

ANÁLISIS SOBRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL MENOR INFRAC- TOR: Imputabilidad y necesidad de pena

Melissa Aramayo Alonso*

Alumno del Quinto año de la Facultad de Derecho y Ciencia
Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

*Tengamos muy presente que los niños
de todas las edades poseen una cosa común:
cierran los oídos al consejo y abren los ojos al ejemplo.*
San Juan Bosco

SUMARIO: Introducción; Estado de la cuestión. **I.-** Breve Evolución del Tratamiento Penal de Menores. **1.** Derecho de menores a nivel internacional. **2.** Derecho de menores en el Perú. **II.-** Teorías de la culpabilidad. **1.** Concepto psicológico. **2.** Concepto normativo. **3.** La necesidad de pena en la teoría normativista de la culpabilidad. **III.-** Situación jurídica de los menores en el caso peruano. **1.** Propuesta del legislador de reducir la edad de inimputabilidad. **2.** Convención de los Derechos del Niño. **3.** Pronunciamiento del Tribunal Constitucional. **IV.-** Política Criminal, Postura personal. **V.-** Tratamiento Jurídico al menor infractor. **VI.-** Reflexiones finales y conclusiones. **VII.-** Bibliografía.

* Miembro del Taller de Dogmática Penal - UNMSM. Ayudante de Cátedra del curso de Derecho Procesal Penal II- 2013. Asistente Académica en la Corte Suprema de Justicia.

RESUMEN

En este trabajo se estudia la problemática relativa a la responsabilidad penal de los menores de edad. En ese sentido se estudia los fundamentos político-criminales, y dogmáticos de la no responsabilidad penal. Sostiene que dogmáticamente los menores de edad podrían ser considerados imputables bajo la teoría normativista de la culpabilidad ya que poseen capacidad suficiente para dejarse motivar por la norma, pero que por política-criminal tal medida no es recomendable, debido a la falta de necesidad de pena. Explica que la delincuencia juvenil no se lograría reducir, porque los menores respondan penalmente, dado que son factores políticos, económicos y sociales, los que ocasionan esta criminalidad. Y que si tendría éxito con medidas socioeducativas que son además más beneficiosas para éste en lugar de la sanción penal, posición que sustenta en las convenciones internacionales sobre los derechos del niño.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia juvenil, Imputabilidad, Derecho penal de menores, Política criminal, Necesidad de pena.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años se han venido transmitiendo, a través de los *mass media*, una serie de acontecimientos socialmente dañosos cometidos por menores de edad, los cuales han causado gran alarma social, pues hacen suponer una gran precocidad y peligrosidad entre la población juvenil. Esto ha ocasionado que, gran parte de la población haya levantado su voz de protesta contra estos hechos ilícitos, pidiendo sanciones mucho más drásticas contra estas personas. Ante ello la reacción del Estado no se ha hecho esperar y basándose en una falsa percepción del incremento del índice delincucional juvenil, así como, con un afán de satisfacción de la opinión pública, ha lanzado algunas propuestas legislativas, tales como, los proyectos de Ley N°1113-2012-CR, N° 01124-2011-CR y N°1107/2011-CR, los cuales plantean soluciones mediáticas ante esta problemática, basadas en una mayor represión contra la criminalidad juvenil¹.

¹ Revísese el trabajo de la comisión de reforma del CP, que ha publicado sus acuerdos en lo que toca a la parte general.

De estos proyectos legislativos mencionados, el que más ha captado la atención y servirá como referencia para el presente trabajo es el N°1113-2012-CR, el cual propone la modificación del artículo 20°, numeral 2) del Código Penal, referido a la inimputabilidad de los menores de edad, el cual tiene como finalidad reducir la edad mínima legal de 18 años. El dispositivo modificado estaría establecido de la siguiente forma: “Esta exento de responsabilidad: 2) El menor de 18 años, con excepción de aquel que sea autor o haya participado en hechos tipificados como delito en los artículos 106, 107, 108, 121, 124-A, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189, 200, 317 y 317- A del Código Penal, en cuyo caso deberá ser menor de 16 años”.

Sucede que el Estado en su afán proteccionista de bienes jurídicos y garantizador de la seguridad social, con la política criminal, busca con dichos proyectos de ley reducir la comisión de estos ilícitos entre la población juvenil, así como lograr su menor reincidencia y/o frecuencia. Para ello, no ha tenido mejor idea, que el de reducir la edad de inimputabilidad para que puedan recibir una sanción penal y no una medida socioeducativa como hasta ahora se viene aplicando.

