

LA DISMINUCIÓN DE LA EDAD DE IMPUTABILIDAD PENAL: ¿SOLUCIÓN EFECTIVA FRENTE A LA DELINCUENCIA JUVENIL?

Juan Carlos García Huayama (*)

Juana Elvira Alvarado Reyes (**)

Fecha de publicación: 01/01/2013

Sumario: I.- Introducción; II.- El camino hacia el reconocimiento de un sistema de justicia penal juvenil; III.- Diferencias entre el sistema de justicia penal juvenil y la justicia penal para adultos; IV.- La responsabilidad penal en la legislación vigente; V.- La disminución de la edad de imputabilidad penal: engañosa solución frente a la delincuencia juvenil; VI.- Contravención al corpus iuris internacional de protección a los niños y adolescentes; VII.- La disminución de la edad de imputabilidad penal ocasiona mayores problemas de los que pretende solucionar; VIII.- A modo de conclusión; IX.- Referencias bibliográficas.

I.- INTRODUCCIÓN

El inquietante incremento de los índices delincuenciales en nuestra sociedad, especialmente entre la población juvenil¹, ha ocasionado que un

(*) Fiscal Adjunto Provincial Titular de la Fiscalía Civil y Familia de Castilla - Piura. Magíster en Derecho Civil y Comercial; egresado del Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura
juancarlosgh1@hotmail.com

(**) Fiscal Adjunto Provincial Titular de la Fiscalía Civil y Familia de Castilla - Piura. Magíster en Derecho Civil y Comercial; Cursa estudios de Doctorado en Derecho en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Piura.

¹ Según datos del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, entre los años 2008 y 2010, los delitos se incrementaron en 50%, pasando de 289 338 a 427 624. Los más frecuentes son los delitos contra el patrimonio (33,9% del total), contra la vida, el cuerpo y la

numeroso sector de la ciudadanía vincule los hechos ilícitos cometidos por menores de edad con una supuesta impunidad auspiciada por el Código de los Niños y Adolescentes; algunos medios de comunicación masivos haciendo eco de esta concepción también abogan por una reforma legislativa al respecto. Lógicamente que este reclamo social tiene incidencia directa en el plano político estableciendo pautas de actuación en un sector de la clase política, que escuchando el “deseo de los ciudadanos” han apostado por estrategias basadas en la represión (comúnmente identificadas como “mano dura”) como solución efectiva para frenar el auge de la delincuencia juvenil.

Así, en mayo del 2012 se hicieron públicos tres proyectos de ley que buscan la modificación del Código Penal a efectos de someter a los menores de edad al proceso penal para adultos. A través del Proyecto de Ley 1107/2011-CR se busca modificar los artículos 20 y 22 del Código Penal. En el primer dispositivo legal se establecería: “Está exento de responsabilidad penal: 2). El menor de 18 años, salvo que haya incurrido en delito de Homicidio Calificado, Violación de la Libertad Sexual, u otro delito sancionado con pena privativa de la libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua, en cuya situación el Juez mediante Resolución debidamente motivada y revisada por el Superior, dispondrá su juzgamiento y/o sanción como mayor”. En la exposición de motivos se indica:

“...En el Perú, en la actualidad el delito de sicariato se encuentra tipificado dentro del Homicidio agravado, “quién mata por lucro (...)”, que se encuentra tipificado en el artículo 108 inciso 1 del Código Penal.

Lamentablemente en la mayoría de los casos, quienes cometen este delito (sicariato) son jóvenes los que son reclutados por organizaciones criminales, aunque existen muchos casos en que los jóvenes se dedican a esta actividad ilícita por mero placer o para obtener un lucro fácil (...)

Según medios de comunicación de alta seriedad como la República, en Trujillo, Lima y Callao estarían operando unos 150 niños y adolescentes involucrados en secuestros, extorsiones y asesinatos, cobrando entre 100 soles y 500 dólares por cada crimen cometido.

Los factores por los cuales estos jóvenes habrían acudido al sicariato, son en gran número la pobreza porque con mayor frecuencia surgen entre los jóvenes de barrios marginados, pero uno de los mayores factores son la búsqueda de

salud (13,6%), y contra la libertad (11,2%)¹. En el mismo período, los delitos contra el patrimonio muestran el más alto índice de incremento (76,9%). Las infracciones cometidas por adolescentes se incrementaron en 28,8%, pasando de 13 537 infracciones registradas en el 2008 a 17 426 en el 2010. Las infracciones más frecuentes son aquellas contra el patrimonio (40%), contra la libertad (29,5%)² y contra la vida, el cuerpo y la salud (19,5%). Las infracciones que más se incrementaron en este período son las cometidas contra la vida, el cuerpo y la salud (46,4%).

protagonismo juvenil, para conseguir respeto ante su pandilla, grupo criminal así como sus rivales y posibles clientes.

El otro lado de la moneda se presenta en los potenciales usuarios de este servicio, que buscan la contratación de jóvenes como sicarios por la condición jurídica de estos, se convierte en un negocio para las Bandas Criminales puesto que en caso de ser aprehendidos, en la mayoría de los países existe un límite de edad que se considera para ser procesado por ciertos delitos, esto se denomina inimputabilidad penal.

Consecuentemente estos jóvenes sólo pueden ser puestos a disposición de los correccionales de menores, lo que a su vez redundará en la imposibilidad o dificultad de la investigación del delito, y por tanto de sus actividades intelectuales (...)”.

El Proyecto de Ley N° 1113/2011-CR propone modificar el artículo 20 numeral 2) del Código Penal y en consecuencia, reducir la edad de imputabilidad de 18 a 16 años ante la comisión de ciertos delitos considerados graves (asesinato, lesiones graves, secuestro, trata de personas, robo agravado, extorsión, asociación ilícita, entre otros). En la exposición de motivos del citado proyecto de ley se señala:

“...la normatividad actual no resulta acorde con la realidad, la realidad nos demuestra que los sicarios de Trujillo, El Callao y Lima son en su mayoría menores de edad, entre 16 y 18 años, menores que desatan el pánico en la población peruana, y que incluso han llegado a brindar entrevistas sobre sus conductas dolosas a los medios de comunicación nacional, pero que por su minoría de edad resultan inimputables, y cuando son derivados a los Centros de Reclusión de Menores se escapan o son rescatados, como es el caso de Gringasho en la ciudad de Trujillo (...) consideramos que el adolescente no solo es penalmente responsable sino que además penalmente imputable y lo es porque, a pesar de haberse podido comportar lícitamente, es decir, de haberse podido decidir por el derecho opta por lo injusto. Dicho de otro modo, siéndole exigible una conducta distinta, al ser capaz de ser motivado de modo suficiente por la norma de comportarse conforme a derecho, actuó ilícitamente. Por lo tanto, al corresponder su ilicitud de actuar, dicho acto le es reprochable, y por ello debe ser merecedor de una sentencia condenatoria de privación de libertad”.

