

Aportes para la discusión sobre la reforma del sistema de responsabilidad penal de adolescentes en la República Argentina

— I —

Introducción

Una y otra vez surgen propuestas de reforma en torno al derecho penal juvenil. Pareciera ser que todo aquel que se precie de ser argentino tiene que tener una propuesta acerca de quién debería ser el número nueve de la selección y un proyecto de reforma del sistema penal juvenil.

Los argumentos en torno de la reforma se organizan sobre dos grandes ejes, que conectan ideas que en principio parecieran irreconciliables. Por un lado, se escuchan argumentos relacionados con la supuesta necesidad de reformar el sistema penal juvenil para resolver los problemas de la inseguridad ciudadana. Por el otro, se ubican quienes plantean la necesidad de la reforma con la finalidad de mejorar los estándares de garantías del sistema¹.

El primer grupo de argumentos (el de la seguridad) plantea como una prioridad disminuir la edad de punibilidad ante la alegada gran cantidad de delitos que cometerían los menores no punibles. Lo curioso es que algunos partidarios de la segunda posición —es decir, modificar el sistema penal para elevar los estándares de garantía— también acuerdan en que sería necesario bajar la edad de punibilidad².

Nos dedicaremos en las siguientes páginas al análisis de estas posturas. Primeramente, analizaremos el problema de la inseguridad desde el punto de vista de las necesidades básicas. Luego, nos referiremos a los estándares actuales de garantía que ofrece el sistema penal juvenil argentino tanto en el orden material como en el procesal, reservado a las provincias por motivos constitucionales. Finalmente, formularemos los ejes acerca de cómo debería encararse una reforma del sistema penal juvenil según nuestro punto de vista.

¹ BELOFF, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006, págs. 20/21.

² BELOFF, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006, pág. 28.

— II —

Seguridad ciudadana y necesidades básicas

¿Sirve de algo bajar la edad de punibilidad?

Desde que el Estado existe, los ciudadanos han reclamado de él seguridad. De ello dan cuenta los teóricos que se han ocupado de algún modo de la teoría del Estado (desde Santo Tomás hasta los autores de la actualidad). La seguridad que se reclama está asociada con la seguridad en los derechos: todo ser humano goza de derechos que para ser ejercidos deben ser respetados. Esos derechos incluyen todo el catálogo que el constitucionalismo ha sabido desarrollar y ha plasmado tanto en instrumentos nacionales como internacionales: la vida, la libertad, la integridad física, la salud, la propiedad, el trabajo, la vivienda, la educación. Los hechos que se perciben como ataques a la seguridad y que, por lo tanto, constituirían la así llamada inseguridad se suelen asociar a delitos predatorios callejeros que atentan contra la propiedad privada y, en ocasiones, causan muertes o lesiones graves. Frente a este problema es frecuente el ofrecimiento de soluciones vinculadas a reformas legales que consisten en aumentar las políticas represivas mediante el sistema penal. Estas medidas incluyen el endurecimiento de penas, la creación de nuevos tipos penales o nuevas agravantes y, en el caso de que se atribuya la conducta a un menor de edad, la disminución de la edad de punibilidad.³

Lo que no se suele analizar es si verdaderamente la seguridad que los ciudadanos legítimamente reclaman del Estado puede satisfacerse mediante esas políticas. Ese análisis ocupará las siguientes páginas.

II.1. Derechos, responsabilidades y deberes

La relación de la niñez con el derecho ha sido (y es) un aspecto siempre discutido, tanto por juristas como por filósofos, sociólogos, psicólogos. Es evidente que los niños tienen derechos, pero también es evidente que su contenido y alcance debe ser diferente que el de los adultos: no sería razonable suponer, por ejemplo, que un niño que transita la primera infancia pueda ejercer el derecho al voto. Tampoco es razonable suponer que un adulto que transita su madurez sea portador del derecho a un apego seguro. Esta diferenciación en los alcances y contenidos de los derechos ha sido objeto de diferentes

³ Véase: BELOFF, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 21.

teorías (las teorías de la voluntad y del interés, las teorías paternalistas y liberacionistas, etc.)⁴ que han llegado a respuestas diversas. El asunto del ejercicio de los derechos es pues, evidentemente, un tema fundamental.