Por ende, el presente trabajo tiene como finalidad hacer un análisis acerca de la viabilidad o no de dicha propuesta legislativa, con el estudio de los elementos centrales que la fundamentan, estos son: la culpabilidad y necesidad de pena en los menores.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

I.- BREVE EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO PENAL DE MENORES

1. DERECHO DE MENORES A NIVEL INTERNACIONAL

El tratamiento sobre la responsabilidad penal de los menores ha transitado por tres etapas, las cuales mencionaré a continuación:

La primera etapa va del siglo XIX hasta 1919. Es conocido como modelo punitivo ya que su función radicaba sencillamente en castigar a quien infringiera la ley penal. Asimismo se caracterizó por dar el mismo tratamiento penal al adulto y al menor, sin considerar las condiciones peculiares de éste que lo hicieran merecedor de derechos específicos.

Al respecto García Méndez sostiene que la etapa del tratamiento penal indiferenciado se caracteriza por considerar a los menores de edad de la misma forma que a los adultos con la única excepción de los menores de siete años. Éstos eran excluidos del sistema penal pues eran considerados absolutamente incapaces cuyos actos eran equiparados a los de los animales. La única diferenciación en el trato penal para los menores respecto de los adultos consistía en la disminución de la pena².

La segunda etapa surge en Chicago en el siglo XIX. Es un modelo de carácter tutelar y se regía por la doctrina de la Situación Irregular, la cual consideraba al menor y al adolescente como un objeto al que hay que proteger por su calidad de incapaz.

Estuvo influenciado por la escuela positivista-correccionalista, la cual tenía como fundamento que los comportamientos desviados son un síntoma de la anomalía de la personalidad del individuo, esto es, el sujeto es más un enfermo que tratar que alguien a quien castigar³. Por ello era necesario separarlos del medio perverso en que se encontraban junto a los adultos y trasladarlos a un medio con mejores condiciones, un correccional.

Chunga Lamónja señala al respecto que, en este modelo el menor no tiene derechos ni garantías y la medida protectora estaba sujeta al criterio del juzgador que de acuerdo a la valoración que hacía del hecho cometido motivaba una medida de protección. No importaba que estuviese prevista o no como falta o delito en la legislación penal⁴.

La tercera etapa está marcada por la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el año 1989. Ésta proclama un nuevo paradigma respecto a los menores, esto es, la Protección Integral del menor

² GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Adolescentes y Responsabilidad Penal: un debate Latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 1.

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI José Luis/ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Menores Infractores y Sistema Penal*, San Sebastián, 2010, p. 37.

⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermín. *El Adolescente Infractor y la Ley Penal*. 1era edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 275.

el cual tiene como fundamento el principio del Interés Superior del Niño. De ese modo, se reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derecho que poseen circunstancia privilegiada frente al adulto.

Esta “doctrina afirma que en tanto se considera al niño como una persona, que goza de sus derechos, tiene la capacidad para un nivel de responsabilidad especial, distinta a la de los adultos debiendo para ello establecerse un límite etario para determinar los supuestos en los que procede la aplicación de un sistema de medidas adecuadas para hacer frente a las infracciones penales”⁵.

2. DERECHO DE MENORES EN EL PERÚ

Código Penal de 1924

En el Perú, el primer código que sienta las bases para un derecho de menores respecto a su criminalidad fue el Código Penal de 1924, el cual “en el Libro I, Título XVIII, Arts.137 a 147 señalaba las medidas de seguridad social o educativa a favor del menor que realizaba un acto reprimido por la ley como delito. Dichas medidas debían de dictarse previa investigación que permita el examen al niño y su entorno, y, variaba de acuerdo a su situación (abandono, en peligro, pervertido, etc.). En el Libro IV, Título V se estableció la Jurisdicción de Menores”⁶.

Código de los Niños y Adolescentes de 1992

Este fue el primer Código que surgió especializado en menores. Se promulgó el 24 de diciembre de 1992 y entró en vigencia el 28 de junio de 1993.

Código de los Niños y Adolescentes de 2000

Este Código se promulgó el 07 de agosto del 2000, y es el que actualmente rige. En el Art. I del título preliminar establece que es niño todo ser huma-

⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y su protección en los derechos humanos*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2012, p. 284.

⁶ CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz...*Menor Infractor y Justicia Penal Juvenil*, Universidad Católica De Santa María-Escuela De Post Grado, Arequipa, 2009, p. 19.

no desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Este coincide con el Art. I de la Convención de los Derechos del Niño el cual considera menor de edad a todo ser humano menor de 18 años.

II.- TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD

Los ámbitos de discusión de la imputabilidad en los menores partirán dependiendo del concepto que se maneje respecto a la culpabilidad en la doctrina. A continuación se hará una breve referencia a las concepciones mas relevantes sobre la culpabilidad.

1. CONCEPTO PSICOLÓGICO

“El pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, que intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales, desarrolló el 'concepto psicológico de culpabilidad'”⁷. Según este, “la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido. Por lo tanto, dichos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor”⁸. En tal sentido, la culpabilidad se concibe como la relación psicológica que vincula al autor del comportamiento con el resultado lesivo ocasionado⁹.

