

Breves consideraciones sobre la reducción de la edad de punibilidad a los catorce años de edad

Por Mariano H. Gutiérrez y Fernando Gauna Alsina

La intervención de un joven no punible en un episodio de muerte violenta ha vuelto a poner en boga la necesidad de reformar el régimen penal de niños y adolescentes. Como no podía ser de otro modo, la disputa se concentró en la disyuntiva que deriva de la edad de punibilidad, proponiendo que pase de 16 años a 14.

La tasa de homicidios dolosos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de acuerdo al último estudio de campo publicado por el Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es de 6,57 %¹. Concretamente, ciento noventa víctimas, y doscientos cincuenta y dos imputados identificados. Entre éstos, doce menores de edad. Sólo dos no punibles. De manera que un poco más del 4% de los homicidios dolosos ocurridos en la Capital Federal ha sido cometido por adolescentes y el 0,79 % por niños no punibles. Cifras análogas se verificaron en los principales distritos de la provincia de Buenos Aires.

El Departamento Judicial de La Plata, que comprende catorce partidos y cuenta con una población de 1.160.614 habitantes, con la particularidad que el Partido de La Plata concentra más de la mitad de la población, presenta una tasa de homicidios de 5,34%. Sesenta y dos víctimas, y ochenta y tres imputados. Nuevamente, doce menores de edad y, entre éstos, sólo tres no punibles. Porcentualmente hablando no alcanzan el 5% del total de los crímenes cometidos. En el Departamento Judicial de San Martín, que se compone de cinco partidos y cuenta con una población de 1.618.813 habitantes, se advirtió una tasa de 7,47%. Ciento veintiún víctimas en la totalidad de la jurisdicción. La comisión de homicidios atribuidos a niños no punibles tampoco superó el 5%.

¹ Los datos pueden consultarse en el sitio web del *Instituto de Investigaciones* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (www.csjn.gov.ar). Agradecemos especialmente al Lic. Francisco Sánchez de Loria, integrante del staff del Instituto, quien nos facilitó la búsqueda y lectura del material.

Las estadísticas publicitadas por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires revelan que sólo el 4,73% de los delitos investigados en la provincia el año pasado tuvieron como sospechosos a menores de edad².

El Observatorio de Adolescentes y Jóvenes del Grupo de Estudio sobre Derecho Penal y Derechos Humanos del Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA³, agregó que las causas abiertas en los fueros específicos de niños, niñas y adolescentes en materia penal en la provincia no habían subido significativamente. Incluso destacaron que el guarismo alcanzado en el 2012, en el mejor de los casos, habría retrotraído los valores al año 2007, año anterior a la implementación a la reforma, y que de ningún modo había superado la marca del año 2006.

Y, puntualmente, con relación a las causas abiertas por la comisión de delitos de homicidio, señalaron que si bien habían subido entre el año 2009 y el año 2011, no constituían los puntos más altos de la serie. Menos aún, una cifra alarmante o inusitada nunca antes experimentada. De hecho, subrayaron que en 2003 y 2004 hubo un registro mayor de “homicidios”, encausados y atendidos por medidas distintas del endurecimiento del sistema penal; poniendo de relieve que en 2012 habían vuelto a bajar, por lo que era imprescindible seguir exhaustivamente la evolución de esa variable.

A nivel nacional, el último informe elaborado por la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación refleja una tasa de homicidios de 5,45 %⁴. Son 1360 homicidios dolosos, con 1170 imputados. Sólo 35 de ellos menores de 18 años.

² Puede consultarse en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/mitos-realidades-y-estadisticas-del-delito-juvenil-en-la-provincia-1507.html>.

La utilización de estos datos obedece a que las estadísticas elaboradas por el Ministerio de Seguridad de la provincia en materia de homicidios dolosos no discriminan franja etaria.

Puede consultarse en <http://www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/libros/EstCriminal.html>.

³ Puede consultarse en:

<http://webiigg.sociales.uba.ar/gespydh/uploads/DECLARACION%20DEL%20GESPYPDH%20Y%20EL%20OBSERVATORIO%20DE%20ADOLESCENTES%20Y%20J%20VENES%20CONTRA%20LA%20BAJA%20DE%20IMPUTABILIDAD.pdf>

⁴ El informe data del año 2009 y no contempla los hechos ocurridos en la Provincia de Buenos Aires. Igualmente, la tasa excluye el cómputo de la población de la provincia. Puede consultarse en:

Los datos demuestran que, en contra de la idea instalada en el imaginario popular, la intervención de jóvenes menores de 16 años en hechos mortales es ínfima. Incluso, así lo señaló Nils Kastberg, Director Regional de Unicef para América Latina y el Caribe⁵. No pretendemos restar relevancia a los episodios violentos en los que hubieron de participar menores de edad: para quien lo sufre, el hecho es ominoso. Pero para el que está en posición de discutir una posible solución debe aceptar que el niño menor de 16 años no constituye una manifestación sobresaliente en materia de *criminalidad*.