Como contracara de la misma moneda, los derechos suponen deberes y responsabilidades. El preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice que “[e]l cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.” Todo titular de derechos es, a la vez, portador de deberes. El deber más básico que corresponde a todo ser humano y que es esencial para la vida en sociedad es el de no dañar a otros. El daño a otros puede ser de diversa intensidad y, cuando la intensidad es alta y el daño se produce en derechos fundamentales de los demás o en bienes colectivos, es posible ingresar en el campo del derecho penal, que reacciona frente a los conflictos de mayor trascendencia social. El principio del daño, que habilita la respuesta penal, y que fuera formulado brillantemente por John Stuart Mill en su obra *Sobre la libertad*, sólo nos dice ante qué casos es legítimo intervenir mediante el sistema penal, pero no nos dice nada acerca de si esa respuesta es la adecuada para el abordaje del conflicto. Así como el contenido de los derechos de los niños es diferente al de los adultos, es razonable esperar que la reacción del sistema penal frente a sus infracciones también sea diferente. Este último aspecto constituye la base de las discusiones en torno del derecho penal juvenil.

II.2. Función del derecho penal

El problema de la legalidad del sistema penal (cuándo y cómo intervenir) no resuelve, sin embargo, el problema de su utilidad: que el Estado esté habilitado a utilizar el derecho penal (tanto en cuanto a su aplicación por parte de los jueces, como mediante su ampliación a través reformas legales) no nos dice nada aún acerca de su utilidad social. De manera general, es necesario recordar que el sistema penal siempre llega tarde para resolver un problema de seguridad y ello no se debe a defectos de implementación, sino a limitaciones de principios: el derecho penal sólo actúa para

⁴ Sobre ello, véase: ARCHARD, David William, “Children's Rights”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.),
URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/rights-children/>>.

sancionar al perpetrador una vez que el delito ya se cometió (principio de acto⁵). La finalidad de la pena para la prevención de delitos futuros es algo que sólo puede predicarse en el mundo de las ideas: no hay estadísticas que demuestren que la intervención del sistema penal tenga alguna capacidad para evitar que el penado delinca cuando recupere su libertad o que el resto de la sociedad sea disuadida de cometer delitos frente a la amenaza de la pena⁶.

Sumado a ello, debe señalarse que los hechos delictivos más graves, que comprometen ataques a la vida, suelen implicar también para el perpetrador la exposición a riesgos sumamente elevados a sufrir, ellos mismos, la pérdida de su vida o severos daños a su salud (de ello dan cuenta los casos de legítima defensa que ganan notoriedad en los medios de comunicación), lo cual, evidentemente, no los ha disuadido de cometer el delito; ¿por qué entonces deberíamos suponer que la pena los disuadirá? No es difícil colegir de allí que las modificaciones al sistema penal no tienen incidencia significativa en materia de seguridad: aun cuando se aumentaren todas las penas o se crearen nuevos tipos penales, ello no tendría potencialidad para modificar los índices de inseguridad.

II.3. Incidencia del delito penal juvenil en la inseguridad ciudadana

Un punto que debe ser señalado es el de la incidencia de los medios masivos de comunicación en cuanto a la percepción social de la criminalidad. Tal influencia determina que las reformas legislativas, en muchos casos, estén influenciadas por la información que presentan los medios.

