

# ¿Qué hacer con los adolescentes no punibles?

Mariano Kierszenbaum

---

— I —

## Introducción

Junto (o de manera previa) a los planteos respecto de la reforma del sistema penal juvenil surge una pregunta adicional: ¿qué hacer con los no punibles (niños o adolescentes que por su edad no pueden ser penados)?

La respuesta a esta pregunta viene acompañada, en general, de una respuesta que sólo genera un problema circular: bajar la edad de punibilidad. La solución es circular porque salvo que se elimine por completo la edad mínima de punibilidad (lo cual está prohibido por la Convención sobre los Derechos del Niño) siempre habrá un grupo de adolescentes (o niños) no punibles: si la edad desciende a quince, habrá que resolver qué se hace con los de catorce, si desciende a catorce, con los de trece, y así hasta edades en las que ya no pueda descenderse.

Esta (aparente) solución circular debe, por ello, ser dejada de lado. Conviene entonces delinear correctamente el problema para esbozar una respuesta adecuada.

— II —

## ¿Qué hacer para lograr qué?

Una vez que se tiene presente que el problema del abordaje de los adolescentes no punibles no puede resolverse bajando la edad de punibilidad, pueden delimitarse mejor los problemas y las posibles soluciones.

Cuando nos preguntamos qué hacer con estos casos, deberíamos sumar una pregunta más: qué hacer *para lograr qué*. A partir de que el ser humano es un ser racional y de que las decisiones de gobierno en un sistema republicano deben estar fundadas, tanto las acciones que se emprenden como las decisiones de gobierno (entre ellas, el diseño de la política pública de la niñez) deben estar orientadas hacia fines legítimos y los medios seleccionados deben tener una relación positiva con esos fines: deben ser idóneos y necesarios para alcanzarlos. Es necesario, entonces, responder a la pregunta de cuál es el objetivo que queremos alcanzar con el abordaje de los casos de adolescentes no punibles. Los problemas más frecuentes suelen orientarse en los

siguientes ejes: 1) combatir la impunidad, 2) combatir la inseguridad, 3) atender los problemas de la niñez vulnerable.

Abordaremos a continuación cada uno de ellos.

### **II.1. La impunidad y el delito juvenil**

La comisión de un delito genera en la sociedad una perturbación que puede generar en los ciudadanos la sensación de que las normas no tienen validez (el problema de la validez social de las normas): una norma que no se cumple, o respecto de la cual su incumplimiento no es sancionado, es una norma socialmente inválida. Esta sensación puede ser real (fácticamente comprobable) en la medida en la que los ciudadanos realmente creen eso: “en este país cada uno hace lo que quiere”, “los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra”; o puede ser un problema puramente normativo: aunque nadie perciba que una norma es siempre quebrantada y su incumplimiento nunca es sancionado, la norma pierde validez (se erosiona el sistema normativo de la sociedad).

Esta percepción de la impunidad tiene a la vez consecuencias: la sociedad comienza a dudar de las instituciones, los valores fundamentales que dan sentido a la convivencia se desgastan y ello puede fomentar reacciones violentas de la así llamada justicia por mano propia (linchamientos, por ejemplo) o incumplimientos normativos colectivos (si todo el mundo estaciona donde no se debe, entonces por qué yo no podría hacerlo).

El punto con relación a la criminalidad juvenil cometida por adolescentes no punibles radica en que en general sus crímenes no son percibidos como comportamientos que erosionan el sistema social de valores, sino que sus crímenes suelen ser percibidos como manifestaciones del deterioro previo y profundo del sistema de valores: lo que alarma en un homicidio cometido por un adolescente no suele ser el desapego por la norma, sino que la sociedad haya generado un adolescente que haya llegado a comportarse de esa manera. De ello dan cuenta las reiteradas crónicas de la vida previa del adolescente infractor que acompañan a los hechos ilícitos, en donde diversos actores sociales que han tenido contacto con el adolescente cuando niño enumeran una serie de situación de grave vulneración de derechos que el adolescente padeció: violencia familiar, pobreza, falta de educación, contacto prematuro con situaciones delictivas.