Según el trabajo de la CSJN antes mencionado, la mayor parte de los hechos violentos con jóvenes menores de edad involucrados no han tenido que ver con aquellas situaciones que se catalogan como *inseguridad* (robos con armas de fuego, secuestros extorsivos, homicidios en la vía pública, etcétera). Comúnmente, los homicidios fueron el desenlace de discusiones y riñas personales⁶ en el seno de sitios de alta conflictividad y desigualdad social. Sólo a modo de ejemplo, valga destacar que los únicos supuestos ocurridos en la Capital Federal -hablamos de los dos homicidios en los que aparentemente intervinieron niños no punibles- ocurrieron en el segmento donde se advierten las mayores disparidades sociales y económicas, cual es la zona sur de la ciudad⁷.

<http://www.jus.gob.ar/media/109968/argentinadolosos2009.pdf>.

⁵ Así lo subrayó Claudia Cesaroni en "Diez motivos para no bajar la edad de Punibilidad", accesible en:

<http://www.pensamientopenal.org.ar/claudia-cesaroni-diez-motivos-para-no-bajar-la-edad-de-punibilidad/>

Precisamente, remarcó "...Según una investigación de Unicef, la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, y la Universidad Nacional de 3 de Febrero, sobre un total de 1800 adolescentes menores de 18 años privados de libertad por causas penales en el país, un 17 % son no punibles, es decir menores de 16 años: 300 adolescentes. Ahora bien, cuando se analizan los delitos que se les imputan a aquellos 1800 adolescentes privados de libertad, los datos indican que un 15 % está imputado de homicidio (incluyendo la tentativa de homicidio, es decir, los casos en que no se produjo el resultado muerte): 270 casos. Si aplicáramos la proporción entre punibles y no punibles, tendríamos que, de esos 270 casos, solo 46 (el 17 % de 270) corresponderían a adolescentes de entre 14 y 15 años. Pero esa cifra es más baja aún si tomamos la cifra del total de homicidios dolosos que se cometen al año en nuestro país: unos 2000. De esa cantidad, en unos 200 participan menores de 18 años. Y de esos doscientos, según declaraciones del director regional de Unicef para América Latina y el Caribe, Nils Kastberg, en solo 15 casos participan menores de 16 años...."

⁶ En los Departamentos Judiciales de la Plata y San Martín alcanzó casi el 70 % de los casos.

⁷ Ver "Mapa de la Desigualdad Económica y Social de la Ciudad" publicitado por la Agrupación La Gran Makro en julio de este año accesible en la web.

Hilando más fino, encontramos que uno de ellos sucedió en el interior de una vivienda del barrio de San Cristóbal -a escasas cuadras de Constitución-, y el otro en el barrio de emergencia 21-24. Son jóvenes que han vivido en la privación. Nada más lejos de los hechos de violencia que informan *una y otra vez* los noticieros -y que imaginamos como una clase media en riesgo y victimizada-, y que han dado lugar a que los oportunistas de siempre intenten implementar políticas públicas de *mano dura*, cuando, a esta altura, en un debate cualquiera, ellos mismos aceptan que la ampliación de la criminalización o endurecimiento de las penas nunca ha influido sobre la reducción del número de delitos, porque en efecto, nunca lo ha hecho.

Al margen de aquéllos que promueven políticas públicas de esa índole, existe una corriente presuntamente progresista que promueve la baja de la edad de punibilidad de manera que a un niño imputado de cometer estos delitos se *apliquen* las garantías penales y procesales que rigen en el sistema procesal de los adultos⁸. Debemos comenzar señalando que coincidimos en que es ineludible reemplazar una ley nacida en plena dictadura militar (Decreto-Ley 22.278) cuyo horizonte no ha sido otro que un régimen tutelar focalizado en la peligrosidad del niño. En suma, es necesario reemplazarla por una ley de la democracia que recoja los avances y los mecanismos de protección social reunidos en estos años.