En materia específica de criminalidad juvenil, este aspecto ha sido destacado con mucho acierto por Miguel Ángel Cano Paños referido a la realidad española y alemana. Luego de analizar cifras concretas, concluye en que “la delincuencia juvenil violenta, tanto en cifras absolutas como en porcentajes, ni de lejos presenta el dramatismo que intentan transmitir los medios de comunicación. Aquellos hechos puntuales de violencia juvenil de los que se hacen eco los medios hay que considerarlos así como lo que realmente son, es decir, como hechos aislados —en algunos casos sin duda realmente graves,—, los cuales ocupan un porcentaje ínfimo dentro de la

⁵ Artículos 19 y 75 inc. 22 —por intermedio de los arts. 9 de la CADH, 15 inc. 1° del PIDCP y 11 inc. 2° de la DUDH — Constitución Nacional.

⁶ Son estas las dos finalidades preventivas (con relación a la búsqueda de seguridad) que se le han pretendido asignar a la pena a través de las teorías de la prevención especial positiva (LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho penal*, t. II) y de la prevención general negativa (FEUERBACH, P.J.A.R. von, *Tratado de derecho penal*, traducción al castellano de la 14° ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Bs. As., 1989, “[14° edición alemana Giessen, 1847, obra original alemana Giessen, 1801]).

estructura de la delincuencia juvenil cotidiana. La consecuencia más grave de sobredimensionar la delincuencia violenta por parte de los medios de comunicación, además del futuro daño que se pueda causar al menor autor de los hechos, se traduce en la creación en la opinión pública de un estado de alarma social, la mayoría de veces infundado, y cuyas consecuencias resultan claramente negativas de cara al tratamiento de futuros delincuentes juveniles.”⁷

La situación en Argentina no es diferente. Mientras que los medios masivos de comunicación presentan al joven delincuente como el gran generador de la inseguridad ciudadana, las estadísticas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación demuestran que en la Ciudad de Buenos Aires los hechos gravísimos, como los homicidios, son cometidos sólo en un 5% por menores de edad y sólo en el 1% por menores no punibles⁸, es decir, por menores que no son penalmente responsables. Según los datos de la Corte Suprema de la Nación, en el año 2012 sólo el 2,5% de las causas ingresadas al sistema penal correspondieron al fuero de menores (los números son similares en los años anteriores). Los datos del año 2014 demuestran que sólo el 3,5% de los homicidios involucraron como perpetradores a menores de dieciocho años de edad, mientras que si se observa la cantidad de menores de dieciocho años que fueron víctimas de homicidio, el número asciende a 8%. Por su parte, las causas tramitadas por las fiscalías arrojan datos de la misma escasa magnitud: en el año 2015, sólo el 1,56 % corresponden a las fiscalías de menores. Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires los números no aumentan demasiado: en el 2015, sólo el 3,59 % de las causas que tramitaron en las fiscalías corresponden al fuero de menores. El tipo de delito también es elocuente: los datos de la Provincia de Buenos Aires señalan, para el año 2015, que el 32,74% de las causas se refieren a hurtos y robos, y el 21,83% a amenazas y lesiones leves.⁹ Por otra

⁷ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, p. 119.

⁸ Destaca Cano Paños que “partiendo tanto de las cifras oficiales relativas a la delincuencia de menores, como de esa serie de hechos aislados de carácter espectacular, hay que concluir afirmando que los *mass media* vienen generalmente transmitiendo a la sociedad un mensaje basado en un aumento preocupante de la delincuencia juvenil, tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa, resaltando sobre todo los casos de violencia juvenil extrema. Se informa así de un aumento constante de la cifra de homicidios, robos o agresiones sexuales por parte de menores de edad, lo cual conduce a que la población perciba un aumento amenazante de la delincuencia juvenil. No obstante, analizando los datos ofrecidos por las estadísticas policiales, hay que decir que esa percepción subjetiva de la delincuencia juvenil está en manifiesta contradicción con la situación objetiva. Efectivamente si se analizan esos datos estadísticos tanto en Alemania como en España, se observa cómo la mayoría de los actos delictivos cometidos por menores de edad son de mediana o baja intensidad. La delincuencia juvenil se encuentra así en ambos países cuantitativamente marcada por los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Por el contrario, en lo referente a la delincuencia juvenil violenta, las cifras demuestran cómo ésta supone estadísticamente un pequeño porcentaje respecto a todo el abanico delictivo cometido por menores de edad.”⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Instituto de Investigaciones, *Homicidios dolosos 2011*, Buenos Aires, 2012, p. 24.