A partir de que la alarma social no se basa tanto en la desaprobación de la norma expresada en el comportamiento adolescente sino en la falta de reacción de una sociedad que ha podido generar adolescentes que se comporten de esa manera, la reacción penal ya no tendría sentido como expresión de la reafirmación de la norma que prohíbe matar, sino que ella perdería su contenido simbólico para transformarse en puro ejercicio de violencia, que se suma a la expresión violenta del ilícito adolescente.

La percepción de la impunidad, pues, no explica en absoluto la necesidad de reacción del sistema penal respecto de la criminalidad adolescente (como sí la explica en los casos de grande criminalidad económica, corrupción o crimines de Estado, en donde la lucha contra la impunidad adquiere total sentido en la reafirmación de los valores sociales). Sin embargo, existe aún otro aspecto que todavía puede dar sentido a alguna intervención penal: la averiguación de la verdad y el establecimiento del hecho como reproche moral.

Este aspecto debe tenerse muy en cuenta y justifica la intervención del proceso penal aun respecto de adolescentes no punibles. Por lo tanto, ante la pregunta ¿tiene sentido que el juez penal intervenga en un hecho sobre un sujeto que, en cualquier caso, no será punible?, la respuesta debe ser afirmativa. En primer lugar, y ello de conformidad con el método con el que analizamos los casos según la teoría del delito, no es igual sobreseer a un sujeto porque no ha cometido el hecho, porque el hecho no ha sido típico, ha estado justificado (el hecho, hasta aquí, no es ilícito), o porque el hecho ilícito no puede ser reprochado (no es culpable) o no merece pena (no es punible). Entre otras cosas, las distintas causales de sobreseimiento pueden acarrear consecuencias civiles diferentes y consecuencias sociales diversas: que un adolescente acusado de cometer un abuso sexual sea sobreseído porque es no punible no tiene las mismas consecuencias sociales que si ha sido sobreseído porque se demuestra que él no cometió el hecho. Por otro lado, el proceso penal no sólo busca aplicar penas, sino también establecer una verdad histórica. Esta función puede aún ser cumplida aunque medien causas que impidan la punibilidad (ello se ve de manera clara en los juicios por la verdad, por ejemplo). Fundamental resulta este punto cuando no sólo el perpetrador, sino también la víctima es un niño. En estos casos, se presenta de manera más nítida la necesidad de establecer mediante una decisión de un tribunal que el hecho ha ocurrido, que uno de los niños o adolescentes ha sido autor, y que otro ha sido víctima, o que el hecho ha ocurrido pero el adolescente primariamente imputado es inocente. Ello, entre

otros aspectos, porque el establecimiento de una verdad histórica funciona como reparación a la víctima<sup>1</sup> y genera paz social. Estas medidas son procesales y pueden establecerse en los códigos provinciales. Una experiencia interesante en este punto ha sido transitada recientemente por Entre Ríos.

## **II.2. El delito juvenil y la seguridad ciudadana**

Otro aspecto vinculado con el delito juvenil se asocia con la lucha contra la inseguridad. Hemos abordado este aspecto con mayor desarrollo en un reciente trabajo, pero sucintamente podemos señalar al respecto que, por un lado, el delito juvenil tiene una incidencia mínima en los problemas generales de inseguridad y, por otro, que el sistema penal no tiene capacidad para prevenir el delito, porque actúa luego de su comisión. Un argumento que aún queda por responder es el de la (supuesta) capacidad (aunque temporalmente limitadísima) de prevenir el delito (por lo menos) mientras el imputado está privado de la libertad. El argumento se formularía así: mientras dura la medida privativa de la libertad el imputado no podrá cometer delitos. Esta modalidad de prevención especial negativa, como aseguramiento social frente a un sujeto peligroso, también es ilusoria. Por un lado, hay que señalar que las medidas privativas de la libertad no son perpetuas (ni siquiera la así llamada prisión perpetua lo es) y respecto de los adolescentes deben ser limitadas y en ningún caso superiores al tiempo vital previo del adolescente. Ello torna al argumento preventivo especial negativo en, cuanto menos, excesivamente limitado, porque siempre aparece la pregunta respecto de qué sucederá cuando el imputado (o condenado) recupere su libertad. La dinámica del sistema penal ha demostrado que su capacidad para resocializar se mantiene en el mundo de las ideas y que los efectos del encierro suelen generar mayores pronósticos de criminalidad futura que resocialización. Es esperable que si juntamos a un grupo de personas que sólo tienen en común el dato de que han cometido (o se las acusa de haber cometido) un delito a convivir las veinticuatro horas del día, el tema prioritario de su socialización diferenciada se basará en el delito, así como si juntamos a un grupo de ajedrecistas a convivir veinticuatro horas es esperable que el dato socializador sean las partidas de ajedrez. Ello puede predicarse de cualquier otra situación y siempre obtendremos el mismo resultado. Por otra parte, no es cierto que la persona privada de la libertad ya no