De igual modo, “para la imputación, es necesaria una determinada actitud del autor frente al hecho, la llamada forma de la culpabilidad (grado de la culpabilidad)”¹⁰. Se consideraban “formas de culpabilidad” el dolo y la imprudencia, mientras que la mayoría de las veces la imputabilidad se

⁷ CLAUS, Roxin. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I, 1era Edición, Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 794.

⁸ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 189.

⁹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*, 2da edición, EDDILI, Lima, 1987, p. 217.

¹⁰ MEZGER, Edmund, Ob. cit., p. 223.

caracterizaba como “presupuesto de la culpabilidad” o “presupuesto de la pena o de la punibilidad”¹¹.

El concepto psicológico de culpabilidad fue reemplazado en las primeras décadas de nuestro siglo por el concepto normativo de culpabilidad, todavía hoy dominante¹².

2. CONCEPTO NORMATIVO

Esta teoría de la culpabilidad “elimina los elementos subjetivo-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad”¹³.

Al respecto Bacigalupo sostiene que “el concepto de culpabilidad se apoya en la idea de que culpable es el que, pudiendo, no se ha motivado ni por la norma ni por la amenaza penal dirigida contra la violación de aquella”¹⁴.

En tal sentido, los elementos de la culpabilidad son los elementos de la capacidad de motivarse por el derecho (por la norma o por la amenaza penal). En consecuencia deben distinguirse aquí los dos aspectos que condicionan esta capacidad:¹⁵

- a) La posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto. “La conciencia de la desaprobación jurídico-penal. La primera condición de la capacidad de motivarse por el derecho (penal) es la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho cometido”¹⁶.
- b) La posibilidad de motivación en sentido estricto. Entendida ésta como la imputabilidad. La capacidad de motivación es la capacidad de deter-

¹¹ CLAUS, Roxin. Ob. cit., p.794.

¹² Ídem..

¹³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 151.

¹⁴ BACIGALUPO Z., Enrique. *Manuel de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Themis, Bogotá, 1996, p. 152.

¹⁵ BACIGALUPO Z., Enrique, Ob. cit., p. 153.

¹⁶ Idem.

minarse por el cumplimiento del deber. Esta capacidad requiere: la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión¹⁷.

Este concepto normativo de culpabilidad conlleva a que “la imputabilidad por razón de edad debe quedar determinada normativamente, por lo que no depende de situaciones particulares. En este sentido, la imputación penal igualmente decaerá aún cuando en el caso concreto el menor de edad sea consciente de la lesividad de su comportamiento”¹⁸. Al respecto Bacigalupo sostiene que la mayor parte de los menores de 16 años tienen ya capacidad para comportarse de acuerdo con su comprensión de la desaprobación jurídico penal del hecho¹⁹. En tal sentido es que diversas legislaciones aceptan la imputabilidad a partir de los 16 años. Antes de ello, es totalmente imposible aplicar en el menor el reproche.

Se fundamenta tal actitud legal en el inmaduro desarrollo psicofísico del menor, excluyente de la eventualidad de una sanción por conductas asumidas sin la posibilidad de plena comprensión de sus alcances²⁰.

3. LA NECESIDAD DE PENA EN LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

El concepto normativo de culpabilidad tiene razón y supone un gran avance frente al concepto psicológico de culpabilidad en cuanto que en él se expresa la idea de que en la categoría del delito que sigue al injusto se trata de una valoración del acontecer del hecho de otro tipo en comparación con la contrariedad a deber y no sólo de un puro estado de cosas psíquico.

Para Roxin, el concepto de reprochabilidad «actitud interna jurídicamente desaprobada» que señala la teoría normativista comprende de manera

¹⁷ Ibídem, p. 157.

¹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 643.

¹⁹ BACIGALUPO Z., Ob. cit, p. 157.

²⁰ D' ANTONIO, Daniel Hugo. *El Menor ante el Delito-Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento*, Astrea, 1992, 101.

incompleta la clase de valoración que se ha de efectuar aquí, porque el mismo se orienta solamente a la culpabilidad. La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde puntos de vista jurídico-penales, ha de hacerse responsable de su conducta. La reprochabilidad es una condición necesaria, pero aún no suficiente de la responsabilidad; debe añadirse la necesidad preventiva de sanción²¹. Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Por ello, dicho autor no habla de culpabilidad, sino de responsabilidad²².

El injusto (es decir, tipo y antijuridicidad) decide sobre el problema de si a la luz del Derecho Penal una conducta es o no es «ajustada a las reglas»; en cambio, la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto²³.

En conclusión: la responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley²⁴.

Bacigalupo sostiene que “la exigencia de reconocimiento de la necesidad preventiva como presupuesto adicional de la punibilidad significa únicamente una ulterior protección ante la intervención del Derecho penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible”.

Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una convivencia pacífica y libre en la sociedad, algo que no puede cuestionarse con seriedad es

²¹ CLAUS, Roxin. Ob. cit., p. 797.

²² CLAUS, Roxin. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Editorial REUS, Madrid, 1981, p. 71.