De otro lado, el Proyecto Ley N° 1124/2011-CR² busca modificar los artículos 20 y 22 del Código Penal y reducir la edad de responsabilidad penal de 18 a 15 años. Según la exposición de motivos:

“...la finalidad del presente proyecto ley es contar con normas acordes para adecuarlas a las nuevas conductas sociales de los adolescentes infractores a la Ley Penal, que vienen incrementándose día a día, agrupándose en pandillas o grupos organizados y asociados para cometer delitos, siendo la delincuencia juvenil actualmente uno de los problemas criminológicos que se viene

² Sin embargo mediante Oficio Nro. 0467-2012-MFP/CR presentado al Oficial Mayor del Congreso con fecha 11 de octubre del 2012, el autor del citado proyecto de ley, Congresista de la República Mario Falconi Picardo, ha solicitado que el mismo sea retirado.

incrementando no solo en nuestro país sino también en el mundo entero. La delincuencia juvenil es un fenómeno social que pone en riesgo la seguridad pública de la sociedad, así mismo va contra las buenas costumbres ya establecidas por la sociedad; por lo que es un rol social del Estado buscar la protección de nuestra población, legislando sobre un tema de vital importancia para nuestra vida diaria, que reclama más seguridad ciudadana. Según la policía peruana, solo en el área metropolitana de Lima existen más de 300 pandillas que agrupan a unos 12.000 jóvenes. En los barrios populares del cinturón capitalino, en los llamados cerros, se estima que más del 50% de jóvenes consumen algún tipo de droga, cuando se trata de alcohol esta cifra también es muy alta (...)”.

Se evidencia que los principales fundamentos que sustentan las propuestas de disminuir la edad de imputabilidad penal son el incremento de los índices delincuenciales especialmente entre la población juvenil y la consecuente inseguridad ciudadana.

Sin embargo debemos advertir que en diversos Estados de América Latina han fracasado las estrategias de política criminal represiva, basadas en modificaciones legislativas para disminuir la edad de la imputabilidad penal, incrementar la privación de libertad contra menores de edad que incurren en ilícitos, eliminación de garantías procesales, etc. Especialmente en países como El Salvador y Honduras donde a consecuencia de un fenómeno social como es la existencia de las “maras”, se aprobaron diversas leyes (denominadas leyes “antimaras”) que aparte de resultar ineficaces para resolver el problema criminal, inobservaron toda la normativa relativa a la responsabilidad penal juvenil pacientemente construida a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y además, se fundamentaban en los desfasados criterios de “peligrosidad”, permitiendo que un menor pueda ser privado de libertad no por cometer un hecho delictivo sino por razones subjetivas, como por ejemplo, el uso de tatuajes, vivir en la calle, dedicarse a la mendicidad, etc.

En realidad no existe ninguna evidencia sólida que permita concluir que de aprobarse una ley reduciendo la edad de imputabilidad penal, se detendrá el índice de violencia y crimen juvenil, en consecuencia, consideramos que éste tipo de propuestas legislativas - basadas únicamente en la alarma social y que solo buscan satisfacer la opinión pública para lograr ventajas políticas antes que detectar o afrontar las causas de la violencia juvenil -, carecen de solvencia técnica para lograr el objetivo deseado, ya que solamente se trata de una medida legislativa que focaliza la represión en un sector específico de la sociedad pero no ataca el problema fundamental que origina la criminalidad juvenil, es decir, la miseria, exclusión, falta de oportunidades laborales y carencia absoluta de apoyo a la juventud.

Es que un programa adecuado de política criminal básicamente debe incidir en el terreno de la prevención y rehabilitación, se debe debatir respecto a

temas centrales como mayor inversión en el sector social con énfasis en sistemas de protección integral a la niñez y adolescencia, inversión en empleo juvenil, uso constructivo del tiempo libre de jóvenes, formación técnico vocacional, entre otros. Como bien expresa el Tribunal Constitucional en el Expediente 03247-2008-HC: “Si el Estado, con el apoyo de la sociedad civil y del sector privado a través de programas de Responsabilidad Social Empresarial, no ejecuta planes y destina recursos en materia de salud, educación, alimentación, vivienda e infraestructura, los índices de criminalidad juvenil y la inequidad en nuestro país tenderán a aumentar”.

II.- EL CAMINO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE UN SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL.

Durante siglos los niños y adolescentes estuvieron sometidos a idéntico tratamiento legal que los adultos, pues existía absoluta carencia de regulación e instituciones especializadas al respecto, consecuentemente, no se establecía ninguna diferencia cuando el ilícito era cometido por un menor de edad o una persona adulta, inclusive aquellos eran recluidos dentro de los mismos ambientes ocasionando que los mayores de edad abusaran de su superioridad, atentando contra la vida, integridad física, moral y sexual de los niños, además, en dichos centros de reclusión éstos asimilaban las conductas indebidas y vicios propios de adultos dedicados a delinquir. “Es la etapa que Emilio García Méndez ha llamado “*etapa del tratamiento penal indiferenciado*”, caracterizada por juzgar a los niños prácticamente de la misma manera que a los adultos, con la escasa excepción de los que no habían alcanzado 07 años, cuyos actos - siguiendo la tradición romana -, eran equiparados a los de los animales”³.

El límite de la inimputabilidad penal se estableció a la corta edad de 07 años, entonces los menores que superaban esta edad eran privados de su libertad y procesados bajo las mismas normas que los adultos. Aída Kemelmajer da cuenta que hacia 1815 un tribunal de Olb Baley – Inglaterra condenó a cinco niños de 8 a 12 años de edad, a los que inclusive consideró merecedores de la pena de muerte⁴.

En los albores del siglo XIX se realizó algunas modificaciones al régimen de carcerería ordinario o para adultos, se implementaron dependencias escolares o talleres en donde los presos jóvenes podían aprender un oficio y obtener ciertos beneficios económicos, no obstante, los menores de edad

³ KELMEMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 52.

⁴ Ídem. p. 45.

que realizaban una conducta delictiva continuaban recibiendo idéntico tratamiento que el otorgado a los adultos delincuentes.

La idea de establecer una justicia penal especializada para los menores de edad surge en Chicago – Estados Unidos en el año 1889, donde el movimiento “los salvadores del niño” impulsó la creación de un tribunal exclusivo para menores de edad, constituyendo el primer intento de brindarles un tratamiento diferenciado de los adultos⁵, pronto esta clase de órganos jurisdiccionales se extendió hacia Europa⁶ y Latinoamérica.

Asimismo, se separó a los niños de las cárceles para adultos, tendencia que también se asumió en nuestro país donde con fecha 21 de mayo de 1902 se aprobó una ley propuesta por el gobierno del Presidente Eduardo López de Romaña, que establecía la Escuela Correccional de Varones o más conocida como la Granja Escuela de Surco, con el objetivo de reformar a los menores de edad entre los 10 y 18 años que mostrasen una “*conducta inmoral*”⁷.

Si bien se evidencia un importante logro al separar a los niños y adolescentes privados de libertad de los establecimientos penitenciarios para adultos, aún la reforma no era integral pues dichos establecimientos destinados para los menores de edad se caracterizaban preponderantemente por lo siguiente: “en primer término se observa que no hay claridad y por ende adecuada distinción entre los conceptos de sanción penal, educación y protección, desarrollándose el concepto peligrosista de reforma del menor delincuente - de allí el nombre que se le dio a los centros o dependencias de reclusión: “reformatorios”-; en segundo término se conservaron esenciales similitudes en el tratamiento dispensado a los adultos respecto del cumplimiento de las sanciones por parte de menores”⁸.

Es que bajo la influencia de la doctrina de la situación irregular se otorgó a los jueces de menores absoluto poder discrecional y omnímodo, pues éste podía privarlos de su libertad por tiempo indeterminado, estaba facultado para adoptar una decisión sin escuchar al niño o adolescente, no sólo se

⁵ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario. *Derecho Penal de Menores*. 4ª edición, Bosch, Barcelona, 2007, p. 43.

⁶ En diversos países de Europa se crearon tribunales específicos para menores de edad, tal como sucedió en Gran Bretaña (1912); España (1920), Alemania (1922) y Austria (1922), siendo que hacia 1931 se podían contabilizar treinta países con tribunales para menores de edad (Vide ORNOSA FERNÁNDEZ, María del Rosario. Ob. cit., p. 43).

⁷ DEFENSORIA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 123. La situación de los adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad (supervisión de los centros juveniles-2007), p.34.