Sin embargo, no es cierto que hoy las leyes no prevean *garantías* procesales para los niños hasta tanto se reduzca la edad de punibilidad. La mayoría de las provincias ya ha reformado sus códigos procesales de menores a códigos de responsabilidad penal juvenil. Pero aún en donde no existen tales leyes (como en el sistema nacional-federal) muchas de las garantías que se reclaman por escrito ya se encuentran contempladas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 40) y en la Ley Nacional 26.061 (artículo 27) que son, huelga decirlo, de aplicación obligatoria en todos los casos. En estas condiciones, si un juez continúa aplicando las disposiciones del Decreto-Ley 22.278 sin realizar un filtro de *convencionalidad* y *constitucionalidad* y, a modo de ejemplo, encierra a un niño por la comisión de un hecho que no se cometió, si quiera se ocupó probar o relegó su derecho a ser oído y, como tal, a ejercer su defensa material, no es más que un pésimo juez, su resolución merece ser revocada y el juez, como menos, investigado; y seguirá siendo un pésimo juez con una nueva ley.

⁸ Por ejemplo, el profesor Emilio García Méndez y la Fundación Sur (<http://surargentina.org.ar>)

El problema de fondo no es legal, sino *cultural* y del sistema de justicia: está en los jueces y en los operadores jurídicos, en las instituciones de encierro y los guardias, en los equipos técnicos de estos juzgados, más aún que en la letra de los códigos. Cualquier reforma que sea protagonizada por los mismos operadores jurídicos no ofrecerá mejores resultados que el estado de situación actual.

Sin ir más lejos, tenemos el ejemplo de los sistemas de adultos (que se encargan, en su mayoría, de jóvenes de hasta 30 años): las garantías penales y procesales están escritas en todos los ordenamientos locales del país. No obstante, abundan los presos sin condena, las torturas y el hacinamiento en las cárceles, denuncias por causas armadas, selectividad penal, violencia institucional, interpretaciones violatorias del principio de inocencia, etcétera. Lo mismo que seguimos viendo en el sistema de jóvenes/menores, en las provincias que ostentan modernos códigos de procesales de responsabilidad penal juvenil, como la Provincia de Buenos Aires, muy garantistas en su letra: siguen acompañados de arbitrariedad judicial, selectividad, violencia, tortura.

Se supone que un sistema cuyo eje sea la imputación vaya a facilitar que el niño asuma su culpa y asimile el hecho como negativo (efecto pedagógico de la sanción) ¿Por qué no podría suceder lo mismo a través de los mecanismos de protección? Al contrario, allí, al garantizárseles derechos efectivos sí podrá enseñarse los deberes que los acompañan. Seguir privando de derechos, escasamente tenga algún efecto positivo. Es decir, nada exige que el menor sea punible para que el juez actúe verdaderamente a su favor, restituya derechos, impulse su escolarización, restituya un ambiente familiar sano, etc. Al contrario, un sistema de garantías -como el que se supone se propone-, rechaza las ideas que derivan del efecto pedagógico de la pena y de la asunción de culpa. En un sistema procesal penal el imputado no tiene por qué asumir su responsabilidad, se encuentra ampliamente protegido contra intenciones de este tipo, al punto que le cabe el derecho de no declarar o decir lo que quiera, y desarrollar una estrategia para evitar la aplicación de una pena, haya sido o no el autor material histórico. Ya resulta complicado pensar que la pena tenga un efecto pedagógico, pero además, se contradice con la idea de un proceso penal con garantías.

Lo que anda mal con el sistema actual es la ley, pero sobresale, mucho más, que está plagado de concepciones, decisiones y soluciones autoritarias, en cuyo seno los operadores jurídicos prefieren recurrir a la medida más gravosa, pero sencilla y rápida, que sin demora alguna les quitará el problema de encima:

la internación. Pero lo mismo podría ocurrir con la prisión, como sucede con los adultos, aunque se aclare, en el código, que será la última medida de una larga lista (también en el sistema de adultos, se supone que es una medida excepcional, y sin embargo, no lo es).

Si el encierro por vía de la internación hoy no fuera una opción, el juez debería esforzarse por intentar medidas educativas o correctivas (socio-educativas) que le permitan intervenir con mayor amplitud en la problemática. Estaría obligado a privilegiar su escolarización, garantizarle un ambiente familiar adecuado, libre de violencia, así como el pleno desarrollo como niño. Lo mismo, si la pena no fuera una opción.