²³ Íbidem, p. 72.

²⁴ CLAUS, Roxin. Ob. cit., p. 792.

que las teorías de la pena determinan el camino con el que puede conseguirse esa meta: mediante la influencia en el delincuente individual (prevención especial) si la pena tiene una finalidad preventiva no puede bastar para su imposición sólo con la culpabilidad del autor. La pena también tiene que ser necesaria desde un punto de vista preventivo²⁵. Si ni desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general existe una necesidad de castigo, la pena carece de justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse²⁶.

III.- SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES EN EL CASO PERUANO

1. PROPUESTA DEL LEGISLADOR DE REDUCIR LA EDAD DE INIMPUTABILIDAD

Sobre el tema del presente artículo, respecto a la reducción de la edad de inimputabilidad de 18 a 16 años a fin de que el menor responda penalmente, el legislador ha mostrado una tendencia normativista de la teoría de la culpabilidad cuando en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 1113-2012-CR, señala que:

“(…) el adolescente no solo es penalmente responsable sino que además es penalmente imputable y lo es porque, a pesar de haberse podido comportar lícitamente, es decir, de haberse podido decidir por el derecho opta por el injusto. Dicho de otro modo, siéndole exigible una conducta distinta, al ser capaz de ser motivado de modo suficiente por la norma para comportarse conforme a derecho, actuó ilícitamente. Por lo tanto, al comprender la ilicitud de su actuar, dicho acto le es reprochable, y por ello debe ser merecedor de una sentencia condenatoria de privación de la libertad”.

La definición de las edades de imputabilidad penal son una expresión de la política criminal que el Estado desarrolla para hacer frente a la criminalidad²⁷.

²⁵ CLAUS, Roxin. La evolución de la Política criminal, el derecho penal y procesal penal. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, p. 59.

²⁶ Ibídem, p. 61.

²⁷ Defensoría del Pueblo. *Sistema Penal Juvenil*. Informe Defensorial N° 157-2012/DP. Lima, 2012. p. 28

2. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En esta sección también se ha de considerar los instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño para nuestro mejor análisis en el caso de la imputabilidad penal.

La **CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO** la cual ha sido suscrita y ratificada por el Perú establece lo siguiente:

- En primer lugar que, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad (Art. 1º) y
- Que (...) los Estados Partes que limitan la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 ó 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años. (Art. 38º)

Con ello, la Convención Internacional ha establecido que la edad de imputabilidad es a partir de los 18 años de edad. Antes de ello, el sujeto es considerado como *niño* el cual no puede responder penalmente como delincuente adulto.

- Que (...) todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales. (Art. 37º)

En este punto de la Convención se extraen dos elementos importantes. Primero el Interés Superior del Niño. Y segundo, el referido a que, el derecho debe ser específicamente de menores y la sanción acorde a su condición de niño. Por ello el tratamiento penal que ha de recibir no puede igual ni menos junto con el adulto.

El sistema penal de adolescentes debe cumplir con dos importantes objetivos, que en alguna medida entran en tensión entre sí²⁸:

²⁸ COUSO SALAS, Jaime. *La Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084*. En: Justicia y Derechos del Niño, N° 11, Octubre, Chile, 2009, p. 218.

1. Proteger los intereses individuales y sociales más importantes, por su vinculación con los derechos humanos de las personas, esto es, los “bienes jurídicos”, previniendo los delitos que atentan en contra de esos intereses, por medio de las sanciones y salidas procesales adecuadas para ello.
2. Limitar la intervención penal en contra de los adolescentes, por medio de garantías derivadas de sus propios derechos humanos. Estas garantías pueden ser generales o especiales. Entre las generales tenemos las que rigen el sistema penal en general, como son el principio de Mínima Intervención y el Principio de Utilidad.

Principio de mínima intervención. Es una regla de eficiencia y como tal constituye un límite interno a la política criminal. Según esta regla, si se quiere terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de los conflictos es evidente que se debe utilizar la menor cantidad posible de violencia para lograr y evitar aquello que más peligrosamente se acerca al abuso de poder²⁹.

Principio de utilidad. Este se refiere a que, el instrumento de la violencia y la excepcionalidad de su uso llevan a que el no puede ser empleado sino produce algún resultado útil, entendiendo por tal alguna disminución de la violencias social o el control del abuso de poder. Pero el principio de utilidad no es sólo una afirmación obvia; de él se desprende que tal utilidad debe ser evaluable, tangible³⁰.

Entre las garantías especiales está el de mantener la privación de libertad como último recurso ante el cometimiento de un hecho ilícito por parte del menor. El derecho penal criminal es ultima ratio, pues sólo intervendrá en ultima instancia. Al respecto Ferrajoli sostiene que “El derecho penal no es el único medio, y ni siquiera el más importante, para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria”³¹.

