

## ¿DERECHO PENAL PARA NIÑOS INFRACTORES?

I. Escribo estas líneas, destinadas a integrar el libro que representará un merecido homenaje al Profesor Juan Pegoraro, en circunstancias en que ambas cámaras del Congreso Nacional argentino se disponen a debatir acerca de los proyectos presentados por legisladores de diversas bancadas, referidos a la creación de un régimen penal para niños. Me refiero a niños, porque lo son todas las personas que no han cumplido los dieciocho años de edad, y las diferentes propuestas conocidas se refieren a ellos, con independencia de que algunos pretendan incluir a los que hayan cumplido doce años y otros a los que cuenten con catorce. Todos los destinatarios directos del conjunto de reglas que se pergeña son, en definitiva, niños, como lo declara, con su consabida jerarquía constitucional la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 1°. Es así, pues, más allá de la difusa hojarasca conceptual con que se pretende encubrir el designio de los poderes políticos, que incluye frases como “responsabilidad juvenil” o “régimen penal para adolescentes”.

Soy consciente del riesgo que supone escribir en una coyuntura histórica incierta, volcando el criterio personal sin saber si las labores emprendidas culminarán en esta oportunidad con la sanción y promulgación del plexo normativo que se procura estatuir, y -en su caso- qué límites de edad se fijarán, qué injustos penales se contemplarán, que respuestas punitivas se preverán, y -en el mejor de los casos- que medidas alternativas se diseñarán.

No obstante ello, prefiero enfrentar el peligro de que esta breve contribución quede desactualizada en breve lapso, en lugar de soslayar la cuestión y abstenerme de sentar mi punto de vista sobre un tópico político-criminal al que dediqué años de estudio, con el que me comprometí al punto de ser fundador y primer presidente de una organización no gubernamental para la promoción y asistencia de niños con problemas graves de conducta, y en el que también estuve inmerso como operador del sistema de justicia, al asumir interinamente el conocimiento y decisión de procesos en los -entonces- denominados Juzgados en lo Criminal de Instrucción de Menores, durante numerosas ferias judiciales, con anterioridad a la reforma procesal vigente a partir de 1992.

Tal vez valga, en definitiva, como alegato postrero en contra de la construcción de un régimen punitivo para personas que carecen de la madurez psíquica y -específicamente- afectiva, emocional y motivacional propia de un adulto normal y que, por tanto, no deberían ser catalogados como culpables, en sentido jurídico penal.

II. Dado que, pasando por alto los eufemismos al uso empleados por los parlamentarios y por sus asesores, de lo que se trata es de adjudicar responsabilidad penal a los niños a partir de su autoría o participación en conductas prohibidas para la generalidad y no justificadas en el caso concreto, el interrogante central puede formularse del siguiente modo: ¿es razonable reprochar

un injusto penal y sancionar en consecuencia a un adolescente de 14 ó 15 años de edad como sujeto capaz de comprender la criminalidad del acto y de dirigir su conducta conforme a esa comprensión?

Y para ensayar alguna respuesta, valdrá la pena comenzar por reseñar ciertas opiniones clásicas, provistas por la Psicología evolutiva y la Psiquiatría infantil, para luego analizar cuánto valor cabe asignarles a la hora de intentar su transposición a las categorías propias del Derecho Penal.

Así, por ejemplo, Freedman, Kaplan y Sadock nos hablan de las siguientes fases en el desarrollo de la personalidad humana, desde el nacimiento a la adolescencia: a) prenatal; b) primera infancia: primer año (sensoriomotriz); c) segunda infancia: 2 a 4/5 años (pensamiento pre-operacional); d) tercera infancia: 4/5 a 11/12 años (culminación del pensamiento pre-operacional y período de las operaciones concretas), y e) adolescencia: 12 a 18/20 años (etapa de las operaciones formales)<sup>1</sup>.

De manera similar, coincidiendo con el criterio ya clásico de la *American Psychiatric Association*, otros psicólogos como Davidoff<sup>2</sup> coincidieron en distinguir tres etapas de desarrollo intelectual: a) infancia: los primeros tres años; b) niñez: desde los tres a los doce años, y c) adolescencia: doce a dieciocho años.

Ahora bien; aunque, a primera vista, también luzca similar a esas concepciones, la visión del renombrado psicólogo y pedagogo suizo Jean Piaget, quien había consagrado una de sus primeras obras a la formación del criterio moral en la niñez<sup>3</sup>, distinguiendo una fase de moral heterónoma o moral de la autoridad (hasta los 7/8 años), una intermedia, transición de la moral de la autoridad a la moral de la igualdad (de los 8 a los 11 años) y una tercera de autonomía moral, o de transición de la moral de la igualdad a la moral de la equidad, a partir de los 12 años de edad<sup>4</sup>, cuadra precisar que, en sus decenas de trabajos posteriores complementó esa clasificación con otra, apoyada preponderantemente en el aspecto cognitivo<sup>5</sup>.

Según Piaget existen tres períodos en la evolución intelectual del niño, el de la inteligencia sensorio-motriz, el de la inteligencia representativa -o

---

<sup>1</sup> FREEDMAN, A. M. - KAPLAN, H. I. - SADOCK, B. J.: "Tratado de Psiquiatría, Salvat, Barcelona, 1982.

<sup>2</sup> DAVIDOFF, Linda: "Introducción a la Psicología, Mac Graw Hill, Madrid, 1989.

<sup>3</sup> PIAGET, Jean, "El criterio moral en el niño", Ed. Fontanella, Segunda Edición, Barcelona, 1974. La versión original en francés, data de 1934.

<sup>4</sup> Un esquema parecido al de este trabajo temprano de Piaget es el que proporciona otro reconocido especialista, Lawrence KOHLBERG ("Psicología del desarrollo moral - Teoría de la moralización del desarrollo cognitivo", Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992), al distinguir entre un nivel preconventional, de moral heterónoma, correspondiente a las etapas infantil y preadolescente, un nivel convencional, de moral pendiente de aprobación, propio de la adolescencia y -también- de la adultez, y un tercero postconventional, alcanzado sólo por algunos adultos, que revela una moral autónoma o de principios. Es del caso advertir que John RAWLS, en su célebre "Teoría de la Justicia" (Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1978), efectúa prácticamente la misma diferenciación: habla, así, de una moral de la autoridad, presente en los niños y traducida en obediencia y fidelidad a las personas con autoridad, de una moralidad de la asociación, en adolescentes y adultos, concretada en acatamiento a las normas familiares, sociales o legales, obedecidas por deseo de aprobación, y de moralidad de los principios, alcanzada sólo por algunos adultos, y configurada, precisamente, por la adhesión a los "primeros principios", por su valor intrínseco.

