

JORNADA DEBATE - LEY PENAL JUVENIL

Autor: Dr. Diomedes Guillermo Rojas Busellato.

INSEGURIDAD Y BAJA DE LA EDAD DE IMPUTABILIDAD COMO UNA POSIBLE SOLUCIÓN.-

DESARROLLO:

En los últimos tiempos se ha instalado un debate público sobre el aumento de la inseguridad, y se ha situado en el centro de la escena a la delincuencia juvenil, a quién se nos presenta desde los medios como el gran causante de este mal endémico social.

Por nuestra parte, creemos que la “inseguridad” efectivamente existe y es real¹, pero estamos convencidos de que este no es un mal que aqueje solo a nuestra sociedad contemporánea, sino que en realidad existió desde el inicio de la agrupación del hombre en comunidad y que resulta imposible erradicar por completo.

Sin embargo lo que si resulta importante determinar, es si efectivamente la inseguridad va en aumento o si se trata de una mera especulación alarmista que presentan por los medios y políticos oportunistas no basada en datos ciertos.

Ahora para poder desentrañar esta incógnita nos encontramos con el grave problema, que desde el Estado no contamos con organismos de medición que sean creíbles, ni tampoco podemos confiar en las estadísticas relevadas por organismos privados, puestos que en primer lugar ellos pueden estar guiados por ciertos intereses que los hace perder objetividad y en segundo lugar, no tienen un debido control respecto a cómo se relevan las muestras, cuales son los parámetros tomados, cálculos realizados, etc.

De suerte tal, que en definitiva no podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la inseguridad de hoy es mayor a la de otros tiempos, y si por mera especulación nos arriesgamos a responder afirmativamente a este interrogante, no sabemos a qué se debería ese incremento, es decir, si solo se corresponde con un aumento de la demografía, o aun cambió en el mapa del delito (disminuyendo en algunos lugares y aumentando en otros), y como si esto no fuera ya bastante grave, menos aún podemos determinar su etiología.

Ahora, lo que ocupa un lugar central dentro en este debate sobre la inseguridad es la llamada “delincuencia juvenil”, a quién desde los medios se nos presenta como el nuevo “enemigo”² y se promociona la baja de la edad de imputabilidad como la panacea para resolver fácilmente este problema.

¹ No compartimos alguna opinión de que solo se trate de una “sensación”.

² Podríamos decir que este tema se ha puesto en el tapete desde que delincuentes menores de edad asesinaron al Ing. Ricardo Barrenechea en su casa de Martínez Prov. de Buenos Aires y luego reverdeció con el crimen del camionero Daniel Capristo quién se resistió a tiros de un robo.

Ello nos abre paso a dos interrogantes, en primer lugar, cuál será el grado de incidencia que los menores pueden tener en la inseguridad general y en segundo lugar, si éstos son verdaderamente victimarios o en realidad son solo una víctima más del sistema.

Para responder al primer interrogante debemos volver al punto de partida, es decir que, la falta de estadísticas serias no nos permite saber la incidencia que los menores tienen en el índice de criminalidad, sin embargo, podemos citar para tener un punto de referencia, un informe elaborado por las Naciones Unidas, citado por Eugenio Zaffaroni en el informe a la Comisión de Legislación Penal en el año 2009, que indica que sobre un porcentaje de 1.900 asesinatos anuales, sólo el 10 % serían cometidos por adolescentes y esto apenas es el 1% que sería cometido por jóvenes de entre 14 y 15 años, esto sería un equivalente a unos 15 en todo el país.

Con los reparos que podrían hacerse a estas cifras estadísticas³, todo parece indicar que la incidencia de los delitos cometidos por menores en el cuadro de la criminalidad general parece ser poco relevante, por no decir insignificante.

En segundo lugar, si hacemos una breve visita por los centros penitenciarios de menores, podemos trazar un denominador común entre ellos, que estos “clientes” del sistema penal juvenil son solo niños que viven en barrios marginados, con problemas familiares, con pocas posibilidades a la educación, de cultura, que viven en familias desarticuladas y condiciones de hacinamiento, etc., en definitiva con pocas oportunidades de poder superarse y salir de la marginalidad social en la que están sumidos.

Todo ello nos permite cuestionar seriamente si estos menores son verdaderamente “criminales”, o en realidad son solo una víctima más del sistema, a quiénes les resulta muy difícil salir de la marginalidad en que la sociedad los sitúa.

Ahora, esa misma sociedad que se despreocupa de estos jóvenes, es la que después se siente alarmada con su comportamiento antisocial, y quiere barrer con ellos debajo de la alfombra (mandándolos a la cárcel a edades cada vez tempranas para que no “molesten”).