²⁹ BINDER, Alberto. *Análisis Político Criminal*. Bases Metodológicas para una Política Criminal Minimalista y democrática, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 211.

³⁰ Ibidem, p. 222.

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho Penal Mínimo*. En: NEOPANOPTICUM Derecho, Criminología y Ciencias Sociales, julio, 2006. Artículo publicado en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-mnimo-l-ferrajoli/>

No se trata de aplicar “poca violencia” sino de otro instrumento de gestión del conflicto siempre y antes del instrumento violento (...). Las retóricas de la “mano dura” suelen ocultar este fenómeno y crean la ilusión de que el uso de la violencia es mucho más idóneo que otros instrumentos³². “Un sistema penal está justificado si y únicamente se minimiza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual él satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías, por lo tanto, pueden ser concebidas como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido que sólo su realización es válida para satisfacer los fines justificantes³³.”

Por otro lado sostiene que (...) cuando las autoridades o las personas adultas adopten decisiones que tengan que ver con los niños deberán hacer aquello que sea mejor para su desarrollo y bienestar. (Art. 3°)

La Convención como se mencionó más arriba se fundamenta en el Principio del Interés Superior del Niño. Este principio da lugar a la aplicación de medidas socioeducativas en lugar de la sanción penal y se fundamenta en la condición privilegiada del menor, que aún se encuentra en desarrollo biológico y psicológico.

El interés del menor es entendido como “aquel universo de bienes jurídicos y fácticos que fenomenalizan y cualifican el estado actual de bienestar totalizante del menor y se proyecta en la dinámica de su sano crecimiento, conforme parámetros objetivos internacionales y subjetivos de naturaleza cultural del niño en concreto”³⁴.

3. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha reconocido esta condición especial fortaleciendo la doctrina de la protección integral del menor. Así tenemos las siguientes sentencias:

³² BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 215.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit.

³⁴ KAMADA, Luis Ernesto. *Restitución de menores*, Ediciones Universidad Católica de Santiago del Estero, Santiago del Estero: 2003, p. 14.

EXP. N° 3330-2004-AA/TC de fecha 11 de julio de 2005 que en su fundamento 35, establece que el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar.

EXP. N° 03247-2008-PHC/TC-CUZCO de fecha 14 de agosto de 2008 que en su fundamento 4, establece que la protección de los derechos del niño es una preocupación constante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como tal, ha sido plasmada en diferentes instrumentos internacionales, los cuales reconocen todos los niños, en su calidad de seres humanos, tienen todos los derechos, libertades y garantías que se encuentran consagrados en los mismos, sin discriminación de ninguna clase. Asimismo, establecen la obligación de brindar una protección específica a favor de la infancia al señalar que todos los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

IV.- POLÍTICA-CRIMINAL

Desde el punto de vista político criminal se sostiene que el legislador a fin de frenar la inseguridad ciudadana, ha propuesto a través de diversos proyectos de ley un endurecimiento en la política criminal frente a aspectos penales sustantivos respecto al menor.

Lo mencionado arriba no contrasta con esta parte del trabajo si entendemos por política criminal no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro

Ordenamiento jurídico penal, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho³⁵.

Por ende, la Política Criminal está constituida por un conjunto de estrategias o procedimientos por medio de los cuales el Estado y la sociedad organizan sus respuestas al problema de la criminalidad³⁶.

POSICIÓN PERSONAL:

Es innegable que la globalización, la mayor evolución de las sociedades, así como los avances de la ciencia y la tecnología, han provocado que el adolescente adquiera mayor discernimiento a una edad bastante corta, y por ende, al haber cometido hechos ilícitos el legislador desee endurecer las sanciones contra éste por considerar que ha tenido capacidad suficiente para haberse dejado motivar por la norma. Sin embargo, *la falta de necesidad de pena hace que éste no deba responder penalmente*. Esto es, así el legislador considere que hay fundamento para que el menor sea objeto de la sanción por tal motivo, hay pues otras razones por las cuales se considera que un tratamiento penal diferente al del adulto sería más efectivo con respecto a éste, y más acorde con los fines preventivos de la pena.

En el hipotético caso que el legislador disminuya la edad de inimputabilidad penal de 16 a 18 años, a fin de que el menor sea considerado culpable de los hechos ilícitos que comete, tal como ha sucedido con legislaciones extranjeras, éste deberá ser sancionado por esto, pero no penalmente sino que debe responder a través de una medida socioeducativa cuya finalidad sea su reeducación y rehabilitación. Esta falta de necesidad de pena en el menor se justificará por la condición especial en la que se encuentra³⁷, puesto que, por

³⁵ CLAUS, Roxin. *La Evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y Procesal Pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 58

³⁶ ARBULU MARTINEZ, Victor Jimmy. *Política Criminal contra la Inseguridad Ciudadana*. En: Derecho Penal. Artículo publicado en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/novedades>