<sup>5</sup> PIAGET, Jean, con la colaboración de INHELDER, Bärbel: "De la lógica del niño a la lógica del adolescente", Paidós, Buenos Aires, 1972. Del mismo autor, "La equilibración de las estructuras cognitivas. Problema central del desarrollo", Siglo XXI, Madrid, 1978. V. también PULASKI, Mary Ann Spencer: "El desarrollo de la mente infantil según Piaget", Paidós Ibérica, Barcelona, 1997.

preoperatorio- y el de la inteligencia operatoria. Cada uno de ellos se encuentra definido por un eje, alrededor del cual se van estructurando las adquisiciones propias de la respectiva fase evolutiva: la acción, la representación y la evolución.

No me detendré en el primero, toda vez que, comienza con los reflejos incondicionados, desde el nacimiento, y culmina alrededor de los dos años, cuando aparece el lenguaje. En cambio, sí interesan los dos restantes para el cometido esencial de este trabajo.

El período de preparación y organización de las operaciones concretas supone, obviamente, un nivel cualitativamente más elevado que el inicial, en el desarrollo de la estructura intelectual del sujeto. Se subdivide en dos etapas o momentos: el de preparación de las operaciones concretas (pensamiento preoperatorio) y el de las operaciones concretas propiamente dichas (pensamiento operatorio concreto). Ubica Piaget el comienzo del primero entre los 7 u 8 años, y, su culminación en los 11 ó 12. Y el del segundo, entre los 15 y los 16 años. No obstante que los párrafos dedicados a esos dos momentos pudieren prestarse a confusión, toda vez que menciona en primer lugar el límite de los 11 ó 12, el insigne profesor sitúa la finalización de ese proceso -cuyo avance esencial en el desarrollo del pensamiento infantil está representado por la aparición de las primeras operaciones mentales, aunque referidas o ligadas a objetos concretos, tales como la clasificación, la seriación y la conservación- en los topes etarios 15/16, correspondientes a la etapa de las operaciones concretas propiamente dichas.

Refuerza esta convicción el hecho de que Piaget localiza el tercer período, denominado del pensamiento lógico-formal, a partir, justamente, de los 15 ó 16 años. En él tiene lugar la plasmación de un pensamiento hipotético-deductivo, a través del cual el sujeto, a partir de hipótesis enunciadas verbalmente, llega a deducciones adecuadas para interpretar la realidad objetiva e interactuar con sus semejantes. En las estructuras lógico-formales características de esta fase se resumen las operaciones que le permiten al hombre construir, de manera efectiva, su realidad.

Como cabe apreciar, y sobre este punto volveré decisivamente, si bien Piaget no limita su concepción al desarrollo intelectual, sino que, como se refirió someramente, ensaya una armonización de lo cognitivo con otras áreas de la personalidad, como la moral y la motivacional, coloca como fundamento de estas últimas la formación de las estructuras operatorias recién sintetizadas. Y con ese criterio, tal cual se ha expresado, hace concluir el período de las operaciones concretas propiamente dichas a los quince o dieciséis años.

Análogamente, Daniel Marcelli, Alain Braconnier y Julián de Ajuriaguerra, recreándose en la esfera cognitiva del adolescente elaboraron una síntesis de los rasgos básicos del pensamiento formal, comenzando por la subordinación de lo real a lo posible y culminando en la construcción de enunciados verbales, en los

que se transparenta “la intervención de una lógica nueva o lógica de las proposiciones, que permite acceder a un número infinitamente mayor de operaciones y de combinaciones de tales operaciones”<sup>6</sup>

III. A partir del cuadro precedentemente evocado, es válido afirmar que el subperíodo de las operaciones concretas propiamente dichas (pensamiento operatorio concreto) y el período del pensamiento lógico-formal abarcan la etapa del desarrollo humano conocida como adolescencia.

Existe coincidencia en la literatura consagrada al tema del último cuarto de siglo en punto a los rasgos que caracterizan a la adolescencia, a saber: a) comienza con la pubertad, con el inicio del desarrollo sexual secundario – capacidad de eyaculación y de menstruación, madurez de las células sexuales-; b) se produce en ella una aceleración final del crecimiento, con frecuente desarmonía de rasgos faciales y del crecimiento de las extremidades; c) se suceden los cambios de índole psicológica y social; d) en relación con lo anterior, se experimenta la búsqueda de una identidad personal; e) finaliza a distintas edades, según la sociedad, con o sin ritual de iniciación de la adultez<sup>7</sup>.<sup>8</sup>

Volviendo a las obras de Piaget ya mencionadas, es en esta etapa, en la que el pensamiento va pasando de lo lógico-concreto a lo lógico-formal, que se va forjando la capacidad de reflexionar antes de actuar, se descubre el juego erótico como alternativa previa a la actividad sexual genital, cambia la vida de relación y se encara la problemática concordancia con el mundo adulto<sup>9</sup>.

Mas, como lo puntualizan notorios estudios relativos a la Psicopatología del adolescente, esa transición, de por sí traumática, es también –y en virtud de las mismas necesidades y apetencias de quien la cursa, una fase de experimentación y aprendizaje por “ensayo y error”, y de identificaciones dubitativas -y aun bizarras-; cuadro al que vienen a sumarse –como se verá enseguida- las inseguridades, tensiones y conflictos por causas socio- económico-culturales<sup>10</sup>

A ese panorama paradigmáticamente crítico, se añade, en las sociedades occidentales contemporáneas, la ausencia de todo ritual de iniciación en la adultez. En lugar de ello, es característico el desfase, evidenciado social y culturalmente, conforme al cual unos individuos biológicamente hábiles son reputados socialmente inhábiles<sup>11</sup>, salvo –eso sí- para determinadas cargas u obligaciones. Así, por ejemplo, un mismo ordenamiento, como el vigente en Argentina, sólo considera plenamente capaz, como regla, al individuo que haya

---

<sup>6</sup> MARCELLI, Daniel - BRACONNIER, Alain – de AJURIAGUERRA, Julián: “Manual de Psicopatología del adolescente, Masson, Barcelona-México, 1986.

<sup>8</sup> CARRETERO, Mario et al.: “Psicología Evolutiva: Adolescencia, Madurez y Senectud”, Alianza, Madrid, 1985, Cap. 1. ; FIERRO, A.: “Adolescencia: edad de transición”, Cuadernos de Pedagogía, 130, Barcelona, 1986; MARCELLI et. al., op. cit.; MORALEDA, Mariano, “Psicología del desarrollo: infancia, adolescencia, madurez y senectud”, Marcombo, Barcelona, 1995.

<sup>9</sup> PIAGET, Jean: op. cit. en nota 5.

<sup>10</sup> MARCELLI – BRACONNIER – de AJURIAGUERRA: op. cit.