⁹ Sobre todos estos datos, véase: BELOFF, Mary, *¿Qué hacer...?*, pp. 60/88.

parte, según la investigación realizada por la SENNAF y UNICEF¹⁰, en el año 2015, del total de delitos imputados a la población adolescente incluida en dispositivos penales juveniles, el 64,8% corresponde a delitos contra la propiedad. Ello pone aún más en evidencia que si el sistema penal general no tiene capacidad para resolver los problemas de inseguridad, menos aún lo tiene el derecho penal juvenil, pues la incidencia real en el universo de delitos es mínima.

II.4. Los mayores costos del sistema penal (aún de menores)

Un problema adicional que tienen las propuestas represivas (y que en general no se explicita) es el de los costos: la creación de centros de privación de la libertad o el incremento general del sistema represivo tiene elevados costos que de ser adicionados a estos rubros deberían, necesariamente, no ser destinados a otros, pues el presupuesto de un Estado es limitado.

La inversión del Estado en los distintos rubros que son fundamentales para la vida en sociedad debe realizarse teniendo en consideración las necesidades de la población y la eficacia de las medidas que se han de adoptar. En este punto, el legislador no está absolutamente desvinculado de cualquier consideración. La Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de adoptar medidas de protección y medidas sociales tanto legislativas como administrativas. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas se ha encargado de señalar que “[e]l término ‘adoptarán’ implica que los Estados partes no tienen potestad para decidir si satisfacer o no su obligación de adoptar las convenientes medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos del niño, como las medidas relativas a los presupuestos públicos.”¹¹ Es decir que el Estado debe, necesariamente, respetar los derechos de la niñez a la hora de determinar hacia donde se destinan los recursos. En un Estado en el que las necesidades básicas no han sido satisfechas, resulta difícil de justificar el maximizar los recursos que se destinan al sistema represivo. Aún dentro de una lógica penal, si lo que se busca es reducir la incidencia del crimen en la sociedad, el aumento de recursos públicos debería orientarse a los fines antes señalados, esto es, al

¹⁰ *Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal*, 2015.

¹¹ OG 19, párrafo 18.

aseguramiento de condiciones de vida digna para todos los niños, tal como lo ha señalado sistemáticamente la Corte IDH¹².

II.5. Disminución de la edad penal y lucha contra el crimen organizado

El discurso de la seguridad ciudadana encuentra otra vertiente con relación a la supuesta necesidad de bajar la edad de punibilidad apoyado en el argumento de que el crimen organizado se aprovecha de los niños no punibles para utilizarlos en la comisión de delitos. Si ello fuera cierto, la disminución de la edad de punibilidad caería en el problema de la pendiente resbaladiza: si el crimen organizado se vale de niños de catorce años (porque no son punibles), entonces al disminuir la edad a catorce años comenzará (o es lo esperable por aplicación del mismo razonamiento) a utilizar niños de menor edad. Por lo tanto —si se quiere ser consecuente— se debería plantear la disminución de la edad mínima de responsabilidad penal hasta edades en las que ya no sea físicamente posible cometer delitos (¿primera infancia?).

Por otra parte, el argumento es objetable desde el punto de vista de la eficacia. Si un adolescente no punible es utilizado por el crimen organizado para cometer un delito, será sobreseído en función de su edad y, por lo tanto, puede luego declarar como testigo bajo juramento de decir verdad y podrá, en consecuencia, aportar información útil para enjuiciar a los criminales organizados. En caso de ser tratado como imputado, declarará sin juramento de decir verdad, podrá (y quizás ello sea probablemente lo más aconsejado por su abogado) no autoincriminarse y, por lo tanto, no aportar ninguna información útil (el tratamiento como arrepentido tampoco le garantizaría no ser condenado).