⁸ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Comentarios al nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2007, p. 2.

limitaba a intervenir cuando el menor realizaba actos de infracción a la ley penal sino también ante la falta de recursos materiales se encontraba facultado para separar a los niños de su familia, criminalizando de este modo la pobreza, en suma, se asumió un rol “paternalista” considerando a los niños como seres incompletos y objeto de protección antes que sujeto de derechos.

Este uso negativo de las facultades discrecionales del juzgador, a manera de ejemplo, se evidencia en el caso “Crouse” de 1838 cuyo desenlace fue el siguiente: Mary Ann Crouse fue internada - luego de un brevísimo juicio sumario - en la Philadelphia House of Refuge por orden de un juez de paz, a solicitud de la madre de la menor quién afirmaba que “no podía manejarla” ya que era muy rebelde. El padre de la niña objetó ese confinamiento a través de un recurso de hábeas corpus, sosteniendo que se había vulnerado el derecho a ser juzgado por un jurado. La corte rechazó la argumentación señalando que el error del recurrente era doble: **(i)** creer que la única razón por la cual se colocaba a los menores a esos establecimientos era la comisión de un delito y **(ii)** estimar que ubicar a un menor en esos establecimientos era una pena. Agregándose que al menor se le ubica en las casas de caridad para reformarlo, entrenarlo en el trabajo, imbuir en su mente los principios de moralidad y religión, proveyéndolo de medios para ganarse la vida y además, para separarlo de la influencia corruptora de compañías inadecuadas, pues los refugios los aíslan de las influencias contaminantes y les imponen disciplina estricta, inculcan obediencia y respeto a la autoridad⁹.

Años después la doctrina de la situación irregular comenzó a ser cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los menores de edad, dando lugar a un nuevo paradigma que es la “Doctrina de la protección integral”¹⁰, bajo cuyos fundamentos surge la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989. Esta doctrina se caracteriza por considerar al interés superior del niño como norma rectora de interpretación y criterio orientador de políticas públicas referidas a la categoría infancia; asimismo, el menor de edad es considerado sujeto pleno de derechos, por tanto, ante la comisión de un ilícito debe contar con todas las garantías del debido proceso y respeto estricto de sus derechos fundamentales, donde el juez puede privarlo de su libertad ambulatoria sólo

⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Ob. cit., p. 50.

¹⁰ Se indica que la doctrina de la protección integral no surgió espontáneamente, sino que es el resultado de un amplio movimiento social a favor de los derechos del niño y de las reformas de los derechos de la infancia que se llevaron a cabo en América Latina y Europa (Vide Defensoría del Pueblo: “El sistema de justicia penal juvenil en el Perú”; Informe Defensorial N° 51, p.16).

como última ratio y por el mínimo tiempo posible, únicamente cuando ha cometido infracciones graves y reiteradas a la ley penal. Esta doctrina tiene como uno de sus principales ejes el diseño de un sistema de responsabilidad penal especializado para aquellas personas menores de 18 años que cometen hechos ilícitos, completamente distinto al sistema tutelar y al sistema penal de adultos, acorde con lo indicado por el artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño.

PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR Y LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL		
	DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL
En cuanto al reconocimiento de derechos	El menor no es considerado titular de derechos, sino objeto de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial.	La consideración del niño y el adolescente como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección.
Intervención del Juez	El juez interviene cuando considera que hay “peligro material o moral”, concepto que no se define y permite disponer del niño, tomando la medida que crea conveniente y de duración indeterminada.	El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal; no puede tomar cualquier medida y si lo hace debe tener duración determinada.
Sistema judicial	El sistema judicial trata los problemas asistenciales o jurídicos, sean civiles o penales, a través de la figura del Juez de menores.	El diseño de un sistema de responsabilidad penal especial para aquellas personas menores de dieciocho años que entren en colisión con la ley penal
Motivos que facultan la privación de la libertad del adolescente	Se puede privar al niño de la libertad por tiempo indeterminado o restringir sus derechos, aún por la situación socioeconómica en la que se encuentra, aduciendo “peligro material o moral”.	En casos excepcionales, por el menor tiempo posible y siempre que cometa grave infracción a la ley penal, se permite la privación de la libertad del menor de edad, bajo un régimen especial de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.
Garantías procesales	El niño que cometió un delito no es oído y no tiene derecho a la defensa e incluso cuando sea	El juez tiene la obligación de oír al niño autor de delito, quien a su vez tiene derecho a ser

	declarado inocente puede ser privado de su libertad.	juzgado con las garantías mínimas que conforman el debido proceso.
--	--	--

III.- DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL Y LA JUSTICIA PENAL PARA ADULTOS

Aún cuando los menores de edad se encuentran sometidos a una jurisdicción especializada debemos tener el valor de admitir que se trata de una responsabilidad penal, aunque atenuada respecto de los adultos, pero de la misma naturaleza¹¹. En tal sentido, coincidimos con Ornos Fernández cuando sostiene que la exigencia de un proceso diferenciado respecto a los adultos “no es obstáculo para que el proceso de infracción a la ley penal deba considerarse de carácter penal, por su propia naturaleza y aplicación de los principios, derechos y garantías previstos en el ordenamiento jurídico”¹².

Es más, resulta aconsejable y hasta beneficioso que el menor conozca sin subterfugios que estamos ante una justicia penal que, con todas sus especialidades, le va exigir – en caso de acreditarse su participación en los hechos imputados – responder ante la sociedad por la infracción a la ley penal a través de una medida socioeducativa. Además, si reconocemos la naturaleza penal de este proceso le estamos imponiendo al sistema los límites y controles propios del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho, en caso contrario, al no tener en claro esa naturaleza, la exigencia de derechos y garantías puede soslayarse, conforme se ha hecho en el pasado con la legislación tutelar.

En este sentido, es importante que el Proyecto del Código de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 247), dejando de lado las desfasadas ideas de protección paternalista, admita textualmente la responsabilidad penal especial de los menores al disponerse que “...El adolescente responde por su conducta en virtud a una **responsabilidad penal especial**, en tanto es sujeto de derechos y obligaciones”.

Empero, lo antes expuesto no quiere decir que sea adecuado tratar a los menores de edad de manera idéntica que a los adultos, pues el adolescente infractor es una persona que se encuentra en desarrollo y que aún no ha tenido tiempo para interiorizar a plenitud las normas que rigen la sociedad en que vive. Esto como más adelante lo detallaremos, no significa que sea incapaz de discernir y que por lo tanto resulte irresponsable, sino que la

¹¹ DEL CARPIO RODRIGUEZ, Columba. *Derecho de los niños y adolescentes*. Editorial Dongo, Arequipa, 2001, p. 61.

¹² ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario; Ob. cit., p. 99.

reacción social frente a sus actos ilícitos no debe ser exclusivamente el castigo, sino que sobre todo se debe procurar: **a)** fomentar la responsabilidad del adolescente que ha cometido una infracción penal, **b)** promover su real rehabilitación para cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad, **c)** favorecer la participación de la comunidad en el proceso de reinserción social, mediante la oferta de servicios y programas para el cumplimiento de las medidas socioeducativas¹³.

Consecuentemente resulta innegable que existen diferencias entre el sistema de justicia penal común o para adultos y la justicia penal para adolescentes. En el último caso se enfatiza sobre todo la educación y reinserción social del infractor, se establece alternativas de naturaleza desjudicializadora, flexibilización y posibilidad de modificar las medidas impuestas al menor, disposición de un amplio abanico de medidas socioeducativas de diferente intensidad y contenido, a efectos de seleccionar aquellas que satisfagan con mayor claridad el interés superior del niño, etcétera.