<sup>11</sup> FIERRO, A., op. cit.; VALVERDE MOLINA, Jesús: “El proceso de inadaptación social”, 2ª. ed., Popular, Madrid, 1993.

cumplido los 21 años de edad, es decir, cuando deja atrás la adolescencia, pero le adjudica responsabilidad en materia penal a partir de los 16; para colmo, *de lege ferenda* –como se ha expresado- mientras los partidarios del raro lema “severidad con justicia” pugnan por descender a los 14 el límite de la culpabilidad en ese terreno, no faltan los cruzados de la niñez encarcelada que apuntan animosos –y ominosos- a los 12 años.

Y como si algo faltara, los adolescentes tropiezan hoy con enormes dificultades para lograr una inserción laboral, lo que deriva, en el mejor de los casos, en un alargamiento del plazo educativo, y en el peor, en la carencia de todo continente apto para avanzar hacia la plena madurez existencial<sup>12</sup>.

En síntesis, la suma de factores psicosomáticos, propios de la pubertad y del desarrollo psicológico y social, y los que introduce el estado de cosas socioeconómico y cultural, multiplica las sensaciones de inseguridad, las tensiones y los conflictos del adolescente en la primera década del siglo XXI<sup>13</sup>.

**IV.** De acuerdo al derecho positivo vigente en Europa y América Latina y a la doctrina penal más autorizada, la posibilidad de reprochar a un sujeto la realización de una conducta prohibida y no justificada depende de la comprobación de una doble suficiencia psíquica: capacidad de comprensión de la relevancia jurídico-penal de su conducta y capacidad de dirección de las propias acciones conforme a esa comprensión.

Si concurren ambas capacidades y el sujeto no se ha visto afectado por un error invencible sobre la prohibición, o por coacción, o por un estado de necesidad exculpante cabe el reproche, y esa conducta, prohibida para la generalidad e injustificada en el caso concreto, será también culpable, completando las características de un delito penal.

Sentadas tales premisas, y tomando en cuenta cuanto quedó dicho en los párrafos anteriores, vale anotar una primera observación crítica respecto de la inmensa mayoría de estudios sobre la conducta de los adolescentes desde las perspectivas ética y jurídica: a lo largo del siglo XX -y entrado ya el actual-, los estudios sobre el desarrollo moral en el niño y el adolescente se concentraron en el aspecto cognitivo. Es necesario advertir, pues, la falta de correlación entre desarrollo intelectual y comportamiento en el adolescente.

---

<sup>12</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel: “Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil”, Comares, Granada, 1998.

<sup>13</sup> En Argentina, el de la rebaja del tope etario de la imputabilidad jurídico-penal es un tema recurrente, que ha reaparecido durante los gobiernos *de facto* padecidos por nuestra ciudadanía, así como en momentos críticos de los períodos democráticos sucedidos en los últimos cincuenta años. Fue en el marco de la dictadura instaurada en marzo de 1976, que se sancionó y promulgó la “ley” 21338, publicada oficialmente el 1º/7/1976, cuyo artículo 3º modificaba el texto de la ley 14394; y, retrocediendo a la pauta contenida en el código de 1922, fijaba en los catorce años aquel límite, en medio de un centenar de modificaciones que endurecían las escalas del Código Penal y de sus leyes complementarias. Fue también durante ese período dictatorial, cuatro años más tarde, el 28/8/80, que se publicó la “ley” 22278, en la que aquella rebaja subsistía. Sólo en vísperas del advenimiento del actual período democrático, en 1983, la última junta militar repuso los dieciséis años como hito distintivo en la materia, mediante la “ley” 22803. Los impulsos reformistas tendentes –exclusivamente- al descenso de la edad de imputabilidad penal de los niños obedecieron históricamente, en nuestro país, al designio de tornar más dura la respuesta a las infracciones por ellos protagonizadas, sea en el transcurso de los diversos regímenes autoritarios padecidos, sea como reacción espasmódica de una parte de

Enfocando, única o predominantemente, la comprensión, a la manera de Piaget o de Kohlberg, podremos predicar con facilidad acerca de habilidades tales como pensamiento abstracto, capacidad de conocer los valores e interés por los temas éticos. Pero, a la hora de hacer referencia al otro ingrediente de la capacidad psíquica de culpabilidad en sentido jurídico-penal, naufragará tanta firmeza inicial. Es que hacen parte de la realidad que pretendemos abarcar aquellos experimentos y yerros descritos párrafos atrás, aquellas identificaciones ambiguas, extravagantes o irrisorias, todo ello bajo el marco condicionante que impone el estado de cosas general.

Esos rasgos, frecuentemente traducidos en pasajes al acto, sorprendidos y desconcertantes, son característicos de todo adolescente de cara al mundo adulto, desde el padre hasta quien haga sus veces o actúe en su nombre.

Aclaro aquí, válido de mi condición de criminólogo, que no se trata de incurrir en sinonimias indebidas entre esos “pasajes al acto” y lo que Sigmund Freud describió como *agieren (acting out)*, en “Recuerdo, Elaboración y Repetición”<sup>14</sup>, vale decir aquel actuar ante la imposibilidad de recordar y verbalizar un tramo reprimido del pasado durante la terapia; sino de intentar una caracterización de esos despliegues fácticos comunes en todo adolescente, motorizados por el inconsciente (comportamientos neuróticos obsesivos o contrafóbicos), o protagonizados con conciencia de la motivación que los impulsa (“pasaje al acto” o “*enactment*”), conducta nutrida y potenciada por la angustia entre el deseo y la prohibición, entre la tendencia a la satisfacción de los instintos y el control.

Si existe comprensión pero falla el autodomínio, por factores ligados a la fase de desarrollo, potenciados por factores socioeconómicos y culturales, no se verifica la doble capacidad de la imputabilidad desde la perspectiva del derecho punitivo.

V. Dos antecedentes jurisprudenciales, uno de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica y el restante del máximo tribunal argentino prestan un notable respaldo argumental a lo que aquí se sostiene.

Sabido es que el país del Norte de nuestro continente conserva, en las tres cuartas partes de sus Estados, el atavismo inicuo e ineficaz de la pena capital. En el caso “Roper v. Simmons”, resuelto el 1º de marzo de 2005, con el Juez Anthony Kennedy como miembro preopinante, se abordaba el tema de su dilemática aplicación a los menores de 18 años. Y aunque nuestro país y toda América Latina, a excepción de Cuba y Guatemala, se ha librado del estigma de contar con el asesinato oficial como recurso, pueden aprovecharse *mutatis mutandi* las apreciaciones y referencias emitidas en ese pronunciamiento. Me he limitado a extraer los párrafos más significativos, traducirlos y transcribirlos textualmente.

---

la clase política ante episodios delictivos que conmovieron a la ciudadanía, en las sucesivas etapas democráticas sobrevenidas.

<sup>14</sup> FREUD, Sigmund: “Recuerdo, elaboración y repetición”, en “Obras Completas, Biblioteca Nueva, Madrid, 1968, T. II, p. 437 y ss.