Otra objeción a esta línea argumental es su falta de correspondencia ética: si se considera al niño como una víctima más del crimen organizado, que se vale de él para cometer crímenes que lo colocarán (a él mismo) en serio riesgo, no parece ser el castigo al niño una respuesta éticamente admisible. El Estado debería protegerlo, no castigarlo.

En definitiva, la solución más adecuada en este punto es la que nuestro Código Penal ha adoptado: agravar la pena del adulto que se vale del niño¹³.

II.6. Sistema penal y examen de proporcionalidad

¹² Cf. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párrafo 144.

¹³ BELOFF, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 26.

Por otra parte, cualquier medida estatal destinada a regular derechos fundamentales debe sortear el filtro del examen de proporcionalidad.

Respecto de la herramienta del derecho penal, debe recordarse, por un lado, que es el modo más intenso que tiene el Estado para restringir derechos fundamentales. Se basa en un método coercitivo que actúa en el menoscabo de la libertad ambulatoria, la propiedad y la capacidad jurídica a través de sus distintas penas (prisión, multa e inhabilitación), y, al propio tiempo, acarrea consecuencias colaterales (altamente probables, según enseña la criminología crítica) que implican la estigmatización, riesgos para la vida, la salud y la integridad física, entre otros aspectos. Por otro lado, no ha de olvidarse, como ya lo señalamos, que los costos que demanda el sistema penal son muy elevados en términos presupuestarios.

Si se piensa en incidir en estos derechos fundamentales —que ponen límites a la actividad no sólo de los jueces y la sociedad en general, sino también a los legisladores— a través de restricciones mediante una ley que expanda el terreno del derecho penal, al tiempo que se utilizarán recursos que ya no se podrán utilizar en otros rubros (porque el presupuesto es limitado), se deberían ponderar estos derechos con aquellos principios que se quieren asegurar.

Este análisis de ponderación en la toma de decisiones respecto de las regulaciones en torno a los derechos fundamentales se realiza mediante el examen de proporcionalidad, que tiene base en el artículo 28 de la Constitución Nacional. El examen de proporcionalidad debe considerar tres reglas: la idoneidad de la medida, la necesidad —estas dos, referidas a las posibilidades fácticas— y proporcionalidad en sentido estricto —referida a las posibilidades normativas—. La idoneidad requiere, primeramente, la satisfacción del mandato de adecuación técnica: determinar si la medida que se propone tiene utilidad con relación al objetivo que se quiere alcanzar. Como lo enseña Laura Clérico, “el mandato de adecuación técnica se satisface cuando se puede comprobar una relación empírica entre el medio escogido y el fin perseguido”¹⁴. En nuestro caso, el medio que se pretende es la disminución de la edad de punibilidad. Se debe delimitar, pues, los fines que se han de perseguir¹⁵. La búsqueda de seguridad ciudadana es una finalidad legítima del Estado, y, por lo tanto, justifica la restricción de derechos fundamentales. Pero ello no quiere decir que cualquier medida

¹⁴ CLÉRICO Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 40.

¹⁵ CLÉRICO Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 46 y ss.

que se adopte para alcanzar ese fin estará justificada: ¿Es la reforma a la ley penal con una baja en la edad de punibilidad el medio idóneo y necesario para lograr el objetivo? Para que un medio sea legítimo para restringir un derecho fundamental debe, como primer requisito, guardar una relación positiva con el fin perseguido, es decir, “el medio escogido sirve para fomentar la realización del fin”¹⁶. Como lo hemos desarrollado en el punto anterior, el medio de la reforma del derecho penal juvenil que baje la edad de punibilidad no sólo no tiene ninguna relación positiva con los fines proclamados, sino que genera intervenciones perjudiciales con elevados costos. Como lo señala Clérico: “Cuando el medio escogido no guarda ningún tipo de relación con la realización del fin, el medio es entonces inadecuado. Se puede hablar de un *candidato negativo*. La medida es desproporcionada en sentido amplio”¹⁷. Por esa razón, ninguna ampliación del derecho penal para restringir derechos fundamentales de los niños se justifica.