Así adelantamos nuestra opinión, en el sentido de que no creemos que bajar la edad de la imputabilidad sirva para disminuir algún índice porcentual de la criminalidad, todo lo contrario, aumentar el alcance del poder punitivo del estado, para atrapar más “clientes” en el sistema penal, llámese aumentando las penas, creando nuevas figuras delictivas, bajando la edad de la imputabilidad, transformar tipos, adelantar el momento de punición (fenómeno que hoy estamos viviendo y se conoce como “inflación penal”), nunca pudo demostrarse empíricamente que sirva para algo.

Todo lo contrario, si está demostrado, que las cárceles, llámese penitenciaria, alcaldías, institutos correccionales de menores, y cualquiera sea el nombre que se le quiera dar -en definitiva todo se traduce como dice Binder⁴, en encerrar a

³ Puesto que solo refiere a los homicidios y no otros delitos.

⁴ “Introducción al derecho procesal penal”, 2da ed., Ad-Hoc., pág 19.

un sujeto en una jaula-, no solo no resocializa sino que produce en la gran mayoría de los casos un efecto contrario.

Y si bien para nuestro régimen normativo penitenciario, la finalidad de la pena debe ser la resocialización del reo,⁵ quienes alguna vez visitamos un centro de detención y nos entrevistamos con personas privadas de libertad, sabemos perfectamente que el régimen penitenciario no resocializa en lo absoluto, sino que en la generalidad de los casos acentúa la desocialización, y a esta realidad por supuesto que no escapan los institutos de menores.

Entonces, bajar la edad de imputabilidad –lo que por lógica permitirá ampliar el poder punitivo del Estado-, en definitiva se traducirá en mayor prisionización – con el agravante de que en este caso se trata de niños-, lo que no solo no servirá para bajar el índice de inseguridad, sino que por el contrario puede tener un efecto totalmente contrario al deseado.

IMPUTABILIDAD DE LOS MENORES EN NUESTRO SISTEMA LEGAL:

Nuestra legislación penal adopta el sistema “biológico” para determinar la imputabilidad, este consiste en fijar una edad mínima, por debajo de la cual se presume *iure et de iure* la incapacidad del menor.

En contraposición a este sistema, existe otro en el cual además de la edad se requiere que en el caso concreto se pruebe la falta de capacidad psíquica, este es el denominado sistema bio-psicológico⁶.

Ahora, hurgando en nuestros antecedentes legislativos, podemos encontrar variaciones en cuanto a la edad requerida para ser imputable penalmente, así el proyecto de Tejedor, en el Código Penal de 1.886 y el proyecto de 1891 y en el Código Penal de 1922 y en la Ley N° 14.394 la edad mínima era de 16 años y luego se bajó a 14 años con la Ley 21.338, posteriormente volvió a elevarse a los 16 años con la reforma introducida por ley 22.803⁷.

De suerte tal, que para nuestro sistema, existe una presunción no controvertible por prueba en contrario, que por debajo de los 16 años los menores no son imputables (salvo aquellos delitos de acción privada, reprimidos solo con multa y los que prevén una escala inferior a dos años, para los cuales la edad se eleva a 18 años), sin embargo como dice Roxin, la experiencia de la vida nos demuestra que los niños de cierta edad saben perfectamente que dañar, hurtar, etc. no está permitido, y que incluso dichos menores están en condiciones de poder motivarse en esas prohibiciones, de modo que la culpabilidad puede llegar a afirmarse, sin embargo, el verdadero fundamento por el cual no se pune a estos menores se debe a que desde el punto de vista preventivo-especial, esta contra indicado que sean sometidos a proceso y a una eventual pena.

⁵ Ver art. 1 de la ley 24.660, incluso más, ello tiene rango constitucional, en el art. 10 inc. 3°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶ Así el párrafo tercero del art. 3 de la ley de Tribunales de Jóvenes Alemanes, cuyo texto se puede ver en el Código Penal Comentado de D’Alessio y Divito, Tomo 3, Pag. N° 618.

⁷ D’Alessio y Divito, ob. cit., pág. 617 y sig.

Por consiguiente, entendemos que bajar la edad de imputabilidad de los 16 a los 14 años, no es solo un problema de “capacidad” para cometer delitos, sino que se trata de una cuestión de política criminal, puesto que ampliar el poder punitivo del estado para alcanzar a los menores de 16 años, puede llegar a traer efectos adversos a la problemática que se intenta resolver.