*“Tres diferencias generales entre los jóvenes menores de 18 años y los adultos demuestran que los jóvenes infractores no pueden ser clasificados seriamente entre los peores transgresores...1) tal como cualquier padre lo sabe y tal como lo demandan los estudios científicos y sociológicos....la carencia de madurez y un sentido de responsabilidad falto de desarrollo se encuentran con mayor frecuencia en los jóvenes que en los adultos y son más comprensibles entre aquellos”...“tales calidades a menudo se traducen en acciones y decisiones impetuosas y desconsideradas”...“aun en los sujetos normales de 16 años falta habitualmente la madurez de un adulto”<sup>15</sup>... “en reconocimiento de la inmadurez comparativa y la irresponsabilidad de los jóvenes, prácticamente todos los Estados de la Unión prohíben votar, servir como jurados o casarse sin consentimiento paterno a los menores de 18 años”...“2) El segundo ámbito de diferencia reside en que los jóvenes son más vulnerables o susceptibles a las influencias negativas y a las presiones externas, incluyendo las de sus pares”<sup>16</sup>...“esto se explica en parte por la prevaleciente circunstancia de que los jóvenes tienen menos control o menos experiencia sobre el control y sobre su propio entorno”<sup>17</sup>...3) la tercera gran diferencia consiste en que el carácter de un joven no está conformado como lo está el adulto, los rasgos de personalidad de los jóvenes son más transitorios, menos fijos<sup>18</sup>...“esas diferencias tornan sospechosa cualquier conclusión relativa a que un joven pueda contarse entre los peores delincuentes”... “[por la] susceptibilidad de los jóvenes a incurrir en comportamientos inmaduros e irresponsables”...“su propia conducta irresponsable no es éticamente reprehensible como lo es la de un adulto”...“su propia vulnerabilidad y comparativa falta de control sobre su entorno, significan que su juventud reclama, en mucha mayor medida que de cara a los adultos, ser perdonados por fallar en la evitación de las influencias negativas existentes a su alrededor”...“si es difícil, aun para los psicólogos más expertos, diferenciar entre los transgresores juveniles cuyas infracciones reflejan una inmadurez desafortunada pero transitoria, y los raros casos de transgresores juveniles cuyos ilícitos reflejen una irreparable corrupción, y esa dificultad, tal como nosotros la comprendemos, subyace bajo la regla que prohíbe a los psiquiatras diagnosticar a cualquier paciente menor de 18 años como el portador de un desorden antisocial de personalidad, o un desorden referible a una psicopatía o sociopatía, pasible de ser caracterizado como depravación, cinismo o desprecio por los sentimientos, derechos y sufrimientos de terceras personas, si psiquiatras entrenados, con la ventaja de las pruebas*

---

<sup>15</sup> Con cita del fallo “Johnson vs. Texas”, un párrafo textual del fallo “Eddings vs. Oklahoma” y otro del especialista en Psicología Juvenil Jeffrey Jensen Arnett: “virtualmente, en cada categoría de conducta temeraria, los adolescentes se encuentran estadísticamente sobrerrepresentados”.

<sup>16</sup> Nueva cita del caso “Eddings”: “Juventud es más que un hecho cronológico: es el tiempo y la condición vital en que una persona puede ser más susceptible a influencias y al daño psicológico”.

<sup>17</sup> Con cita de Laurence Steinberg y Elizabeth Scott, de quienes también se rescata la siguiente frase: “en los menores de edad legal (jóvenes) falta la libertad que los adultos tienen de librarse de situaciones tendentes al delito”.

<sup>18</sup> Con cita de “Identidad: Juventud y Crisis”, de E. Erikson.

*clínicas y la observación se abstienen, a pesar de su habilidad diagnóstica, de evaluar a cualquier joven menor de 18 años como portador de un desorden de personalidad antisocial, nosotros concluimos que los Estados de la Unión deben abstenerse de interpelar a los miembros del jurado para que emitan la más grave de las condenas”.*

Si se expurga en tales consideraciones el lastre teologizante frecuentemente detectable en la jurisprudencia estadounidense, quedan expuestos criterios claros y fundados acerca de la diferencia epigenética entre niños y adolescentes, de una parte, y adultos, de la otra.

Lo relevante de la restante decisión jurisprudencial consiste en la disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Eugenio R. Zaffaroni en el fallo “TEJERINA, Romina Anahí, s/ homicidio calificado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado el 8 de abril de 2008. En tanto que la mayoría del órgano colegiado desestimó el recurso de queja interpuesto, por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial, los ministros de mención abordaron el fondo del asunto y, entre otras aseveraciones, formularon las siguientes: *“...la decisión exhibe defectos graves de fundamentación y de razonamiento que redundan en menoscabo del debido proceso y del derecho de defensa en juicio”...“tampoco el relato pormenorizado brindado por Tejerina con posterioridad al hecho puede conducir a afirmar sin más que quien lo prestara era consciente de su conducta cuando lo consumaba, toda vez que de ese modo se alude únicamente al plano del conocimiento de lo hecho por el autor sin mención alguna al plano valorativo, por lo que el argumento posee un fundamento solo aparente.”...“inferir de la circunstancia de que el sujeto haya captado correctamente en el plano intelectual el suceso su capacidad de culpabilidad es confundir de un modo totalmente arbitrario los conceptos de saber y comprender, toda vez que, lejos de lo que sostiene dogmáticamente el a quo pueden presentarse perfectamente alteraciones en el control ético de la conducta (esfera pragmática) pero sin trastornos intelectuales (esfera práxica), siendo la disfunción afectiva tan importante como la mental”...“...por lo demás, se trata de una primeriza de 19 años. el dato no es menor si se tiene en cuenta...que uno de los datos que utilizó la Suprema Corte de los Estados Unidos...-caso “Roper v. Simmons”...fue la conclusión a la que arribaron los jueces luego de examinar la información que habían presentado la Asociación Médica Americana, la Asociación de Psiquiatras Americanos y otras instituciones prestigiosas del país.”...“allí se señalaba que el cerebro de los menores de edad –hasta los 19/20 años- no se encuentra completamente desarrollado en regiones claves para la valoración y control de las conductas y la toma de decisiones”.*

**VI.** El repaso forzosamente breve acerca de los estudios de la niñez y la adolescencia confirma lo que sostiene una destacada psicóloga argentina, experta en el tema: aun en la denominada adolescencia “normal”, el sujeto se ve

---



enfrentado a importantes modificaciones corporales, con fuertes y costosos cambios intrapsíquicos: “todo adolescente atraviesa los procesos de duelo por la pérdida de la infancia dorada (en términos freudianos, la resignificación de la conflictiva edípica), y –con ello- la necesidad de una salida exogámica y de un nuevo juego identificador”<sup>19</sup>.