II.7. Las necesidades básicas

La inseguridad, dicho lo anterior, puede enfocarse desde otro lugar: desde el ángulo de las necesidades.

Como primer punto, es de señalar que la seguridad a la cual se compromete el Estado nación desde su creación no se limita solamente a evitar el delito predatorio callejero, sino también —y antes que nada— a garantizar un mínimo de bienes y servicios que constituyen las necesidades básicas que se requieren para el desarrollo de los individuos (muy especialmente de los niños) en una sociedad equitativa¹⁸ que garantice igualdad de oportunidades: no es seguro un estado en donde los ciudadanos no pueden acceder a los mínimos de salud, educación, alimentos, viviendas. Y no es seguro por dos motivos: primeramente, porque la seguridad de los derechos a la que el Estado nación está obligado se lesiona de manera directa cuando los ciudadanos no pueden acceder a ellos.¹⁹ En segundo término, porque la insatisfacción de las necesidades

¹⁶ CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 40.

¹⁷ CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 41.

¹⁸ Cf. RAWLS, John, *A Theory of Justice*, edición revisada, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

¹⁹ Como lo destaca Garzón Valdés: “Una sociedad que no asegure la satisfacción de las necesidades básicas de la mayor parte de la población (los niños lo son) es una sociedad miserable. Y una sociedad estructurada de forma tal que la obtención del bienestar de parte de sus miembros es sólo posible a costa de la mayoría es injusta. Las sociedades latinoamericanas y sus similares caen, pues, dentro de la clase de las sociedades miserables e injustas.” GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Desde la «modesta propuesta» de J.

básicas es caldo de cultivo para generar, de manera secundaria, las condiciones que dan lugar al delito predatorio callejero. No es casual que la mayoría de los adolescentes que ingresan al sistema penal juvenil cometan delitos contra la propiedad, provengan de clases sociales postergadas, presenten altos índices de vulnerabilidad (y vulneración) en cuanto a derechos a la salud, vivienda o educación.

Con este panorama, hay que advertir que la asociación de la inseguridad con la niñez acarrea el riesgo de cargar sobre las espaldas de los niños los defectos de la intervención de los adultos que no han sabido garantizar sus derechos.

Lo que se propone, pues, es un modelo de seguridad que se tome en serio el problema, como política estatal que trascienda las reformas legales que no han podido ofrecer a la sociedad resultados satisfactorios. Se propone una política de seguridad ciudadana que no se oriente a la represión, sino a la garantía de las necesidades básicas de los niños y adolescentes. El presupuesto que demandaría el endurecimiento de los sistemas penales y de seguridad represiva debería asignarse a la garantía de las necesidades básicas como la salud, la educación, la vivienda y el alimento sobre todo en la primera infancia. La psicología evolutiva da cuenta de la importancia de la satisfacción de estas necesidades en los primeros años de vida, en donde el niño comenzará a constituirse y a desarrollarse como persona moral. Los vínculos que vaya trazando y formando a lo largo de su vida estarán condicionados por ello. Al propio tiempo, la necesidad básica de los niños de relacionarse con pares y generar identidad y pertenencia de grupo en los primeros años de la adolescencia se lesiona severamente cuando se propone su ingreso a edades tempranas al sistema penal, pues ello lo etiqueta de manera drástica en el momento más sensible de la construcción de su personalidad: se lo reafirma como delincuente. La relación entre necesidades básicas y seguridad es directa, no es casualidad que los países que más satisfacen estas necesidades sean a la vez los que mejores índices de seguridad presentan.

La plataforma necesaria para esta política de seguridad demanda del fortalecimiento de políticas sociales de primera infancia. Específicamente en materia penal juvenil requiere la eliminación del alojamiento de adolescentes en comisarías y su reemplazo por centros especializados destinados a garantizar las necesidades básicas, la pronta

Swift hasta las «casas de engorde». Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños”, *Doxa*, n° 15-16, 1994, pp.731/743, p. 740.

derivación y la articulación con el sistema de protección fortalecido²⁰, asimismo, es necesaria la implementación de soluciones alternativas de justicia restaurativa y no represiva.