Asimismo, la justicia penal juvenil establece una serie de garantías específicas como:

- i.** Abolición de la pena de muerte¹⁴, que recoge el artículo 4.5 de la Convención Americana al disponer “no se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad ...”;
- ii.** Corta duración e improrrogabilidad de la prisión, con la consecuente prohibición del encarcelamiento de por vida o cadena perpetua para menores de edad¹⁵ en atención al artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño que señala: “a) Ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de

¹³ UNICEF. ¿Qué es un sistema de justicia penal juvenil?. En: <www.unicef.org/argentina/.../que_es_el_sistema_penal_juvenil.pdf>.

¹⁴ Es una tendencia internacional casi unánime la prohibición de la ejecución de delincuentes menores de 18 años. Esta tendencia abarca todos los espectros políticos e ideológicos y prácticamente ha aislado a Estados Unidos como el único país que sigue manteniendo la legalidad de la ejecución de delincuentes de 16 y 17 años (Vide Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “La pena de muerte en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: De restricciones a abolición”, aprobado el 31 de diciembre del 2011).

¹⁵ Actualmente Argentina es el único país latinoamericano cuya legislación establece la posibilidad de la cadena perpetua para menores de edad entre los 16 y 18 años. En el Informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que el Estado argentino había violado el derecho al recurso y la Convención sobre los Derechos del Niño al imponer penas de prisión y reclusión perpetuas a quienes eran menores cuando cometieron los delitos por los que fueron juzgados.

excrcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.
b) (...) La detención, el encarcclamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...”

- iii. Exclusión de la publicidad de juicio oral y confidencialidad respecto a la identidad del adolescente infractor para evitar su estigmatización;
- iv. Intervención de los padres o responsables y
- v. Inclusión de estudios psico – sociales que orientan al juez a la hora de determinar la medida a imponer dentro del marco de la legalidad.

IV.- LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

4.1 Mayores de 18 años:

El Código Penal en su artículo 20 inciso 2) establece: “Está exento de responsabilidad penal: 2) El menor de 18 años”. En virtud al citado dispositivo legal se ha establecido un criterio estrictamente cronológico a partir del cual el sujeto responde plenamente por sus actos delictivos a través del sistema común.

Se dice que “la determinación de la mayoría de edad penal en los 18 años - plena aplicación del derecho penal de adultos – es sin duda una decisión de política criminal esencialmente fundamentada en la necesidad de una intervención especial, en la órbita de persecución, frente a los menores. El legislador considera un principio de privilegio para el agente, en cuanto asume que hasta ese momento la persona no ha alcanzado el grado de formación y madurez suficiente para hacerle aplicable en su integridad el sistema penal de adultos...”¹⁶.

4.2 A partir de 14 a menos de 18 años de edad:

El Código de los Niños y Adolescentes (artículo 184) establece que los adolescentes cuya edad oscile entre los 14 hasta antes de cumplir los 18 años detentan responsabilidad penal especial, esto implica que aún cuando no pueden ser procesados como adultos, sí existe la posibilidad de someterlos a un proceso específico por infracción a la ley penal y de comprobarse su responsabilidad se procederá a aplicar alguna de las medidas socioeducativas que establece el artículo 217 del citado texto

¹⁶ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Ob. cit., p.10-11.

legal¹⁷, que comprende desde una simple amonestación hasta la privación de la libertad mediante el internamiento en un centro juvenil. En otras palabras, los menores comprendidos en esta franja de edad son los destinatarios del sistema penal juvenil, en consecuencia, son excluidos de la intervención penal para adultos pero al mismo tiempo se les exige responsabilidad penal a través de las medidas específicas previstas para responder frente a un hecho delictivo.

En este proceso penal especial se respeta las garantías procesales básicas que también resultan indispensables en un proceso criminal seguido contra adultos y, además, las que corresponden por su condición especial de menor de edad como por ejemplo, privacidad y confidencialidad, la presencia de los padres o responsables durante todas las fases del proceso, la ineludible aplicación del interés superior del niño, entre otros.

El Código de Niños y Adolescentes al establecer que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes tiene su ámbito de aplicación subjetiva para aquellas personas que se encuentren entre los 14 y los 18 años de edad al momento de realizar la conducta considerada delictiva, reconoce que éstos tienen capacidad de imputabilidad específica, condicionada y diferenciada en referencia al hecho cronológico de la edad y al propio desarrollo del proceso formativo del menor que a todas luces se observa inconcluso por parte de las ciencias del comportamiento, todo lo anterior fundamenta la no erradicación o exclusión de la responsabilidad penal sino una respuesta estatal especial y diferenciada.

Es que la capacidad de imputabilidad de un adolescente “...no es exactamente igual y equivalente a la del adulto que ya ha culminado su ciclo formativo; una personalidad en evolución debe ofrecer variables de madurez y cierta tendencia al peso de la influencia de terceros, externa o telúrica, realidad que no puede ser desconocida por el derecho penal, disciplina que admitiendo la imputabilidad, ha de aceptar que se trata de una capacidad específica y peculiar, lo cual debe traer como consecuencia toda una serie de matices, reflejados en la normatividad que se adopte”¹⁸.

¹⁷ El artículo 217 del Código de los Niños y Adolescentes establece: “El Juez podrá aplicar las medidas socioeducativas siguientes:

- a) Amonestación;
- b) Prestación de servicios a la comunidad;
- c) Libertad asistida;
- d) Libertad restringida; y
- e) Internación en establecimiento para tratamiento”.

¹⁸ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Ob. cit., p. 33.

En cuanto a la aplicación de la medida socioeducativa de internamiento, según lo indicado en el artículo 194 in fine del Código de los Niños y Adolescentes, cabe distinguir dos tramos: **a)** los adolescentes cuya edad se encuentre comprendida entre 14 hasta los 16 años de edad se les aplicará una medida socioeducativa de internación no mayor a cuatro años y **b)** en caso de adolescentes cuya edad se encuentre comprendida entre más de 16 hasta antes de cumplir 18 años, se aplicará la medida socioeducativa de internamiento no mayor de seis años.

4.3 Menores de 14 años:

Aquellos adolescentes que realicen una conducta ilícita antes de haber alcanzado los 14 años de edad, carecen completamente de responsabilidad penal, por tanto, no están sujetos al régimen jurídico especial de justicia penal juvenil menos al sistema para adultos o común.

Debido a que están plenamente exentos de responsabilidad penal (inimputabilidad absoluta), no se permite imponer medidas socioeducativas siendo aplicables únicamente las medidas de protección previstas en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes¹⁹. Es decir, el sistema de justicia penal juvenil y las medidas socioeducativas en nuestro país, exclusivamente serán aplicables a aquellos adolescentes que al momento de cometer la infracción a la ley penal cuenten con 14 años de edad como mínimo²⁰.

Esta disposición se encuentra en consonancia con el artículo 40 numeral 3 literal c) de la Convención sobre los Derechos del Niño y la regla 4 de las Reglas de Beijing, que obligan a los Estados parte a establecer una “edad mínima” para los menores acusados de haber cometido una infracción a la ley penal, en consecuencia, debajo de dicha edad se presumirá que los

¹⁹ El artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes establece “Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y
- d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial”.

²⁰ El artículo 240 del Proyecto del Código de Niños, Niñas y Adolescentes – a diferencia del actual - establece de manera literal que: “El niño, niña y adolescente menor de 14 años de edad no son responsables penalmente...”.

niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual, sin embargo, aún cuando dichos instrumentos no mencionan una edad mínima concreta a ese respecto, internacionalmente se entiende como aceptable una edad no inferior a los 12 años.