³⁷ El trato diferenciado no se halla en la dogmática penal sino en el aporte de las ciencias no jurídicas: "los jóvenes se encuentran en un estadio de transición biológica, psíquica y social que se caracteriza por tensiones, inseguridades, dificultades de adaptación normativa". BALCÁZAR QUIROZ, José. *El Sistema Penal Juvenil como "privilegio"*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo N° 43, Enero, Perú, 2013, p. 46.

su especial situación de ser humano que está en desarrollo físico, mental y psicológico no podría recibir un tratamiento penal común al del adulto, esto es, no puede ser sometido a un proceso ordinario y recibir una pena, sino que es necesario que se le siga un proceso especial de carácter tutelar, que cuente con todos los derechos y garantías pertinentes y avaladas por la Convención de los Derechos del Niño y adolescente y demás tratados internacionales suscritos por el Perú, que dé como resultado la determinación y ejecución de una medida socioeducativa cuyo *quantum* no exceda los 6 años como periodo máximo de internación.

Hay autores que sostienen incluso que el menor debería ser considerado imputable, ya que el permanecer en la categoría opuesta no hace más que mantenerlo como incapaz lo cual no hace más que vincularlo a una concepción de minusvalía social plasmada en la norma³⁸. Bajo este hipotético supuesto, Chunga Lamónja sostiene que “si el niño o adolescente comete un acto típico, antijurídico y culpable (delito) se le imputará la figura que corresponde al tipo penal respectivo de acuerdo y respetando el principio de legalidad. Sin embargo, si es culpable no se le aplicará una pena sino una medida de protección si tiene menos de 14 años y una medida socioeducativa si es mayor de 14 y menor de 18 años. En el caso del primero, no se le someterá a un proceso con características penales sino a una investigación tutelar, en el segundo caso sí habrá un proceso penal especial, denominado en nuestra legislación como Diligencia de esclarecimiento”³⁹.

En este mismo punto, considero que el adolescente mayor de 16 y menor de 18 años podría ser considerado culpable, sin mayor objeción, basándonos en una teoría normativista de la culpabilidad tal como lo plantea el legislador. Sin embargo, no por ello éste ha de responder penalmente, puesto que hay razones que justifican la no aplicación de dicha sanción penal. Estas se encuentran en cuestiones político- criminales, relacionados con los fines de la pena los cua-

³⁸ VALENCIA COROMINAS, Jorge. *Evolución de la Normativa sobre los Derechos del Niño*. En: La Legislación Peruana en Justicia y Derechos del Niño, N° 11, Octubre, Chile, 2009, p. 161.

³⁹ CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y su protección en los derechos humanos*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2012, p. 297.

les fundamentan los motivos por los cuales no habría una necesidad de pena en el tratamiento del menor.

A ello se suma el problema social tras el cual queda abierta la pregunta de si es la pena la respuesta apropiada ante delinquentes infractores de la ley penal, y si existen acaso estadísticas que expliquen el problema o que señalen que las consecuencias de un cambio en el rango etario de la imputabilidad son positivas.

Otras razones por las cuales el menor no debería responder penalmente

El individuo, al nacer, no conoce las normas, ni las conductas adecuadas, es necesario que las aprenda. Este aprendizaje tiene lugar a través de todo el ciclo vital, pero comienza en los entornos primarios: la familia, la escuela, los grupos de amigos. Estos entornos pueden, o no, fomentar y reforzar un aprendizaje de las normas "socialmente aceptable"⁴⁰.

El menor en su interacción con otros individuos (familia, amigos, escuela) ha desarrollado las creencias, actitudes y valores que hacen que sostenga y justifique dichas conductas que hoy les son reprochadas por la sociedad en general. No es extraño que un adolescente al provenir de un hogar disfuncional de escasos valores y/o de un barrio donde abunda la delincuencia no haya adquirido dichas pautas de conducta⁴¹.

En conclusión, es necesario entender que las conductas negativas en el adolescente ya han sido reforzadas durante su infancia y que lo único que queda por hacer es reforzar en él las conductas que no lo fueron en su inicio, esto es, las aceptadas socialmente, y ello no se logrará enviándolo a la cárcel de adultos donde lo negativo y antisocial está por encima de todo. Además, muchos delinquentes juveniles, incluidos los ya procesados o sentenciados, dejan de delinquir en edades posteriores a los 18 años. Por lo tanto, muchos jóvenes que cometen delitos en las edades de 18 a 20 y son puestos a disposición de la justicia penal adulta (recibiendo por ello sentencias más prolongadas que

⁴⁰ MIRÓN REDONDO, Lourdes/ OTERO-LÓPEZ, José Manuel. Jóvenes Delinquentes Barcelona, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, p. 51.