Ahora seguramente podrá replicárenos por quién se enrola en otra teoría de la pena, que el fin de esta no es la prevención especial positiva, sin embargo resulta fácil contestar a este cuestionamiento, puesto que más allá de toda la discusión doctrinaria que gira en torno a esta cuestión, lo cierto es que de acuerdo a nuestra Constitución, la finalidad de la pena es la resocialización.

En efecto en la última reforma constitucional, se incorporaron en el art. 75 inc. 22, diversos tratados de derechos humanos entre los cuales se encuentra Convención Americana de los Derechos Humanos, que expresamente dice en su art. 5.6, *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*; asimismo el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en cual en su art. 10 inc. 3º expresamente dice: ***“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”***.

Y en lo que respecta puntualmente a los menores, la Convención sobre los derechos del Niño, en su art. 40.1, justamente establece que todo niño que infrinja la ley penal tiene derecho a la resocialización.

Asimismo la Regla mínima de la Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), parte integrante del Preámbulo de la Convención sobre los derechos del Niño, establece que el comienzo de la edad de la imputabilidad no debe fijarse a edades demasiado tempranas.

Entonces, si está claro que el sistema penal de la minoridad debe evitar la desocialización del menor y es sabido que bajar la edad de imputabilidad justamente traerá aparejado este efecto, la baja de la edad de la imputabilidad lógicamente sería inconstitucional.

CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTUAL RÉGIMEN PENAL Y PROCESAL PENAL DE LA MINORIDAD:

El Régimen Penal de la Minoridad está básicamente normado en dos leyes, la Ley 22.278, la cual tiene su fuente en la infame Ley Agote (Nº 10.903 de 1.919)⁸, y la ley 26.061 .

El problema central que presenta la ley 22.278, radica en que en su art. 1 otorga al Juez Penal la potestad de disponer preventivamente y hasta definitivamente de los menores que comparezcan ante los Tribunales, por el solo hecho de ser acusados de un delito.

Lo grave de este sistema tutelar consiste en que confiere al Juez la potestad de encerrar a menores (con el eufemismo “disponer”), otorgándole la posibilidad de aplicar una medida de coerción cuya naturaleza (procesal o penal) no está

⁸ Mantuvo vigente hasta la sanción de la ley Nº 26.061 del 2005

determinada, y permite privar de libertad a los menores en casos en los que la ley ni siquiera autoriza a hacerlo con los mayores.

Véase que, si entendemos que la “disposición” se trata de una medida de coerción procesal, el instituto escapa a los fines cautelares que debe revestir (esto es asegurar el resultado del proceso, ya sea evitando que el imputado en libertad desbarate las pruebas, se sustraiga a la acción de la justicia o a la efectiva aplicación de una eventual sanción), tornándose así ilegítimo.

Pero además, para que en un proceso de mayores se pueda dictar una medida de coerción se requiere la verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*)⁹, pero en cambio en el proceso de menores este requisito no se exige, es decir, que para decretar la “disposición”, el Juez no se encuentra atado a ningún tipo de relación conviccional entre el hecho y el imputado, bastando como dice el art. 2 último párrafo, que el menor se halle abandonado, falto de asistencia, peligro moral o presentar problemas de conducta.

Por otro lado, si consideramos que se trata de una medida de coerción penal, nos encontramos con una grave afectación al principio de inocencia, puesto que estaría permitiendo aplicar una pena sin necesidad de que una sentencia condenatoria firme haya destruido el estado de inocencia del niño.¹⁰

Así entonces, nos encontramos con una grave afectación constitucional al principio de debido proceso, la inviolabilidad de la defensa en juicio, inocencia, puesto que con la sola circunstancia de que un menor transite por los tribunales penales, otorga al Juez la potestad de restringirle su libertad, sin ningún tipo de necesidad procesal ni tampoco que tenga que probar (en ningún grado conviccional) vinculación con una infracción a la norma penal.

Eso nos pone ante la gravísima situación, de que el menor sometido a proceso tiene una situación procesal mucha más gravosa que la de los mayores, cuando que nuestro derecho constitucional, y principalmente la Convención de los Derechos del Niño nos demanda una sobre-protección del menor con respecto a los mayores.

Entonces se da la paradoja de que el menor, quién resulta ser un sujeto más vulnerable y necesitado de mayor protección penal y procesal, cuando es sometido a proceso tiene menos derecho que los mayores.

Y si se llegase a bajar la edad de la imputabilidad esa “situación inconstitucional”¹¹ se vería aún más agravada, puesto que estaríamos atrapando en las redes del sistema a una franja etaria, en la que la madurez, la vulnerabilidad es mayor que la del actual régimen.