Entonces, consideramos adecuada la opción del Código de los Niños y Adolescentes de establecer la edad mínima en una etapa no demasiado temprana (14 años), pues el concepto de responsabilidad perdería todo sentido si se establece en una edad donde el niño no pueda comprender las consecuencias de sus actos.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00162-2011-PHC/TC conoció el siguiente caso: Doña Consuelo Vallejos Flores interpuso demanda contra los magistrados de la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Lambayeque a efectos que se anule la sentencia confirmatoria de fecha 18 de mayo del 2010, consecuentemente, todo el proceso penal seguido contra su hermano de iniciales A.E.V.Y por la presunta infracción a la ley penal de violación a la libertad sexual en agravio de una adolescente de 14 años. La recurrente expuso como argumentos que su hermano fue condenado por los hechos ocurridos el 15 de octubre del 2008, cuando contaba con 13 años de edad, sin embargo, los magistrados no tomaron en cuenta que las personas a dicha edad no tienen capacidad para infringir leyes penales, pues son absolutamente inimputables. Agregó que el menor procesado fue sometido a un procedimiento distinto a aquél destinado a efectos de imponerle una medida de protección, las que pueden ser impuestas por el juez sin necesidad de un proceso judicial investigatorio alguno teniendo en cuenta sólo los actuados policiales y fiscales, pues en el caso de los menores inimputables la ley los protege, no los sanciona. El máximo intérprete constitucional declaró infundada la demanda argumentando lo siguiente:

“Según se señala a fojas 15 de autos, el menor favorecido al 15 de octubre del 2008, fecha en que ocurrieron los hechos, tenía 13 años de edad; por lo que al ser menor de 14 años, era pasible de medidas de protección.

Asimismo, si bien se alega que para la imposición de alguna de las medidas de protección no se debió iniciar proceso contra el favorecido, la imposición de alguna de las medidas de protección previstas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes requería que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido en la infracción penal de violación de la libertad sexual en agravio del otro menor; lo que implicaba el inicio de un proceso” (el resaltado es nuestro).

El Tribunal Constitucional parece olvidar que aquellas personas que al momento de cometer el hecho delictivo tienen menos de 14 años de edad, están fuera del sistema penal juvenil al ser absolutamente inimputables, por

tanto, no es correcto someterlos a un proceso por infracción a la ley penal. Las medidas de protección que resulten necesarias se aplicarán a través de un proceso de naturaleza tutelar, pero nunca mediante el proceso por infracción a la ley penal.

Tipo de responsabilidad	Edad	Base legal
Responsabilidad penal común (absoluta)	Desde los 18 años de edad	Artículo 20 inciso 2) del Código Penal.
Responsabilidad penal específica	Desde los 14 hasta antes de cumplir los 18 años de edad.	Artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes (se imponen medidas socioeducativas).
Irresponsabilidad penal absoluta	Menores de 14 años de edad	Artículo 272 del Código de los Niños y Adolescentes (se establecen medidas de protección).

V.- LA DISMINUCIÓN DE LA EDAD DE IMPUTABILIDAD PENAL: ENGAÑOSA SOLUCIÓN FRENTE A LA DELINCUENCIA JUVENIL.

Los programas destinados a enfrentar la delincuencia y violencia juvenil se manifiestan en dos enfoques contrapuestos: uno basado en la prevención y el otro, que destaca la sanción y el castigo. La mayoría de Estados de América Latina ha elegido un enfoque punitivo y represivo para resolver este tipo de problemas, tanto en los jóvenes como en la sociedad en general.

Empero las estrategias represivas y punitivas, han mostrado limitados resultados no solo en la región sino en la mayoría de países del mundo, debido a que no logran disminuir los indicadores de violencia y delincuencia de manera sostenida²¹. Esto se debe a que no abordan el problema de la violencia juvenil en todas sus dimensiones, pues olvidan que ésta problemática es un fenómeno complejo y multifacético que

²¹ OLATE, René y SALAS – WRIGHT, Christopher. “¿Cómo intervenir en los problemas de violencia y delincuencia juvenil?”. El fracaso de los enfoques punitivos y las posibilidades del enfoque de la salud pública. En: <http://www6.uc.cl/trabajosocial/site/artic/20120524/asocfile/20120524101206/rev_trabajo_social_79.pdf>.

prioritariamente requiere establecer estrategias que promuevan la prevención antes que la represión, a efectos de erradicar los factores de riesgo - entendidos como condiciones en el individuo o medio ambiente que generan mayor probabilidad de una conducta delictiva en el futuro - y, para ello se requiere incidir en programas de asistencia social, económica, educacional y laboral.

Las medidas preventivas se encuentran enfatizadas en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”), cuyo artículo 5º establece que debe reconocerse la necesidad e importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia. Agregándose que, entre otros aspectos, la política y las medidas de índole preventiva deberán incluir: **a)** la creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están patentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan cuidado y protección especiales; **b)** la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien; **c)** una intervención oficial que se guíe por la justicia y la equidad, cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes y **d)** la protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes.

Una adecuada política criminal para ser eficaz necesita conocer el origen del problema a intervenir, por tanto resulta fundamental determinar las causas o factores de riesgo que influyen o concurren en los delincuentes juveniles²². La literatura criminológica más reciente señala dentro de los ámbitos con factores de riesgo más influyentes en el comportamiento antisocial y delincuente de los jóvenes a los siguientes: a) problemas familiares traducidos en malos tratos, falta de supervisión, ausencia de comunicación o carencias afectivas; b) el fracaso escolar, abandono de los estudios a temprana edad; c) indebida relación con el grupo de iguales, entendido como los amigos o compañeros de la misma edad; d) el consumo de drogas, existe una fuerte relación entre consumo de drogas y la delincuencia, sustentándose a su vez, en que los factores de riesgo que contribuyen al consumo de drogas son idénticos a los que influyen en la delincuencia y e) los factores sociales y comunitarios parecen influir

²² VASQUEZ GONZALES, Carlos. “Prevención de la delincuencia juvenil”. En: *Derecho Penal Juvenil*. Dykinson, Madrid, 2007, p. 98.

también en la delincuencia juvenil, aunque su influencia directa sea menor, específicamente respecto al aspecto ambiental del barrio donde se habita, viviendas sin adecuadas condiciones de habitabilidad, etc.

Es evidente que tratar a los menores de edad que infringen la ley penal de modo similar que a los adultos, no resolverá los problemas sociales que originan este tipo de conductas antisociales, se trata de una medida demagógica e irresponsable basada en el llamado “populismo penal”, entendido como una expresión política y social que enfatiza acciones tales como el incremento de sanciones para adolescentes infractores, reducción de la edad de imputabilidad penal, operaciones rastrillo en búsqueda de pandilleros, entre otros; recogiendo de este modo - sin estudios serios previos – el “reclamo de la ciudadanía”.

VI.- CONTRAVENCIÓN AL CORPUS IURIS INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LOS NIÑOS y ADOLESCENTES.

El concepto de un corpus iuris internacional en materia de niñez está referido al reconocimiento de un conjunto de normas fundamentales que garantizan el pleno goce de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Sirve para fijar el contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana²³ y es el resultado de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñez, que tiene como eje el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho. El marco jurídico de protección de los derechos fundamentales de los niños incluye, entre otras:

²³ Conforme al artículo 19 de la Convención Americana, los Estados tienen un deber de observar un estándar especialmente alto en todo lo relacionado con la garantía y protección de los derechos humanos de la niñez. El respeto a los derechos del niño constituye un valor fundamental de una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos (Vid. CIDH, Informe No. 33/04, Caso 11.634, Fondo, Jailton Neri Fonseca (Brasil), 11 de marzo de 2004, párr. 80). Asimismo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho adicional y complementario, que el tratado establece para quienes por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial. Los niños, por tanto, son titulares tanto de los derechos humanos que corresponden a todas las personas, como de aquellos derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Es decir, los niños deben ser titulares de medidas especiales de protección (Vid. Corte I.D.H., Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párrafo 106; Caso Baldeón García, Sentencia de 6 de abril de 2005. Serie C No. 147, párrafo 244; Caso de la Masacre de Mapiripán, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 152; y especialmente: Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 147 y Caso Servellón García y otros. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrafo 113).