Finalmente, los promotores de la idea de penar a los 14 y 15 años sostienen con apoyo en la psicología evolutiva y el sentido común que debe excluirse del ámbito de aplicación del régimen penal a los menores de 14 años⁹. Concretamente, señalan que en esos casos el Estado debe lisa y llanamente renunciar a su persecución penal. Las mismas razones nos pueden llevar a sostener que no es una decisión apropiada en materia de política criminal para un niño de 15 años, como así tampoco, una opción necesaria para ofrecer mayores garantías.

Una incoherencia en el ordenamiento jurídico, además, deriva de que la imputabilidad no puede dissociarse de la idea de responsabilidad. Si nos pronunciamos por la punibilidad de un niño le estamos haciendo decir al sistema legal que el joven es lo suficientemente maduro –responsable- para cargar con una de las obligaciones más graves de cualquier acto ilícito, como lo es el encierro. Ahora bien, cómo podemos promocionar que un joven de 14 años pueda ser punible y, como tal, responsable, cuando la sociedad a través del ordenamiento legal actual no le permite ejercer derechos clave de la vida diaria que, precisamente, reflejarían que se los reconoce como sujetos maduros y responsables: derecho a trabajar, a realizar contratos, a casarse, a votar.

⁹ Cabe aquí la crítica realizada recientemente por Luis Fernando Niño sostuvo recientemente: "...Los propulsores más francos de una rebaja en la edad de imputabilidad penal no se avergüenzan de sostener, para fundar su iniciativa, que el uso de computadoras, videojuegos y teléfonos celulares por parte de los chicos es muestra clara de su precocidad intelectual, desoyendo las advertencias de psiquiatras y psicólogos expertos en materia infantojuvenil acerca de un estancamiento en la evolución psíquica de dicha faja etaria por la interferencia de esa parafernalia de imágenes programadas por adultos y apenas digitada hábilmente por sus usuarios, empobrecidos en su capacidad crítica por el paralelo abandono de la lectura como fuente generatriz de conceptos, juicios y razonamientos...".

Pero si de responsabilidades se trata, no deberíamos perder de vista que los centros de alojamiento por más especializados que pretendan serlo, tienden a operar bajo la misma lógica y dinámica que las cárceles¹⁰. Entonces, adquiere relevancia la circunstancia de que las unidades carcelarias presentan los índices más altos en materia de homicidios y de violencia en general. Con matices, es una situación que se repite en todas partes del mundo. Desde ese punto de partida, es de por sí cuestionable la legitimidad estatal de aplicar dolor mediante la pena a una persona por el dolor que causó a otra. Pero ¿qué decir de aplicar dolor a aquél que termina cometiendo un acto de violencia como resultado de una historia de cientos de violencias repetidas, sufridas por él mismo? No exige demasiado ejercicio intelectual imaginar la cantidad de carencias, privaciones y situaciones de violencia que precedieron la vida de un niño que a los catorce años sea capaz de matar¹¹. ¿Cómo podemos consentir la aplicación de dolor -más violencia- cuando permitimos que un niño recorra catorce años de su vida en contextos lo suficientemente marginales para convertirlo, precisamente, en un sujeto violento? ¿Queremos que expíe su culpa, o evitar la nuestra por dejar que eso ocurriera?

Argumentamos a veces, que eso sería lo mejor para el niño. Pero retomando un ejercicio intelectual que proponen los abolicionistas: Si ese niño que está en esa situación, fuera su sobrino (el de usted, que está leyendo esto) ¿seguiría pensando que eso es lo mejor para él? O pensaría que sería mejor primero intentar otras opciones ¿estaría dispuesto a mandar a su sobrino a ese sistema penal, a pesar de que la ley diga que tendrá tantas garantías?

Nuestro sur debe ser la incansable batalla de encontrar el modo de desarmar la cadena de violencias. No seguir sumando. La discusión no debe ser sobre cómo hacer al niño responsable de su violencia, sino cómo podemos hacer para evitar que él la sufra antes. La discusión no puede concentrarse en reducir la edad de punibilidad, sino en cómo hacer para protegerlo antes de que llegue a la situación que desencadena la violencia criminal. Debemos discutir cómo hacer efectivo un buen sistema de protección integral y no cómo seguir imaginando un "buen" sistema penal.

¹⁰ Entre otros casos, puede apreciarse lo sucedido en La Pampa en <http://www.infopico.com/social/19641-el-ipesa-se-aproxima-bastante-a-una-carcel>

¹¹ Ver apartado 'Los Números' donde Zaffaroni recoge la experiencia de la titular del Registro Nacional de Chicos Perdidos, accesible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-222819-2013-06-22.html>