---

<sup>1</sup> De allí que las sentencias de la Corte IDH en cuanto a violaciones a derecho fundamentales utilicen en su parte resolutive la fórmula: “Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.”

cometa (o no pueda cometer) delitos mientras dure su encierro: dentro de las instituciones de encierro ocurren también hechos delictivos: ataques a la integridad física, a la vida, a la integridad sexual, que pueden ser perpetrados por quienes están allí alojados. Un argumento desaprensivo de la dignidad de las personas privadas de libertad podría decir: “al menos no cometerán ya delitos contra los ciudadanos que no están privados de su libertad”. Eso también es falso. El contacto con el exterior no se anula (ni puede, ni debe anularse) mientras dura el encierro y la participación en delitos en el afuera aun puede existir desde el adentro. De ello dan cuenta, por ejemplo, los casos de los así llamados “secuestros virtuales” perpetrados desde el interior de instituciones penitenciarias o la participación activa de alojados en la organización de delitos que se ejecutan en el afuera.

Conviene entonces descartar la posibilidad de resolver problemas de inseguridad mediante el sistema penal o mediante el encierro.

Las soluciones a la inseguridad, como a cualquier otro problema social, deben partir primero de la determinación de las causas, y no de la reacción ante la consecuencia. Las causas de la criminalidad juvenil no son muy difíciles de delimitar: exclusión social, necesidades básicas insatisfechas y exposición a situaciones de violencia son factores comunes por los que atraviesan los adolescentes que engrosan las filas del sistema penal juvenil. Atacar esas causas es el primer paso hacia la prevención del delito. Ello es lo que reclaman las Directrices de Riad sobre la prevención del delito juvenil: “10. Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración.”

### **II.3. Adolescentes no punibles y situación de vulnerabilidad**

El reconocimiento de que los adolescentes que transitan por el sistema penal juvenil presentan situaciones de graves vulneraciones de derechos da lugar al análisis del tercer “para qué” en la intervención sobre los adolescentes: garantizar necesidades básicas.

Existe una práctica arraigada en el así llamado sistema tutelar que supone que la reacción del Estado debe estar basada en solucionar la situación de desventaja social y que ello debe hacerse a través del sistema penal, que toma contacto con el adolescente. Este modo de intervención aparece en varios precedentes jurisprudenciales (incluso la Corte Suprema de Justicia ha abonado una tesis de esta naturaleza). Lo que se afirma es que el sistema penal juvenil tendría virtualidad para garantizar necesidades básicas: mientras el adolescente permanezca alojado en un centro cerrado tendrá garantizada la habitación, el alimento, la educación y la salud. A partir de que las medidas privativas de la libertad sólo pueden privar de la libertad, y no de otros derechos, esas máximas serían correctas, los adolescentes alojados en el sistema penal deben tener garantizados esos derechos. El problema de estas formulaciones es que, por un lado, desconocen los efectos negativos que acarrea el encierro en instituciones penales, que tienden a ser desocializadoras. Ello se acentúa cuando se le plantea al adolescente, en términos de políticas públicas, que sólo encontrará la satisfacción de necesidades básicas en el sistema penal. Todo el sentido de la intervención se altera. El mensaje que el Estado estaría dando a los adolescentes sería el siguiente: “si quiere garantizar sus derechos, cometa un delito”. De ello dan cuenta los casos en los que los adolescentes se acercan a los centros cerrados para pedir ingresar o que se les dé comida: muchos adolescentes transforman en su centro de vida las instituciones de encierro. Esta intervención se transforma, entonces, en iatrogénica. Conviene entonces ofrecer a los adolescentes propuestas que garanticen derechos fuera del sistema penal.