- La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”).
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (“Reglas de Tokio”).
- Las Reglas para la protección de menores privados de la libertad (“Reglas de La Habana”).
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (“Directrices de Riad”).
- Se comprende también a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general y asimismo, están incluidos para efectos interpretativos las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (“Comité de los Derechos del Niño”) en cumplimiento de su mandato, como la Observación General N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores²⁴.

La Convención sobre Derechos del Niño ha establecido algunos parámetros de obligatorio cumplimiento en cuanto al tema bajo análisis:

- a) En su artículo 1° dispone que niño es todo ser humano hasta antes de cumplir los 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le fuere aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.
- b) Los artículos 37 y 40 señalan que los menores de 18 años que cometen una infracción a normas penales deben ser procesados, juzgados y sancionados mediante una legislación especial que garantice sus derechos y haga valer su responsabilidad, separados de los adultos, teniendo en cuenta su grado de desarrollo. Estas disposiciones se repiten en el numeral 2.2 de las Reglas de Beijing que define como menor de edad a todo niño o joven que de acuerdo con el respectivo sistema normativo, puede ser castigado por un delito de una manera especial o diferente a aquella por la cual se sanciona a un adulto; considerando como menor delincuente a todo niño o joven a quién se haya imputado la comisión de un delito o se haya declarado culpable de la misma.

²⁴ Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Párrafos 18 y 19).

- c) El artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño indica que el interés superior del niño constituye una consideración primordial en todas las medidas relativas a los niños que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Esto implica que los órganos legislativos deben considerar si las leyes que se adoptan beneficiarán a los niños y los tribunales encargados de resolver conflictos de intereses deben basar sus decisiones en la solución que sea mejor para los menores de edad.

Es verdad que la definición de las edades de imputabilidad penal son una expresión de la política criminal que el Estado desarrolló para hacer frente a la criminalidad, empero ésta debe considerar la existencia de instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño para el caso de la imputabilidad penal. En tal sentido, habiendo nuestro país establecido que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, el intento de establecer la imputabilidad penal común antes de dicha etapa, además de no aportar una respuesta efectiva para mejorar la seguridad ciudadana, resultaría inconstitucional y contravendría la Convención sobre Derechos del Niño así como la totalidad del corpus iuris internacional en materia de niñez, consecuentemente, el Perú bien podría ser responsabilizado y sancionado por la comunidad internacional al infringir normas internacionales de derechos humanos.

Cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño fue suscrita por nuestro país en 1990²⁵, en consecuencia, es parte de nuestro derecho nacional²⁶ y tiene jerarquía constitucional.

En esta razón "...a los tratados internacionales – mucho más cuando, como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional – hay que adjudicarles lo que se da en denominar “fuerza normativa”. Quiere decir que son normas jurídicas, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de

²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990, aprobada por Resolución Legislativa N° 25278 del 03 de agosto de 1990, con instrumento de ratificación del 14 de agosto de 1990. En tal sentido, sus disposiciones forman parte del derecho nacional y con jerarquía constitucional.

²⁶ El artículo 55 de la Constitución dispone: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Al respecto el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 047-2004-AI/TC indicó “Los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano”.

la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así, reaparece el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para superar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresoras e inconstitucionales), para desarrollar la interpretación, etcétera”²⁷.

Es más, cuando los Estados ratifican los tratados internacionales sobre derechos humanos y los incorporan a su normativa interna, se obligan a proteger el ejercicio de estos derechos. Entonces, los progresos alcanzados en la protección de los derechos humanos son irreversibles, consecuentemente, siempre resultará posible expandir el ámbito de protección de los derechos pero no restringirlo, esto es, los estándares alcanzados en materia de derechos humanos no se pueden rebajar, salvo denunciando el tratado internacional, hecho que implicaría al país un enorme retroceso en materia de derechos humanos. El Perú al firmar la Convención sobre Derechos del Niño se obligó a respetar los derechos allí incluidos mediante la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, necesarias para darle mayor efectividad.

La Comisión Interamericana señala que existen distintas iniciativas legislativas en los Estados que implican regresiones de los estándares alcanzados en el marco de los procesos de adecuación de la legislación interna a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ejemplo, proyectos legislativos que buscan suspender garantías mínimas en los procesos de justicia juvenil, proyectos que tienen por objeto la disminución de la edad para ser sujetos de sanciones penales ordinarias, proyectos con miras a disminuir la edad mínima para ser sometidos al sistema de justicia juvenil, proyectos que prevén el aumento de las penas, proyectos que buscan criminalizar la mera pertenencia a pandillas, entre otras medidas regresivas. A manera de ejemplo muestra el caso de Ecuador, donde - al igual de lo que está sucediendo en nuestro país - en julio de 2010 se presentó un proyecto que prevé aplicar leyes penales a quienes, al momento en que se inicie la ejecución del delito, sean mayores de 16 y menores de 18 años. De tal forma, la iniciativa permitiría que los adolescentes de 16 años de edad acusados de infringir leyes penales sean sometidos a la justicia penal ordinaria, cuando actualmente en Ecuador, las personas que no han cumplido los 18 años están sujetas a un Código especial sobre Niñez y Adolescencia, siendo inimputables de los delitos previstos en el Código Penal que rige para adultos.

²⁷ CAMPOS, Bidart. “Constitución, tratados y normas infraconstitucionales en relación con la Convención sobre Derechos del Niño”. En: *El Derecho y los chicos*. María del Carmen Bianchi (compiladora), Espacio, Buenos Aires, 1995, p. 137.

Advierte la Comisión Interamericana que la adopción de medidas regresivas a través de las cuales se limite el goce de los derechos de los niños, constituye una violación a los estándares establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos e insta a los Estados a abstenerse de aprobar legislación contraria a dichos estándares sobre la materia²⁸.

VII.- LA DISMINUCIÓN DE LA EDAD DE IMPUTABILIDAD PENAL OCASIONA MAYORES PROBLEMAS DE LOS QUE PRETENDE SOLUCIONAR.

7.1. SE ESTABLECERÍA UNA NORMATIVIDAD DISCRIMINATORIA Y DIFERENCIADA PARA LOS MENORES DE EDAD

En nuestro sistema jurídico las personas menores de 18 años de edad no cuentan con capacidad de ejercicio (salvo para los supuestos excepcionales indicados por el artículo 46 del Código Civil), por tanto, están impedidos de integrarse como sujetos activos y participativos de la sociedad bajo el argumento que todavía no se encuentran preparados para asumir idénticas responsabilidades que un adulto, sin embargo, contradictoriamente se pretende disminuir la edad de imputabilidad penal para que sean responsables conforme al sistema penal para adultos, pese a que la responsabilidad penal es una de las máximas responsabilidades que se puede exigir a un ser humano, que inclusive conlleva sanciones que en su mayoría implican la privación de la libertad.