— III —

El discurso acerca de las garantías

El discurso de la seguridad no ofrece ningún argumento sólido para propiciar una reforma que baje la edad mínima de punibilidad. Otra línea argumental que ha tenido predicamento es la proveniente desde el discurso de las garantías constitucionales de los niños imputados. Estas corrientes de pensamiento tuvieron lugar “a comienzos de los años 90 en América latina cuando el complejo tutelar clásico, en su combinación de paternalismo injustificado y procedimientos inquisitivos, se encontraba todavía intacto en la región.”²¹

Más allá de la discusión acerca de la necesidad de la reforma del sistema penal juvenil, debe decirse que hoy en día aquellas críticas que tuvieron lugar en la década del 90 deben ser reformuladas, pues tal como se exponían ya no se corresponden con la realidad. En primer lugar, no es cierto que al niño no se le reconozcan sus garantías procesales, y ello se debe, por un lado, a que las garantías procesales se regulan en los ordenamientos de forma, y no de fondo, y muchas provincias han sancionado leyes procesales de la niñez para dotar de esas garantías a los jóvenes. Por otra parte, la jurisprudencia reconoce y aplica directamente las reglas de garantías clásicas a los procesos con menores (aun con menores inimputables)²².

En general el tratamiento tutelar no implica la privación de la libertad, y las estadísticas demuestran que la imposición de medidas de seguridad a jóvenes no punibles es prácticamente insignificante.

²⁰ En esta línea, la SENNAF ha desarrollado el Programa Nacional de Centros de Admisión y Derivación (CADs), y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia ha suscripto un acta compromiso en la cual se compromete con estos ejes.

²¹ BELOFF, Mary, “Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la República Argentina”, en BELOFF, Mary (dir.), *Estudios sobre edad penal y derechos del niño*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 13-51, p. 25.

²² BELOFF, Mary, “Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la República Argentina”, en BELOFF, Mary (dir.), *Estudios sobre edad penal y derechos del niño*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 13-51, p. 25. Ver también: BELOFF, Mary, FREEDMAN, Diego, TERRAGNI, Martiniano, “Debido proceso e imputados no punibles en la jurisprudencia argentina”, en BELOFF, Mary (dir.), *Estudios sobre edad penal y derechos del niño*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 167-198.

Tomemos como ejemplo el caso de la provincia de Buenos Aires. El artículo 64 de la ley 13634 (del fuero penal juvenil) habilita la imposición de medidas de seguridad para jóvenes no punibles (menores de 16 años de edad) del siguiente modo: “En casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable, el fiscal podrá requerir al juez de Garantías el dictado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria, en los términos previsto por la legislación de fondo”.

La práctica demuestra, no obstante, que estas medidas rara vez son requeridas y muy rara vez son concedidas. El promedio en el departamento judicial de La Plata es ilustrativo: sólo se solicitan medidas de seguridad en el 1% de las causas en las que se podría, y sólo en el 0,5% son otorgadas por los jueces. Aun en los casos en los que la medida se concede, ella no es demasiado gravosa para la libertad del imputado, porque el promedio de duración va entre 10 a 30 días²³.

Si se toman los datos relativos a adolescentes que se encuentran cumpliendo alguna medida de privación de libertad por hechos ocurridos siendo menores de dieciséis años de edad, el número también es bajo: sólo ochenta adolescentes en todo el país. La *ratio*, teniendo en consideración el total de niños de argentina (doce millones), es muy baja.

A partir de los bajísimos números actuales, no es difícil suponer que si la edad penal se redujera los índices de privación de la libertad de los niños se elevarían exponencialmente. Ello se demuestra en la comparación de los índices de criminalización juvenil de los países de América latina que han reformado su sistema²⁴.