⁴¹ Es lo que Bandura llamaba el aprendizaje por Observación.

en el sistema de justicia juvenil), probablemente habrían desistido del delito de forma natural en años sucesivos. De ahí que su procesamiento y condena por el sistema de justicia probablemente los empeora, más que mejorarlos, y contribuye a alargar sus carreras delictivas, más que a reducirlas⁴². El menor al encontrarse en una edad cuya conducta aún es posible de modificar, es más beneficioso y favorable para la población que el Estado invierta en un tratamiento de resocialización⁴³ en el cual al menor se le inculque nuevos valores que le hagan formar lazos positivos con la sociedad.

V.- TRATAMIENTO JURÍDICO AL MENOR INFRACITOR

El Estado es responsable de la formación del menor, pues de acuerdo con la Constitución es quien debe garantizar todas las condiciones necesarias para una correcta formación; por ende, ante el desvío del menor, está obligado a asumir responsabilidad y aplicar las medidas más adecuadas que logren su rehabilitación. En conclusión, que el menor se reeduce y rehabilite en la sociedad y no se termine convirtiendo en un delincuente mucho más avezado y peligroso, dependerá de la calidad de las medidas y tratamientos que se apliquen sobre él.

El proceso debe permitir la realización de un tratamiento socioeducativo en el ámbito de la propia familia, con participación de la comunidad en la que se desenvuelve, y con diversas formas de asistencia del Estado (orientación, libertad asistida, etc.). Si este ámbito de contención familiar no fuere posible, puede autorizarse otro, incluso con restricción de libertad⁴⁴. Su duración será limitada y deberá llevarse a cabo en establecimientos adecuados, con personal

⁴² LOEBER, Rolf/ FARRINGTON, David/ REDONDO, Santiago. *La Transición desde la Delincuencia Juvenil a la Delincuencia Adulta*. En: Revista Española de Investigación Criminológica, Monografía 1, No 9, 2011, p. 15.

⁴³ La progresiva formación de la personalidad del menor, a diferencia de lo que sucede con un criminal adulto, cuyo carácter ya está perfilado y definido favorece a que, en el adolescente el logro de la ansiada resocialización sea más prometedor. BALCÁZAR QUIROZ, José. *Ibidem*, p. 47.

⁴⁴ CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

de seguridad especializado que sea primer agente del tratamiento, pero que no sea policial ni penitenciario, bajo estricto control judicial.

Por ello, es fundamental que el Estado ponga en ejecución un programa integral dotado de recursos humanos y material de primer orden. Mientras no se haya adoptado dicha vía, no se debería sancionar penalmente al menor por la conducta realizada.

VI.- REFLEXIONES FINALES

La pretensión que posee el Estado de reducir la edad de inimputabilidad para ciertos delitos con el fin de que el menor reciba una sanción penal igual a la de los adultos no pasa de ser una pretensión material punitiva con fines mediáticos a través de proyectos de ley mal fundamentados⁴⁵, y sin mayor análisis de

⁴⁵ Dichos proyectos de ley se sustentan en la presión que están realizando los medios masivos de comunicación, a raíz del sonado caso conocido como "Gringasho", sumado a ello la inconformidad unánime de la población que cada vez se siente más insegura frente a los robos y asaltos cometidos por menores y que ocurren de forma cada vez más continua. Con esto es pertinente aclarar, que si bien, la comisión de estos ilícitos en la sociedad es innegable, pues basta con revisar datos estadísticos y percatarse que las cifras de los delitos contra el patrimonio son las más elevadas, cabe también hacer la aclaración de que en dicho caso, el cual incluso forma parte de la exposición de motivos de uno de estos proyectos, cumple la figura de sicariato, esto es, asesinato por lucro, el cual está establecido en el artículo 109° del Código Penal, y del cual al revisar sus cifras estadísticas respecto a su comisión, podemos ver que es un delito cometido minoritariamente que hasta se podría decir que ocurre excepcionalmente. Ante ello, nadie niega que la comisión de este ilícito sea muy perjudicial y que ponga en riesgo la seguridad de la población, asimismo es innegable la indignación de los agraviados de dichos actos, pero el punto central es que, una ley no se promulga por una realidad ficticia que solo ocurre en casos excepcionales, sino porque forma parte de una real necesidad de la población.

"Las infracciones más frecuentes, a nivel nacional, son las efectuadas contra el patrimonio (60,1%). De éstas, el 49.5% está vinculado a robo o robo agravado y el 10.6% a hurto. Es evidente que dicho porcentaje es mucho mayor que en el caso de la población adulta. Esto podría estar relacionado con las carencias personales, económicas y sociales de los adolescentes.

En un segundo lugar, se ubican las infracciones contra la libertad sexual (violación) con un 18,9%. Si bien es cierto que el número de adolescentes privados de su libertad por este delito ha descendido en los últimos años, aún sigue siendo alto. En esa medida, es necesario

los factores políticos, económicos y sociales que generan la criminalidad en la población juvenil.