La aceptación de las especiales necesidades en el menor debe tomarse en cuenta tanto a la hora de otorgarle la titularidad de sus derechos, como al momento de exigirle responsabilidades. No podemos señalar que recién desde los 18 años una persona puede participar activamente en la sociedad, pero dos años antes ya resulte susceptible de ser sometido al derecho penal común, por tanto, resulta incongruente esta diversidad de criterios: restrictiva para otorgar derechos y extensiva al exigir responsabilidades. Como sostiene Gimbernat Ordeig “si nadie ha protestado hasta ahora porque la mayoría de edad civil y política se fije en los dieciocho años, no se ve el motivo por el que tenga que regir algo distinto para la mayoría de edad penal²⁹”.

La Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial Nro. 157-2012/DP aprobado en julio del 2012 indica: “El hecho de que la norma

²⁸ Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²⁹ Citado por HALL GARCIA, Ana Paola. *La responsabilidad penal del menor. Con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores*. Ediciones Jurídicas, Bogotá 2004, p. 217.

únicamente lo considere mayor de edad para efectos penales, pero que sea menor de edad para cualquier otro aspecto, constituye claramente una afectación a la Convención, en tanto implica un trato diferenciado que impone al niño un trato como adulto para efectos de una sanción penal, pero lo mantiene con una capacidad civil limitada, así como imposibilitado del ejercicio de, por ejemplo, derechos civiles y políticos”.

En todo caso, si procedemos a juzgar y sancionar a los menores de 18 años de modo similar que a los adultos, haciéndolos responsables de delitos, susceptibles a la privación de libertad por largos periodos y a penas drásticas, también deberían estar facultados para ejercer plenamente sus derechos políticos como elegir a los gobernantes, participar en asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, rendición de cuentas, remoción o revocación de autoridades y, gozar de plena capacidad de ejercicio que les permita realizar diversos actos jurídicos relevantes tales como transferir o gravar inmuebles que se encuentren dentro de su esfera patrimonial, contraer matrimonio sin necesidad del asentimiento de sus padres, otorgar testamento, etc.; contrariamente sería legislar para perjudicar el estatus jurídico de los niños y adolescentes.

7.2. MAYOR HACINAMIENTO EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN.

El ciudadano común tiene la creencia que cuando un menor de edad comete una infracción a la ley penal casi nunca es privado de su libertad. Esta afirmación no es cierta, toda vez que aún cuando la privación de la libertad debe ser una medida excepcional mucho más en el caso de los menores de edad, se constata que la mayoría de los adolescentes infractores son privados de libertad.

Así, en el Informe Defensorial Nro. 157-2012/DP se indica “En el año 2007, los magistrados emitieron sentencias con medidas de internamiento en el 66.60% de los casos, mientras que en el 33.40% se dictaron medidas no privativas de la libertad. En mayo del 2012, esta tendencia se mantuvo con un 64.49% (internamiento) frente a un 35.51% (medida en libertad) (...) se puede advertir que el mayor número de adolescentes se encuentra en el sistema cerrado (1,558) en comparación con el sistema abierto (720), lo que obedece principalmente a la tendencia de los magistrados a dictar sentencias con medidas privativas de la libertad”³⁰.

Inclusive la excesiva utilización de las medidas privativas de libertad (sea como internamiento cautelar o en la sentencia) ha conllevado a que solamente en tres centros juveniles (Alfonso Ugarte, José Quiñones y

³⁰ Vide Informe Defensorial Nro. 157-2012/DP, Lima, 2012, p. 42.

Marcavalle) del total que existen en nuestro territorio nacional³¹, el número de adolescentes privados de su libertad sea acorde con la capacidad de albergue que señala la Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial. En los demás, esta capacidad ha sido superada conforme al cuadro que a continuación se detalla:

CAPACIDAD DE ALBERGUE Y POBLACIÓN REAL. MAYO DEL 2012³²			
Centro Juvenil	Adolescentes	Capacidad de albergue	Tasa de sobrepoblación
Miguel Grau (Piura)	141	130	8.5%
Alfonso Ugarte (Arequipa)	76	92	-
El Tambo (Huancayo)	124	110	12.7%
Trujillo (La Libertad)	100	88	13.6 %
José A. Quiñones (Lambayeque)	106	126	-
Pucallpa (Pucallpa)	123	110	11.8%
Marcavalle (Cusco)	98	96	2.1 %
Santa Margarita (Lima)	50	88	-
CJDR de Lima	740	560	32.1%

En el sistema carcelario para adultos la situación resulta más preocupante, pues la sobrepoblación penitenciaria es extrema. Al respecto el Instituto Nacional Penitenciario - INPE en su Informe Estadístico a febrero del 2012 expresa “La población general del Sistema Penitenciario Nacional a febrero de 2012 está conformada por 78,431 personas. De ellos, 54,319 se encuentran en los establecimientos penitenciarios con mandato de detención judicial o pena privativa de libertad efectiva y 24,112 personas se encuentran en establecimientos de Medio Libre al estar sentenciados a penas limitativas de derechos o ser liberados con beneficio penitenciario de semilibertad o de liberación condicional (...) Este crecimiento afecta

³¹ En nuestro territorio nacional existen nueve centros juveniles de medio cerrado y sólo un centro juvenil de medio abierto, éste es el Centro Juvenil de Servicio y Orientación al Adolescente - SOA para adolescentes de ambos sexos, con medida socioeducativa no privativa de la libertad (Libertad Asistida - Libertad Restringida - Prestación de Servicios a la Comunidad) y para aquellos con Beneficio de Semilibertad.

³² Fuente: Defensoría del Pueblo.

gravemente a la capacidad de albergue del Sistema Penitenciario y cuya solución en teoría conllevaría a que se construya anualmente dos penales con capacidades para 3,500 internos aproximadamente (similares al E.P. Lurigancho, con capacidad para 3,204 plazas), lo que dista mucho de realizarse por el presupuesto asignado...”³³.

Entonces el problema se intensificaría de aceptarse el ingreso de menores de edad al sistema penal para adultos, pues al ser internados en centros penitenciarios comunes indudablemente incrementarían las condiciones de hacinamiento y las repercusiones de la sobrepoblación carcelaria se reflejaría en mayores actos de violencia (motines, reyertas), inseguridad, contagio de enfermedades, disminución de la cobertura de servicios básicos, etc.

Concordamos con quienes afirman “Si los promotores de esta propuesta se hubiesen tomado la molestia de investigar un poco, habrían podido descubrir sin mucho afán que en realidad van a trabajar para el enemigo. Basta una pregunta elemental: ¿en qué cárceles recluirían a los adolescentes que promueven incriminar como adultos, si el sistema penitenciario está actualmente en colapso, con casi 60 mil internos y mil nuevos ingresando cada mes? ¿Acaso no saben que el sistema penitenciario no sólo está en colapso por la turgurización y promiscuidad a la cual ha sido reducido, sino por su absoluta falta de capacidad para propiciar la reeducación de los internos? ¿No salta a la vista que las cárceles son escuelas de perfeccionamiento en el delito? Todo adolescente que sea penalizado ingresando a una de esas cárceles, será un regalo definitivo y sin retorno para la delincuencia. Ese, y no otro, es el resultado previsible de la inefable propuesta”³⁴.

7.3. LOS MENORES DE EDAD INTERNADOS CON ADULTOS SERÍAN VÍCTIMA DE ABUSOS.

Consideramos también que los adolescentes al ser juzgados y sancionados como adultos, lejos de conseguir un tratamiento de rehabilitación o reinserción adecuado conforme a su estado de desarrollo, se verán expuestos a condiciones inhumanas fomentadas por el hacinamiento y abuso de personas más fuertes, situaciones que inclusive han sido enfatizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fundamento 175 del Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs.

³³ El Informe Estadístico del INPE se puede encontrar en:
<http://www.inpe.gob.pe/pdf/esta_feb_2012.pdf>.

³⁴ Justicia Juvenil Restaurativa. Boletín de enfoque, experiencias y propuestas. Nro. 04, julio del 2012. En: <http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/JJR/Boletin_JJR_4.pdf>.