— III —

**El sistema de protección como vía idónea para el abordaje de los adolescentes no punibles**

El abordaje adecuado de las situaciones de vulnerabilidad de los niños y adolescentes no sólo garantiza de manera primaria sus derechos, sino que también tiene impacto en reducir luego la violencia. Está comprobado que los niños que se crían en ambientes violentos tienden a repetir luego situaciones de violencia, por el contrario “[l]a crianza del niño en un entorno respetuoso y propicio, exento de violencia, contribuye a la realización de su personalidad y fomenta el desarrollo de ciudadanos

sociales y responsables que participan activamente en la comunidad local y en la sociedad en general. Las investigaciones muestran que los niños que no han sufrido violencia y crecen en forma saludable son menos propensos a actuar de manera violenta, tanto en su infancia como al llegar a la edad adulta. La prevención de la violencia en una generación reduce su probabilidad en la siguiente.”<sup>2</sup>

La garantía de los derechos y la reducción de la violencia sólo pueden asegurarse mediante el fortalecimiento del sistema de protección. Ello fue muy claro en la instauración de los modelos educativos de justicia juvenil surgidos en Europa durante la época del estado de bienestar, que procuraron responder a las situaciones de criminalidad juvenil a través de medidas educativas y sociales por fuera del proceso penal y de las instituciones penales. Este modo de intervención se recepta normativamente a través del ampliamente conocido principio de la desjudicialización.

El abordaje del sistema de protección muchas veces se muestra deficiente para responder a las problemáticas de los adolescentes, pero ello no se basa en un defecto de definición del sistema, sino, muchas veces, de implementación. Un abordaje adecuado demanda necesariamente contar con equipos profesionales y especializados capaces de dar respuesta a los casos con intervenciones individualizadas que permitan realizar seguimientos adecuados y acompañamiento en el diseño y puesta en práctica de los planes de vida de cada niño y adolescente. Al propio tiempo, son necesarios dispositivos que permitan dar contención y cuidado a los adolescentes. Estos dispositivos deben permitir un abordaje adecuado e integral de las diversas problemáticas que sufren los adolescentes: adicciones, violencia, problemas habitacionales y educativos.

Los obstáculos para concretar estas intervenciones de manera adecuada se presentan en varios órdenes. Por un lado, el sistema de protección suele no ofrecer recursos para adolescentes que transitan por el sistema penal, porque no dispone de ellos, o porque considera que no debe o no puede abordarlos. Ello se basa en una muy frecuente diferenciación entre aquellos adolescentes considerados sumamente problemáticos, que resultarían disfuncionales a la convivencia y a los requisitos convivenciales de algunos dispositivos, de otros adolescentes que sólo presentan situaciones básicas de vulneración de derechos pero no disfuncionalidad de comportamiento. En el plano territorial, no siempre se cuenta con los equipos

---

<sup>2</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 13, párrafo 14.

suficientes para abordar las problemáticas. Los servicios locales de los sistemas de protección muchas veces no tienen la capacidad operativa para dar respuesta a la gran cantidad de casos que debe procesar o un mismo servicio debe cubrir extensiones territoriales demasiado grandes.

La propuesta para el abordaje de los adolescentes no punibles debe basarse en el fortalecimiento general del sistema de protección (hospitales, escuelas) y en el fortalecimiento del sistema de protección especial (servicios zonales, defensorías locales, hogares convivenciales, comunidades terapéuticas).

El sistema general de protección de derecho funciona para prevenir vulneración y seguridad en el mediano y largo plazo, el sistema de protección especial, para actuar en el caso de manera inmediata con soluciones también a corte plazo.

Recordemos, finalmente, que el derecho penal es la última ratio del sistema, ello requiere que antes de recurrir a él sean agotadas otras vías. El sistema de protección, tanto general como especial, tiene aún muchísimo para dar y debe dar mucho. Fortalezcámoslo, dotémoslo de recursos adecuados, escuchemos y mejores las condiciones de vida de sus trabajadores, profesionalicemos y jerarquicemos las intervenciones. Una vez que todo ello se haya realizado, discutamos, si aún lo consideramos necesario, el endurecimiento del sistema penal.