas sobre las respuestas fisiológicas al estrés. Revista de Personalidad y Psicología Social-*, 70, 2. 255-270.
- Klein, M. (1924), *Principios Psicológicos del Psicoanálisis Infantil*, Ponencia presentada en Primera Conferencia de Psicoanalistas Alemanes, en la Sociedad Psicoanalítica de Viena, Würzburg, Alemania.
- McGee, C. (2000), *Childhood Experiences of Domestic Violence -Experiencias de Violencia Doméstica en la Niñez-* (1º Ed.). London: Jessica Kingsley Publishers.
- Glaser, D. (2009), *Derechos vulnerados en la infancia: abandono, maltrato y pobreza*. Observatorio de la Deuda Social, Universidad Católica Argentina.
- Kitzmann, K., “*La Violencia Doméstica y su Impacto en el Desarrollo Social y Emocional de los Niños Pequeños*” (16-V-2005), de la Universidad de Memphis, U.S.A.
- Landy, S. (2002), *Pathways to competence: Encouraging healthy social and emotional development in young children -Rutas hacia la competencia: Promover el desarrollo social y emocional saludable en los niños pequeños-* (1º Ed.) Baltimore, MD, U.S.A.: Brookes.
- Freud, S. (1916), *Trabajos sobre metapsicología en: Obras Completas, Vol. XIV, Contribución a la historia del movimiento psicoanalítico. Trabajos sobre metapsicología -Die Triebe und Tribschicksale- y otras obras* (9º ed., 1992) Amorrotu, B. Aires.
- Tuñón, I. (2009), “*La niñez en el contexto de los derechos vulnerados: impacto de la pobreza, el abandono y el maltrato sobre el desarrollo humano y social infantil*” (V-2009) Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina: Buenos Aires.

- Tuñón, I. (2010), *“Cuidado en la infancia. Oportunidades de estimulación y socialización”*. Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina: Buenos Aires.
- Amar Amar, J., Abello Llanos, R., Tirado García, D. (2010), *Desarrollo Infantil y Construcción del Mundo Social* (1º Ed.) Fundación Universidad del Norte: Barranquilla, Colombia.
- Amar Amar, J. y Alcalá Castro, A. (2002), *"Infant Attention Programme Models and Social Policy" -Modelos de Atención Infantil del Programa y la política social-* (1º Ed.) Fundación Universidad del Norte: Barranquilla, Colombia.
- Gaitán Muñoz, L. (1999), “El espacio social de la infancia: Los niños en el estado del bienestar” (1º Ed.) Instituto Madrileño del Menor y la Familia: Madrid.
- Caras y Caretas, Nº 468, 21 de septiembre de 1907
- Aspell, M. (1999). *“La cuestión social en el último cuarto del siglo XIX: los proyectos presentados a las cámaras del Congreso Nacional”*. En revista: Anuario: Nro 4. CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.
- Gentile Bersano, F. (2007, Julio), Ponencia presentada bajo el título *“Análisis del Proyecto Nacional de Seguridad Nacional 2004-2007”*, en el Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Santa Fe, Rafaela.
- Carranza, E. y Maxera, R. (2005, Marzo), *Los Sistemas de Justicia Penal Juvenil en América latina. Análisis comparado*. Presentación en el marco del Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, en la Universidad de Guanajuato, México.
- Frías Caballero, J. (1981), *Imputabilidad Penal: Capacidad personal de reprochabilidad ético-social* (4 ed.) Ediar, Buenos Aires.
- Tiffer Sotomayor, C. y Llobet, J. (1999), *La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica* (1º ed.) UNICEF-ILANUD, San José de Costa Rica.

- Barbirotto, P. (2001/30/09), *Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos en el Derecho Penal Juvenil: Remisión de Casos*. Recuperado de http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/09/ninez03_2.pdf
- Villegas, G. (2011/21/01), Caso Esquivel: Pensar en una política de Estado siempre. Recuperado de <http://puncocero.foroactivo.com/t7506-caso-esquivel-para-pensar-una-politica-de-estado-hay-que-trabajar-siempre-no-solo-antes-de-una-eleccion>
- Zaffaroni, R., Aliaga, A. y Slokar, A. (2005), *Manual de Derecho Penal, Parte General*, (1° ed.) Ediar, Buenos Aires.
- Servini de Cubría, M. y Moras Mom, F. (2004/24/04), *El régimen de imputabilidad de los menores*. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/595451-el-regimen-de-imputabilidad-de-los-menores>
- Santesteban, I. (2009/05/06), *Régimen Penal Juvenil: El carro delante del caballo*. La Arena. Recuperado de <http://www.argenpress.info/2009/05/regimen-penal-juvenil-el-carro-adelante.html>
- Gargarella, R. y Filippini, L (2010/20/10), La edad de imputabilidad penal. Recuperado de <http://igualitaria.org/roberto-gargarella-y-leonardo-filippini-la-edad-de-imputabilidad-penal/>
- Hernández Melendres, E. (2006), *Cómo escribir una tesis*. Escuela Nacional de Salud Pública, La Habana, Cuba.

Legislativa

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Resolución 40/33), Beijing (o Pekín), República Popular China, 1985, Asamblea General de la O.N.U.
- Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil, 1988, Riad, Arabia Saudita, Asamblea General de la O.N.U.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Nueva York, E.E.U.U., Asamblea General de la O.N.U.
- Directrices para la prevención del delito y el tratamiento del menor delincuente (Resoluciones 45/112 y 45/113), La Habana, Cuba, 1990, Asamblea General de la O.N.U.
- Ley N° 10.903, Patronato Nacional de Menores, 1919, H.C.N.A. (Honorable Congreso de la Nación Argentina)
- Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad, 1980, H.C.N.A.
- Ley N° 23.849, Aprobación de Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, H.C.N.A.
- Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 2005, H.C.N.A.