A esa crisis y a esas urgencias vinieron a sumarse, en cabeza de centenas de miles de adolescentes, los efectos de graves y recurrentes dificultades económicas atravesadas por la población de este país y de toda la región, y traducidas en indigencia y pobreza extrema de las mayorías; y, en incontables casos, en maltrato, desnutrición, abandono y descontrol de los niños y adolescentes por parte de los referentes adultos, sea por desintegración del grupo familiar, sea por la alienación derivada de la necesidad de prodigarse en diversas actividades para subvenir a las necesidades de dicho grupo<sup>20</sup>

Ahora bien; pese a tal suma de factores negativos, es del caso remarcar, contra la persistente campaña de construcción social de una realidad más insegura que la real, promovida por los sectores más reaccionarios y difundida por los medios masivos que responden a sus intereses, en los peores años de la más aguda crisis económica padecida por la sociedad argentina, el aumento de la tasa global de criminalidad fue escasamente significativo, como lo demuestran los datos recogidos por la Dirección Nacional de Política Criminal de los registros de las fuerzas de seguridad<sup>21</sup>. Por cierto, a despecho de ese módico aumento de criminalidad ocurrido en la epicrisis y en descenso a partir de 2004, la exacerbada sensación de inseguridad precipitó en una catarata de reformas esperpénticas del Código Penal argentino, catorce de ellas en menos de un trienio (2003-2006), centradas, como es tradicional en épocas de “ley y orden”, en el endurecimiento de las escalas penales y en restricciones para la excarcelación bajo proceso.

En medio de ese enrarecido clima, surgieron algunos de los proyectos que, con algunos retoques formales, aparecen hoy nuevamente impulsados a nivel parlamentario, con el sello común de lograr la rebaja del límite etario de la imputabilidad, cuya verdadera índole intenta disimularse a través de una falacia añeja pero de funesto suceso.

Se argumenta así que, tras casi un siglo de penurias de la infancia y adolescencia a manos de un sistema de patronato estatal que les privó de las

---

<sup>19</sup> PERRONE, Hebe: Revista “Actualidad Psicológica”, dossier sobre adolescencia, Buenos Aires, 2004.

<sup>20</sup> Sólo algunos datos permiten ilustrar al respecto: en octubre de 2001, el 38.3 % de los habitantes de la Argentina vivían en la pobreza. Dentro de ese porcentaje, 632.000 hogares se ubicaban por debajo de la línea de la indigencia, abarcando a 3.175.000 personas, según datos del Ministerio de Desarrollo de la Nación. Un año más tarde, según esa misma fuente oficial, el porcentaje de personas pobres alcanzó el 57,5 por ciento; y el 45,7 por ciento de los hogares se encontraba en situación de indigencia. Cabe recordar que se ubican bajo la “línea de pobreza” los hogares que no alcanzan a reunir ingresos suficientes para satisfacer un conjunto de necesidades alimentarias y no alimentarias esenciales (vestimenta, educación, salud, etc.) incluidas en la llamada canasta básica total; y bajo la “línea de indigencia” los hogares que no superan el umbral de ingresos suficientes para cubrir una canasta de alimentos capaz de satisfacer un umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas.

<sup>21</sup> Cantidad de delitos en todo el país notificados por la Policía Federal, la Prefectura Naval Argentina y la Gendarmería en el sexenio 2000-2005: Año 2000: 1.129.000 delitos en todo el país; 2001: 1.178.530; 2002: 1.340.529; 2003: 1.270.725; 2004: 1.243.827; 2005: 1.206.946.

garantías del debido proceso contemplado para los transgresores adultos, la única manera de reparar semejante situación es introducir a los individuos de catorce y quince años en un “nuevo” sistema de responsabilidad penal juvenil.

Que el sofisma del juez-padre-patrono se reveló falso e injusto pocos podrían discutirlo; contra su subsistencia quien suscribe ha embestido durante décadas<sup>22</sup>. Que, por tanto, merecía una derogación lisa y llana, está claro. Las profundas y, en ciertos casos, antitéticas divergencias aparecen a la hora de pergeñar con qué marco institucional cuadra reemplazar ese sistema.

En parte, el proceso de transformación normativa tuvo inicio a partir de la sanción de la Ley 26061, de protección integral de niñas, niños y adolescentes, promulgada el 21 de octubre de 2005 y derogatoria de la ley 10903, que había instituido dicho patronato estatal de los menores de edad en 1919. Pero, además de la irregularidad de su implementación, potenciada por la diversidad de las legislaciones provinciales, sobrevive hasta la fecha la ley 22278, dictada durante la última dictadura militar, que estableció el actual régimen penal para adolescentes, fijando el límite etario de la imputabilidad en los 14 años, aunque morigerado por otra de ese mismo período, la 22803, que elevó ese tope a los 16 años. Éste es, precisamente, el punto sobre el que recaen los más diversos puntos de vista.

Emergieron en el último lustro iniciativas legislativas que se reducían a rebajar el límite en cuestión a los catorce años, sin otra modificación. Es el caso del proyecto de ley presentado por el senador nacional Miguel Pichetto<sup>23</sup>, quien, entre los fundamentos aportados para tal reforma expresó textualmente: *“Creo que liberar a la comunidad del peligro que representa un menor inimputable pero capaz de empuñar un arma de fuego, de violar, de robar y de asesinar, es de vital importancia. Es indudable el alto grado de discernimiento con que cuentan los menores a partir de los catorce años, quienes a esa edad, y antes también, diferencian perfectamente entre el bien y el mal.*

*Si a ello le sumamos la generalización, el avance y la penetración de los medios masivos de comunicación, la posibilidad de acceso a la informática, y la realidad social que rodea a los menores, insertos muchos de ellos en una subcultura del delito, es también indudable que la política criminal de nuestro país, en materia de menores, debe perfilarse hacia la consideración de apropiadas medidas restrictivas de su libertad, que tengan en cuenta el grado de maduración que nuestros menores han alcanzado, y que guarden proporción con las circunstancias de dichos menores y del hecho punible”.*

Más adelante he de exponer las razones, apoyadas en el conocimiento científico de expertos en Psicología juvenil, que desvirtúan, palabra por palabra,

---

<sup>22</sup> NIÑO, Luis F.: “Aspectos socio-jurídicos de la declaración del estado de abandono: la vieja trampa para cazar niños”, en el volumen “Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los derechos.”, UNICEF-ILANUD-UNICRI, Galerna, Buenos Aires, 1992.

<sup>23</sup> Es el caso del Proyecto de Ley sobre imputabilidad de menores (Expediente 794/04 del Senado de la Nación) presentado por el legislador Miguel Ángel Pichetto.

ese razonamiento; pero, al menos, es de agradecer la sinceridad del legislador, frente a los subterfugios a los que recurrieron otros parlamentarios.