Con ello se advierte que las buenas intenciones que poseen quienes promueven la disminución de la edad de responsabilidad penal con argumentos basados en las garantías no se sustentan en datos actuales y por ello pueden tender a causar un daño que no se proponen.

— IV —

Algunos ejes para una política criminal juvenil respetuosa de los derechos

²³ Véase: VUOTTO, Lorena, “Legitimación concreta de las medidas de seguridad del fuero penal juvenil de la provincia de Buenos Aires de la ley 13634”, en BELOFF, Mary (dir.), *Estudios sobre edad penal y derechos del niño*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 103-127, p. 116.

²⁴ BELOFF, Mary, “Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la República Argentina”, en BELOFF, Mary (dir.), *Estudios sobre edad penal y derechos del niño*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 13-51, p. 46.

1. Partir del reconocimiento de que el estado de la justicia juvenil —tanto a nivel normativo como de la realidad social— no es el mismo que el de hace veinticinco años.

2. Recordar que los niños, niñas y adolescentes cuentan, como mínimo, con las mismas garantías procesales que los adultos (proceso penal, abogado defensor oficial o particular, intervención de un fiscal, fundamentación de las resoluciones, control de las medidas cautelares, recursos y revisión de la decisión por un órgano superior, plazos breves, etc), **cuestión que es competencia de las provincias.**

4. Completar las reformas legales provinciales procesales, orgánicas y de protección pendientes, a fin de que todos los procedimientos seguidos contra niños, niñas y adolescentes (penalmente responsables o no) aseguren el debido proceso legal.

5. Desarrollar firmemente modelos de justicia restaurativa en todas sus variantes (mediación, conciliación, etc.) y **replicar** las buenas prácticas y experiencias locales acotadas, junto con la **renovación del soporte institucional básico** para las formas alternativas del proceso penal (oportunidad, remisión, suspensión a prueba, etc.).

6. Considerar el particular rol de la víctima en delitos imputados a niñas, niños y adolescentes, de modo de asegurar mecanismos eficaces de resolución de los conflictos en miras no sólo a restablecer la paz social sino la reintegración del joven a su comunidad.

7. Ponderar la existencia de la regulación nacional que permite la exención de pena a partir de la conducta posterior al delito, no incluida por ninguna legislación latinoamericana, ya que el fin del sistema no es retributivo sino resocializador; y por ello **establecer sólo dos posibilidades al momento de determinar la sanción penal juvenil**: i. imposición de pena basada en una escala penal atenuada (tentativa); o ii. exención de pena por conducta posterior al delito.

8. Definir sanciones no privativas de libertad y crear la ingeniería institucional para que se implementen eficazmente.

9. No promover la reforma de la legislación de fondo en contextos de campañas electorales ni como respuesta a la imputación de delitos graves a menores de edad que generen conmoción mediática y/o social; o sin tener en consideración diagnósticos precisos y estudios de impacto.

10. Tener presente la experiencia latinoamericana de las últimas dos décadas, en el sentido de que reformas legales no acompañadas por reformas institucionales sólo derivaron en un mayor número de niños privados de libertad y en el aumento de la violencia hacia los jóvenes (ejecuciones sumarias).

11. Unificar el tratamiento legal de los casos de menores imputados de delitos por debajo de la edad penal mínima (garantías de debido proceso) y asegurar una articulación eficaz con los sistemas administrativos de protección.

12. Reinstalar la discusión sobre prevención del delito juvenil e implementar políticas eficaces para ello.

13. Plantear la discusión sobre prevención de la violencia contra los niños no sólo en sí misma sino por su impacto en materia de reducción del delito juvenil.

14. Desarrollar un Plan Nacional de Justicia Juvenil que evite el paso de los niños por comisarias, garantice derechos fundamentales (salud, educación), releve información y monitoree los sistemas penales en todo el país, al tiempo que contenga previsiones presupuestarias para programas, infraestructura, personal, capacitación, según el modelo de ley de educación por porcentaje del PBI.