Paraguay, donde dejó constancia expresa de los citados peligros al mencionar que “...en diversas oportunidades algunos internos fueron trasladados como castigo o por necesidad del Instituto a las penitenciarías de adultos y compartían espacio físico con éstos, situación que exponía a los niños a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad” y en fundamento 136 del Caso Bulacio Vs. Argentina indicó “Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se los separe de los detenidos adultos. Y como lo estableciera este tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados, deben estar debidamente capacitados para el desempeño de su cometido...”.

7.4. OTROS ASPECTOS NEGATIVOS.

Los delincuentes más experimentados potenciarán el perfil criminal de los adolescentes, quienes asimilarán las conductas indebidas y vicios propios de adultos dedicados a delinquir de modo que al quedar en libertad, habrán profundizado sus tendencias antisociales y criminales, representando un mayor peligro para la sociedad.

La privación de libertad en edades demasiado tempranas solamente posterga el problema para luego restituirlo fortalecido, es decir, una persona en proceso de desarrollo que es captado por el sistema penal y luego encerrado por el mayor tiempo posible, en algún momento deberá ser liberado, y nos preguntamos: ¿en qué condiciones esa persona se insertará en la sociedad?.

Se debe tener en consideración también que por regla general los adolescentes que cometen infracciones a la ley penal son utilizados por mayores de edad. Un adolescente difícilmente roba un auto para cometer otros delitos, es poco probable que proceda a extorsionar o secuestrar sin seguir órdenes de personas adultas, por tanto, constituyen el eslabón más débil de los grupos delictivos.

Según los datos estadísticos del Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público, las infracciones cometidas por adolescentes a nivel nacional durante el 2010 ascendieron a 17,426, mientras que los delitos cometidos por adultos a 427,624. Además, las infracciones contra el patrimonio representan el 40% del total de los ilícitos cometidos por menores de edad. En consecuencia, los actos criminales que cometen los adolescentes en relación a los delitos realizados por los adultos representan solo un 4.08%, asimismo, la mayor cantidad de infracciones que cometen

los menores de edad no revisten gravedad (según se aprecia en el cuadro “Tipo de infracciones cometidas por adolescentes”). Hay una excesiva alarma social, difundida por los medios de comunicación, desproporcionada por algunos casos que necesitan atenderse con urgencia, pero no puede hacerse de ellos una política generalizada.

TIPO DE INFRACCIONES A LA LEY PENAL COMETIDAS POR ADOLESCENTES³⁵											
Delitos	Ex Marangúta (Lima)	Servicio y Orientación al Adolescente - Rímac	Santa Margarita de Mujeres (Lima)	Alfonso Ugarte (Arequipa)	José Quiñones (Lambayeque)	Marcavalle (Cusco)	Tambo (Huancayo)	Miguel Grau (Piura)	Pucallpa (Pucallpa)	Trujillo (La Libertad)	Cantidad total
Homicidio	42	12	10	17	13	13	20	10	2	11	150
Hurto	90	56	11	17	24	18	32	21	59	13	341
Lesiones	39	53	6	9	8	6	14	8	4	11	158
Pandillaje	20	21	0	0	2	1	11	0	1	0	56
Robo – robo agravado	506	247	25	50	80	31	54	159	96	94	1432
Secuestro	2	1	3	0	0	0	0	0	0	2	8
Tenencia Ilegal de Armas	19	7	0	0	3	13	4	4	0	8	58
Tráfico Ilícito de Drogas	64	22	16	11	6	47	5	6	18	4	199
Violación Sexual	131	113	0	38	31	4	47	17	35	28	444
Otros	3	41	3	10	15	2	0	6	6	13	99
TOTAL	1006	573	74	152	182	135	187	231	221	184	2945

³⁵ Recogido del Periódico La Ley. Gaceta Jurídica, mayo de 2012.

VIII.- A MODO DE CONCLUSIÓN

1. No existe ninguna evidencia sólida que permita concluir que aprobando una ley que reduzca la edad de imputabilidad penal, se detenga el índice de hechos ilícitos cometidos por adolescentes ni que automáticamente se incrementen los niveles de seguridad ciudadana. Este tipo de propuestas legislativas están basadas únicamente en la alarma social y carecen de solvencia técnica para resolver los principales objetivos que se requiere con su aprobación. Es que una política que solo se centra en la represión fundada en una ley, se muestra más como una medida populista que como una verdadera solución que brinde atención a las verdaderas causas del problema como son el contexto socio-familiar de violencia y el abandono por parte del Estado a este grupo etéreo.
2. De aprobarse la propuesta que busca rebajar la edad de responsabilidad penal a menos de 18 años, para aplicar el sistema penal común a los adolescentes, se contravendría la Convención sobre los Derechos del Niño y el corpus iuris internacional de protección a la niñez y adolescencia. Recuérdese que la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños que cometan infracciones a la ley penal tienen el derecho a ser protegidos a través de una legislación especial que garantice sus derechos y haga valer su responsabilidad separados de los adultos, teniendo en cuenta su grado de desarrollo.
3. De aprobarse la disminución de la edad de imputabilidad penal se estaría estableciendo una legislación discriminatoria contra los menores de edad, toda vez que en nuestro sistema jurídico las personas menores de 18 años de edad no cuentan con capacidad de ejercicio, por tanto, están impedidos de integrarse como sujetos activos y participativos de la sociedad bajo el argumento que todavía no se encuentran preparados para asumir las mismas responsabilidades que un adulto, sin embargo, de manera contradictoria al integrarlos al sistema penal para adultos, estaríamos imponiéndoles una de las máximas responsabilidades que se puede exigir a un ser humano y que inclusive conlleva sanciones privativas de la libertad.
4. El problema de sobrepoblación carcelaria se intensificaría de aceptarse el ingreso de menores de edad al sistema penal para adultos, pues al ser internados en centros penitenciarios comunes indudablemente incrementarían las condiciones de hacinamiento y las repercusiones de la sobrepoblación se reflejaría en mayores actos

de violencia (motines, reyertas), inseguridad, contagio de enfermedades, disminución de la cobertura de servicios básicos, etc.

5. Consideramos también que los adolescentes al ser juzgados y sancionados como adultos, lejos de conseguir un tratamiento de rehabilitación o reinserción adecuado conforme a su estado de desarrollo, se verán expuestos a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad.
6. Los delincuentes más experimentados potenciarán el perfil criminal de los adolescentes, quienes asimilarán las conductas indebidas y vicios propios de adultos dedicados a delinquir de modo que al quedar en libertad, habrán profundizado sus tendencias antisociales y criminales, representando un peligro mayor para la sociedad, pues el encierro a edades muy tempranas solo posterga el problema para luego restituirlo potenciado.

IX.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CHUNGA LAMONJA, Fermín. *El adolescente infractor a la ley penal*. Grijley, Lima, 2007.
- DEL CARPIO RODRIGUEZ, Columba. *Derecho de los niños y adolescentes*. Editorial Dongo, Arequipa, 2001, p. 61.
- HALL GARCIA, Ana Paola. *La responsabilidad penal del menor. Con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores*. Ediciones Jurídicas, Bogotá 2004, p. 217.
- Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Informe Defensorial N° 157-2012/DP (2012).
- Informe Defensorial N° 123 (2007).
- KELMEMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.
- PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Comentarios al nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.
- ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario. *Derecho Penal de Menores*. 4ª edición, Bosch, Barcelona, 2007.
- VASQUEZ GONZALES, Carlos. *Prevención de la delincuencia juvenil*. En: *Derecho Penal Juvenil*. Dykinson, Madrid, 2007.