Otros proyectos pugnan por una reforma más integral, en el marco de una ley de responsabilidad penal juvenil. Es el caso del diputado Emilio García Méndez, cuya iniciativa en tal sentido data de 2005 y ha vuelto a cobrar estado parlamentario en 2008. Su autor propone, textualmente, *“políticas sociales inclusivas para niños y adolescentes víctimas y severidad con justicia para los adolescentes victimarios. Una severidad que implica privación de libertad, entre los 14 y los 18 años, para delitos graves taxativamente estipulados y una justicia que, lejos de ser una vaga abstracción filosófica, exige la puesta en práctica de todos los mecanismos e instituciones del Estado democrático de derecho. Un sistema que primordialmente permita conectar al adolescente con su responsabilidad”* en una sociedad que, según su criterio, *“no consigue articular sin culpas propuestas serias de represión legal de los comportamientos violentos”*<sup>24</sup>.

En esa misma línea se inscribe el proyecto impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional<sup>25</sup>, conforme al cual los niños de 14 y 15 años podrán ser juzgados y condenados a penas que pueden alcanzar un máximo de siete años, toda vez que la edad de 21 años es el límite para el régimen sancionatorio (artículo 11). Para los niños de 16 y 17 años la pena máxima podría alcanzar los quince años de prisión (art. 12).

Es interesante advertir, para apreciar la ligereza con que se tratan temas de tanta trascendencia, que, conforme a la mecánica propuesta por tales disposiciones, un niño de catorce años recién cumplidos al momento de cometer un homicidio simple y condenado a la pena mínima para ese delito, deberá purgar prácticamente dos años más de pena que otro que haya cometido un hecho análogo en la víspera de su decimosexto onomástico, y resulte sancionado con idéntico monto punitivo. Y, con relación a los niños penados por ilícitos cometidos a los dieciséis años y penados –nada menos que- con quince vale la pena reflexionar como lo hace la profesora argentina radicada en Suiza Ana Messuti acerca del tiempo como medida de la pena, y discernir que, en el caso de un niño o adolescente, al mero cálculo aritmético de los años de pena, tarea imposible por definición porque “nunca los años de la pena se dejan meramente calcular”, se suma otro cálculo, el de la proporción entre la vida vivida hasta la imposición de la condena y la vida a transcurrir a partir de ella, operación que, como ella define, “...hace estallar la medida de la pena en miles de desmedidas. Es decir, la pena deja de mantener una medida y, por consiguiente, deja de ser pena; la pena, me atrevería a decir, se ‘desmesura’ ”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: “Adolescentes, entre la culpa y la responsabilidad”, documento de la agrupación política “Solidaridad e Igualdad”, publicado en el periódico Página 12 de Buenos Aires el 28/10/2008.

<sup>25</sup> Cuento con el ejemplar fotocopiado de dicho proyecto oficial, elaborado conforme a propuestas del catedrático y magistrado Eugenio Raúl Zaffaroni.

<sup>26</sup> MESUTTI, Ana: “La justicia reconstruida”, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2008, p. 150.

Por otra parte, volviendo a las expresiones del diputado García Méndez, la asociación de severidad con justicia no se comprende, si de lo que se trata es, meramente, de hacer justicia a los menores, tras noventa años de una falaz tuición estatal que los sometía a un encierro sin garantías procesales.

Severidad es sinónimo de dureza, rigor, inclemencia, crueldad, insensibilidad, aspereza, sequedad. Un rasgo, en suma, que no parece compatibilizar adecuadamente con el declarado respeto por normas de jerarquía constitucional, tales como la que ordena a los Estados Partes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño disponer las más diversas medidas alternativas a la internación en instituciones, para propender apropiadamente a su bienestar (art. 40, numeral 4).

En el mismo orden de ideas, apelar a síntesis como “políticas sociales inclusivas para niños y adolescentes víctimas y severidad con justicia para los adolescentes victimarios” se soslaya la génesis socioeconómica de las transgresiones protagonizadas por estos últimos, reveladoras de que lo que faltó, falta y seguirá faltando, si los poderes públicos se conforman con el expansionismo punitivo para aquietar las aguas de la inseguridad, han sido, son y muy posiblemente serán las políticas de inclusión social cuya implementación habría evitado -y evitaría en el futuro- la transformación de esos adolescentes en los “victimarios” a enfrentar con severidad<sup>27</sup>.

**VII.** En el párrafo precedente, al referirme a los proyectos de ley que se limitan a rebajar el límite de la edad de imputabilidad penal, hice cita de algunos de los fundamentos empleados en la presentación de uno de ellos en el cuerpo parlamentario pertinente, y anticipé que retornaría sobre el particular.

Pues bien; contraponiéndose diametralmente a los argumentos esgrimidos respecto del “*alto grado de discernimiento*” de los individuos menores de catorce años, hipotéticamente potenciado en la actualidad por “*la penetración de los medios masivos de difusión*” y por “*la posibilidad de acceso a la informática*”, los estudiosos y expertos en el tópico son lapidarios en el sentido de que el proceso evolutivo de conocimiento y comprensión de la realidad por parte de los niños y adolescentes de nuestro medio se encuentra gravemente interferido por múltiples factores entre los que se encuentran, precisamente, la televisión y el uso de videojuegos, teléfonos celulares con múltiples funciones y computadoras.

Dos reconocidos profesionales, el psiquiatra Juan Carlos Fernández y la psicóloga Fabiana Cantero, responsables de la institución oficial para el tratamiento de adolescentes “Isla Silvia”, con sede en la Provincia de Buenos Aires, respondiendo a interrogantes de quien suscribe, en el año 2006,

---

<sup>27</sup> Conforme a datos que obtuve en la Justicia de Menores de la Capital Federal, el perfil de los adolescentes infractores condenados en los tres Tribunales Orales de Menores durante 2005, vale decir, al finalizar el crítico sexenio iniciado en el año 2000, era el siguiente: argentinos (93%), varones (96%), con escolarización deficiente (92%), y con nula o deficiente inserción laboral (87 % = 52 % + 35,5 %, respectivamente). Como puede comprobarse, promediando los cuatro guarismos del perfil obtenido se obtiene un 90,2%. El dato que complementa lo que afirmo y revela la raíz socioeconómica de las transgresiones adolescentes es el siguiente: en el 90,22% de dichas condenas, los delitos imputados fueron contra la propiedad y/o la tenencia de armas.

coincidieron en afirmar que *“actualmente se verifica un estancamiento psicológico de nuestros adolescentes: quedan fijados en una etapa pre-adolescente, lo que obliga a los terapeutas a replantearse las tecnologías de abordaje de los diferentes casos a los que asisten”*.