⁹ Este grado de vinculación dependerá de la medida cautelar en cuestión, por ejemplo para la prisión preventiva el art. 312 del Código de la Nación, se exige que la prisión preventiva debe dictarse con el auto de procesamiento, esto es con una resolución jurisdiccional que entiende que hay suficientes elementos de convicción de que el imputado actuó culpablemente en el hecho.

¹⁰ No nos olvidemos que para el caso de mayores absueltos por alguna de las causales de inimputabilidad previstas por el art. 34 inc. 1º, se requiere que la conducta configure un injusto atribuible al sujeto, es la interpretación que creemos se desprende del 3º párrafo de la citada norma cuando dice “En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del primer inciso”.

¹¹ Como la llama Zaffaroni en un trabajo publicado en la página Web de la Universidad de Buenos Aires (WWW.derecho.uba.ar/multimedia/).

CONCLUSION:

Particularmente entendemos, que bajar la edad de la imputabilidad no va a aportar ningún tipo de solución al problema de la inseguridad que hoy en día estamos viviendo, buscar la salida fácil de hallar un chivo expiatorio no traerá ningún tipo de solución a este flagelo, puesto que está perfectamente demostrado que este tipo de soluciones “fáciles” termina trayendo más problemas que soluciones.

Estas medidas demagógicas ya fueron ensayadas durante la época de la dictadura militar y luego se tuvo que dar marcha atrás por cuanto no trajo ningún resultado positivo. Por el contrario medidas de esta naturaleza, solo tienden a incrementar la tensión que se vive actualmente entre el régimen penal y procesal penal de la minoridad con nuestra Carta Magna.

Para resolver el problema de la inseguridad no creemos que existan soluciones fáciles ni rápidas, sino que ello demandará una reforma política integral multidimensional, comprensiva de distintos campos, esto es la educación, cultura, salud, vivienda, etc., dentro de la cual la política criminal y en particular el derecho penal juegan por supuesto un papel muy importante, pero no es el único remedio para combatir la inseguridad.

Sin embargo de este debate instalado se puede sacar algo positivo, esto es, aprovechar el interés actual de la opinión pública y de nuestros legisladores, para por una lado tratar de impulsar una reforma integral al régimen penal y procesal juvenil, ajustando el régimen penal de la minoridad a los parámetros constitucionales y por otro lado, empezar a abrir un diálogo serio, en miras a buscar una salida a este mal que nos aqueja, que es la inseguridad.-

BIBLIOGRAFÍA

-Alcácer Guirao, Rafael: “Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del Bien jurídico o lesión de deber?”, Edit. ADHoc.

-Baratta, Alessandro, “Criminología crítica y crítica del derecho penal”, Edit. Siglo XXI, 1993.

-Basigalupo, Enrique - Derecho Penal Parte General, 2ª edit., Hammurabi.

-Binder, Alberto M.; “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Edit. Ad-Hoc 2da. Edición, año 1.999.

-Cafferata Nores, José I., “Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”, Edit. Editores del Puerto, año 2.005.

-D’Alessio, Andres José; Divito, Mauro A., “Código Penal de la nación comentado y anotado.”, 2da Edición, Edit. La Ley, 2011.

-Ferrajoli, Luigi; “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Edit. Trotta, año 2.005.

-Jakobs, Günther, “Fundamentos del Derecho Penal, edit. AD-HOC.

-Marteau, Juan Félix, “Fichas de teoría criminológica”, sin publicar.

-Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, edit. Tea.

-Velez Mariconde, Alfredo; "Derecho procesal Penal", Tomo I, Edit. Marcos Lerner-Editora Cordoba, año 1.986.
-Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Tratado De Derecho Penal, Parte General", Edit. Cardenas Editos y Distribuidor.

-Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, "Manual de derecho penal, parte general". Edit. Ediar. 2005.

-Zaffaroni, Eugenio Raúl, nota publicada en la Web. "Clarín.com", www.servicios.clarin.com./notas/jsp/clarin/v9/notas,el día 29/04/2009.

-Zaffaroni, Eugenio Raúl, entrevista publicada en la Web. "perfil.com", www.perfil.com/systeme/modules/com.tfsla.perfil.diario/elementos/articulo...; publicado el 29/04/2009.

-Zaffaroni, Eugenio Raúl, transcripción de audio, de conferencia intitulada "La destrucción total del código penal en la argentina", publicada en www.derecho.uba.ar/multimedia.