Por su parte, el psiquiatra y psicoanalista argentino Octavio Fernández Mouján (h) advertía ya un lustro atrás que *“en todos los niveles sociales se constata una desfiguración irreversible de la etapa de la latencia, el período pre-puberal que se tiende desde los 5/6 años hasta los 13/14, tradicionalmente considerado como el de la declinación de la sexualidad infantil ligada a las figuras paternas, y la aparición del pensamiento lógico-concreto”*<sup>28</sup>

Sucede, explica el renombrado Dr. Fernández Mouján (h), fundador del Centro Médico Psicológico Buenos Aires, que *“aquel pensamiento lógico-concreto que consistía en aprender a realizar o concretar lo pensado, representado y elaborado, hoy se ve coartado por el dominio de una inteligencia artificial”* agregando, con palabras harto esclarecedoras, que los niños –sólo aparentemente- gobiernan la televisión, la computadora, el teléfono celular con multifunciones y los juegos electrónicos: *“en realidad, quedan detenidos en el automatismo de apretar botones y obtener resultados inmediatos”*<sup>29</sup>. Muy por el contrario de lo que alegan políticos y periodistas embarcados en la cruzada represiva, el experto pone de relieve lo distorsionado de esa visión, al puntualizar que, si bien la imagen y la tecnología manipuladora de la comunicación han convertido a los niños y adolescentes en dueños aparentes de instrumentos de dominio sobre los demás, lo que en verdad ocurre es que son ellos los dominados por un mundo de imágenes sobreestimulantes, ideadas y vehiculizadas por los adultos, que invaden el espacio de la adolescencia e interfieren gravemente en su proceso de maduración psicológica y emocional.

Para Fernández Mouján (h), un fenómeno causalmente conectado con ese avasallamiento de la niñez y la primera adolescencia es el de la violencia traducida en transgresiones a la ley penal: *“la violencia puberal expresada en términos delictivos...ha hecho su aparición...[en cifras estadísticamente relevantes]...en los últimos diez años, de la mano de las invasiones perturbadoras de que es objeto el sujeto latente prepuberal y el adolescente”*; y ello debido a que hoy, ninguna de las capacidades propias del período prepuberal se adquiere sin la perturbadora interferencia de los factores negativos antes enumerados<sup>30</sup>. Y frente a la superficial afirmación de una supuesta evolución en el grado de discernimiento de nuestros niños, el especialista remata: *“la pobreza reflexiva debilita la imaginación*

---

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ MOUJÁN (h), Octavio: “Violencia temprana y cultura - Hacia un nuevo concepto de adolescencia”, en Revista “Actualidad Psicológica, Buenos Aires, septiembre 2004, p. 2-8.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ MOUJÁN (h), O.: op. cit.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ MOUJÁN (h), O.: op. cit.

*creativa” e “incrementa el peligro de las actuaciones violentas, que ya venían aumentando desde la latencia y la pubertad”<sup>31</sup>*

Estas conclusiones permiten evocar una frase del psicólogo canadiense Otto Klineberg, quien sentenció, tras décadas de estudio de la salud mental en sus aspectos sociales y culturales que *“cuando abordamos el problema de la violencia, nos encontramos ante un fenómeno multidimensional, cuyas modalidades individuales suelen ser comportamientos de respuesta a un estado de cosas, aunque - en general- se caractericen por el ejercicio de la fuerza dirigido a perjudicar a personas o bienes determinados”<sup>32</sup>*

En una sociedad como la de la Argentina contemporánea, en la cual 830.000 adolescentes y jóvenes menores de 24 años –un 27% de ese universo- buscan trabajo pero no lo consiguen, y en el que siete de cada diez de los que poseen ocupación, vale decir, un millón doscientos mil trabajadores jóvenes no se hallan registrados debidamente por sus empleadores, por sólo apuntar dos datos de la realidad<sup>33</sup>, las raíces de la violencia juvenil pueden rastrearse sin mayor dificultad; y quien, verdaderamente, quisiera abordar eficientemente el problema de la mayor inseguridad debería comenzar por remediar situaciones como las descritas.

Procurar la expansión del sistema penal para abarcar a tantos seres vulnerables, que atraviesan la etapa más compleja y confusa de sus vidas sin lograr construir, por causas estructurales, un proyecto que les permita consolidar su lugar en el mundo, y en la que la propaganda consumista les sugiere machaconamente que lo importante no es ser, sino tener y pertenecer, se yergue como una impostura más de toda una clase política falta de brújula cívica.

Por otra parte, de nada vale que se alegue que la pena de internación en institutos está prevista como último recurso. Tras cuarenta años de actividad judicial, si de algo estoy persuadido es de la tendencia centrípeta del sistema penal, que reclama el sacrificio de la libertad ambulatoria de quienes son alcanzados por sus agencias y es prestamente satisfecho por sus operadores, genéricamente considerados.

**VIII** Como puede apreciarse, desde las ciencias del ser y desde su praxis cotidiana se nos insta a percibir que existen claros fenómenos exógenos que interrumpen o dificultan el proceso de maduración psíquica y emocional de los adolescentes, en la Argentina de nuestros días.

Si bien, como he dicho y reiterado en anteriores labores, limitarse a la adopción de medidas como la de rebajar el tope de imputabilidad penal aparece como una consigna anacrónica, que marcha a contramano de la realidad y sólo permite vaticinar jóvenes aun más violentos y resentidos, el hecho de elucubrar un

---

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ MOUJÁN (h), O.: op. cit.

<sup>32</sup> KLINEBERG, Otto: “Las causas de la violencia desde una perspectiva psicología”, Unesco, París, 1981.

sistema de responsabilidad penal más abarcador que el existente, con la frágil excusa de que se desea dotar de las garantías del debido proceso a los niños de catorce o quince años de edad, aporta una irritante nota de fingimiento al problemático panorama.

Nils Katsberg, Director Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe ha sido suficientemente claro al referirse al tópico, al visitar la Argentina en el pasado mes de abril: *“El tema no pasa por bajar de 16 a 14 años. Incluso, considero demagógica esa reducción...En la Argentina hay unos 2000 homicidios dolosos al año. De ese total, en unos doscientos han participado menores de 18 años. De esos doscientos, 150 corresponden a jóvenes de 16 a 18 años. Quedan 50, de los cuales, en 35, los responsables tenían 15. ¿Cuántos quedan? Quince. ¿Qué los tiene que asustar a los argentinos? ¿Esos 15 homicidios? No. Me parece totalmente demagógico, por no usar una palabra indecente, pensar que se va a resolver el tema de la violencia en la Argentina enfocándose en esos 15 casos”*<sup>34</sup>.

A esta altura, es improbable que aparezcan cultores de la penosa falacia del patronato estatal, encubridora de prácticas privativas de libertad dispuestas en perjuicio de niños totalmente desprovistos del elenco de garantías procesales y, por ende, colocados en situaciones más desfavorables –aun- que la de los adultos infractores de la ley penal. Mas, por censurables que tales prácticas hayan resultado, de eso no se sigue que la decisión política de pasar del paradigma del "menor" (objeto de protección/control) al de "niño" (sujeto de derechos), obligue a incurrir en el desconocimiento de una realidad óptico-ontológica.

Un niño carece hoy y aquí, más que en épocas pasadas, de madurez psíquica y emocional suficiente como para trasladar a su situación las categorías de capacidad psíquica de culpabilidad, de autodominio conforme a esa capacidad, y, en definitiva, de responsabilidad penal, por muchas garantías que se le quieran adosar.

Mi propuesta se ha radicalizado, si cabe. Atrás quedan mis opúsculos anteriores en los que pugnaba por un procedimiento específico para niños mayores de dieciséis años, dotado de todas las garantías del derecho procesal penal contemporáneo, incluyendo las más amplias posibilidades de impugnación ante cualquier disposición que los retuviera en un ámbito del que no pudieran egresar por propia voluntad, pero -en cualquier caso- haciendo parte del fuero punitivo. Lejos estoy, pues, de enrolarme en el *“seudoprogresismo que alerta y se rasga las vestiduras frente a la represión futura, pasando por alto los horrores del presente”*, tales como las *“reclusiones perpetuas de menores”* y los *“centenares de*

---

<sup>33</sup> Datos extraídos del informe “Juventud, ¿divino tesoro?”, elaborado por la consultora “Equis” del sociólogo Artemio López en 2006.

<sup>34</sup> Reportaje de Mariana CARVAJAL en el diario “Página 12” del 26/4/09. Por su parte, Raquel ROBLES, directora de un instituto para adolescentes infractores de la Ciudad de Buenos Aires, aseveró en fecha reciente que el debate en torno a la ley de minoridad *“se ha vuelto una discusión hipócrita. Suponer que bajar la edad de imputabilidad nos va a dar una solución me parece una tontería total. Es muy peligroso no asumir la posibilidad adulta de educar a esos chicos y pedir penas para ellos, que se vayan a vivir a otro lado o pedir que los maten”* (Diario “Clarín”, Buenos Aires, edición del 2/5/09). En la misma nota señaló que, desde el

*adolescentes inimputables privados de libertad por una mera acusación policial con base en expedientes tutelares*”, que denunciara públicamente el autor de uno de los proyectos de reforma integral<sup>35</sup>.

Repudié y repudio los horrores del presente, pero con igual firmeza me opongo a una mayor represión futura.

Los niños menores de dieciocho años requieren, por su diferente situación psíquica y emocional, algo distinto a su mera equiparación a los adultos en materia de garantías procesales. Requieren de un abordaje interdisciplinario que interprete científicamente los rasgos de su comportamiento, de sus clásicas técnicas de ensayo y error, de sus bizarras identificaciones, de sus reacciones paradójales, de sus búsquedas de límites, de sus necesidades de afirmación de la creciente personalidad; y ese abordaje debe tener lugar en el fuero de familia, remodelado y ampliado para atender a tan delicada y proficua actividad.

Me pronuncio, pues, por mantener el tope etario de los dieciséis años (o de dieciocho, en los casos de imputación de delitos de acción privada o sancionados con pena de multa, de inhabilitación o de prisión inferior a los dos años), para la instauración de un procedimiento juvenil pleno de garantías y claramente separado del que rija para los adultos, en el que se conserve el único instituto plausible del antiguo régimen, la cesura entre la declaración de responsabilidad y la eventual sentencia con imposición de sanciones, en caso de que la puesta a prueba del encausado no arrojará resultado satisfactorio, en lugar de procederse a la directa fijación de penalidades como lo prevé el artículo 30 del anteproyecto impulsado por el Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Obviamente, tal puesta a prueba habrá de consistir en el cumplimiento de reglas de conducta racionales, a ejecutarse durante un período determinado y, salvo imposibilidad manifiesta, en forma ambulatoria y en el medio social en que el adolescente actúe ordinariamente.

Respecto de los niños menores de tales edades, sin perjuicio de la investigación que cuadre realizar para confirmar o descartar la materialidad de ilicitudes en los que pudieran verse involucrados, con acatamiento de las normas que aseguren el debido proceso legal y sin posibilidad alguna de adoptar en virtud de ella disposiciones restrictivas de sus derechos, sean de corte cautelar o punitivo, será el fuero de familia el que actúe, aplicando, si las circunstancias lo requirieren, medidas de exclusiva protección del niño, previa audiencia del interesado, cuando su edad y madurez lo permitieran (art. 12.1 de la convención) y/o de sus representantes legales, mediante decisión fundada y susceptible de recurso ante una instancia superior.

---

puesto en que se desempeña, advierte la disminución de la cantidad de ilícitos protagonizados por chicos, “*el número se redujo a la mitad que en 2005*” (loc. cit.)

<sup>35</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: documento citado en la nota 27.



En un orden de ideas más general, si de veras se procura brindar a cada niño el trato que merece como sujeto de derechos, es urgente adoptar las medidas que le permitan un pasaje más sereno y positivo de la etapa pre-puberal a la adolescencia, y de la adolescencia a la plenitud de la juventud. Las medidas de fondo a las que me refiero son las políticas generales de inclusión que posibiliten el acceso de todos los niños a la salud, la educación, la recreación, la vivienda digna y demás derechos formalmente reconocidos pero eternamente incumplidos por los sucesivos gobiernos.

En lo específico, es inocultable que la privación de la libertad como penalidad genera un estigma individual y social contrario, por definición, a cualquier propósito de respeto por la condición de ese ‘ser en el mundo’. De concretarse la tentativa de ensanchar los límites del Derecho Penal para abarcar a más niños bajo su control social formal, ello no habrá de redundar en beneficio de los afectados, quienes deben crecer y madurar cultivando una interferencia intersubjetiva saludable, sin sobresaltos ni automatismos, en ámbitos más propios para esos fines que los institutos especializados previstos para purgar penas en los diversos proyectos legislativos mencionados a lo largo de esta labor.

Para finalizar, y con las dispensas del caso por iterar lo que he sostenido en incontables foros, *“una sociedad que genera violencia desde las injusticias de su estructura, desde las desmesuras de su idolatría consumista y desde la crueldad granguiñolesca de sus series televisivas y sus videojuegos no debería cometer la hipocresía de alarmarse por la proliferación del mensaje que origina, que estimula y que difunde en la mente de niños y adolescentes. Menos aun puede arrogarse el derecho de reprimir los efectos de su perversa lección, reprochando a aquéllos en función de su hipotética capacidad de autodomínio, una capacidad difícil de concretar por naturaleza, y a la que ella condiciona y retacea tan poderosamente*<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> NIÑO, Luis F.: “La violencia y los jóvenes”, en “Estudios Penales”, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2007, p. 59.