Si estas iniciativas legislativas buscaran realmente disminuir las tasas de criminalidad, entonces la solución facilista de enviarlos a la cárcel no resolverá el problema, puesto que el tratamiento que el Derecho penal le da al delincuente, no logra sus fines propuestos (la prevención y erradicación de la delincuencia) ni soluciona el problema de fondo, sino que por el contrario lo empeora⁴⁶, ya que la situación carcelaria en el Perú se encuentra en condiciones poco aptas para la resocialización y educación de una persona como el menor, pues entre otros factores, se encuentra el problema de la sobrepoblación la cual conlleva a “un estado de hacinamiento que se refleja en un círculo vicioso de mayor deterioro y destrucción de la infraestructura, actos de violencia (motines, reyer-tas), promiscuidad, inseguridad, enfermedades y disminución de la cobertura de los servicios”⁴⁷.

Todo ello sería muy perjudicial para el menor quien con su ingreso a dichos centros penitenciarios en colapso lo único que provocaría sería un incremento de este hacinamiento, así como el aprendizaje de valores negativos y posibles adicciones.

realizar estudios que permitan señalar los motivos que conllevan a estas infracciones, lo que, a su vez, posibilitará el diseño de mecanismos de prevención, que se debería implementar desde las escuelas.

El tercer grupo incluye las infracciones contra el cuerpo y la salud con un 10,9%. De éstos, 7.3% corresponde a homicidios y 3.6% a lesiones. Al igual que las infracciones contra la libertad sexual, este porcentaje presenta una significativa disminución en comparación con el año 2007, cuando ascendía a 16.6%”.

Defensoría del Pueblo. *Sistema Penal Juvenil*. Informe Defensorial N° 157-2012/DP. Lima. 2012. p. 49.

⁴⁶ Conuerdo con el Profesor Iván Meini al afirmar: “siempre hemos creído que el Derecho Penal puede solucionar algo. El Derecho Penal no soluciona absolutamente nada. Ni cuando se aplica a mayores ni cuando se aplica a menores. A tal punto que hoy día, diría yo, empieza a generarse un consenso en torno a que lo único que podemos exigirle al Derecho Penal en el tratamiento del delincuente es, visto que no lo va a mejorar, al menos que no lo empeore”. MEINI MÉNDEZ, Iván, *¿Responsabilidad penal de los menores de edad?* En: Pólemos, III Número, Diciembre, Perú, 2012, p. 38.

⁴⁷ SMALL ARANA, Germán. *Situación Carcelaria en el Perú y Beneficios Penitenciarios*, 1° Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 14.

Asimismo, dicha medida también provocaría efectos adversos a los fines de la Justicia Penal Juvenil (integración y resocialización del menor) al crear una normatividad discriminatoria para los menores. El implantar una ley que lo vuelva mayor de edad para que reciba un tratamiento con efectos penales (aunque sea solo sobre ciertos delitos) equivalente al del adulto, pero que lo mantenga menor de edad para otros aspectos, entre ellos, que mantenga su incapacidad de ejercicio, se convierte en una clara discriminación al menor, así como una grave vulneración a sus derechos.

La fundamentación de la intervención del Estado en materia penal criminal es la protección de bienes jurídicos y ello supone la participación efectiva y plena de todos los sujetos en su establecimiento como tales. Ese no es el caso de los menores de 18, pues ellos no están en capacidad jurídica de discutir y participar efectivamente en la configuración de las leyes. Respecto de ellos el principio de legalidad de los delitos y las penas tiene, por tanto, una debilidad de origen⁴⁸.

Por otro lado, frente a un nuevo límite de edad, las bandas de delincuencia organizada que se dedican a captar y utilizar adolescentes entre 16 y 18 años para hacerles cometer actos ilícitos a cambio de dinero, aprovechándose de la situación de inimputabilidad con la que cuentan, buscarán miembros más jóvenes, lo cual terminaría en mayor medida perjudicando a los niños y adolescentes del país que se encuentran en abandono tanto familiar como moral⁴⁹.

Finalmente, concluiré señalando que si se quiere disminuir la criminalidad cometida por menores, es fundamental analizar las causas del problema de fondo, tales como las desigualdades sociales que cada vez agudizan más las relaciones intrafamiliares y buscar soluciones eficaces frente a ésta, por ejemplo,

⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas-Control Social y Otros Estudios*, II tomo, Lima: Ara Editores, 2004, p. 731.

⁴⁹ Las bandas organizadas para delinquir saben que los adolescentes, a esa edad, pueden cometer delitos y los reclutan porque el "costo" que tiene la posible detención de un miembro adolescente es menor que la de un miembro adulto, no solo en términos de la intensidad de la sanción, sino de su duración, evidentemente más corta. GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis. *La Política Criminal en materia de Niñas, Niños y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal en México*. 1era Edición, México, 2006, p. 52.

la creación y fomento de mejores políticas públicas tanto económicas como sociales por parte de Estado orientadas a la prevención y no a la represión, pues el problema no son los menores, sino el contexto en que se desenvuelven.

CONCLUSIONES

1. Los adolescentes entre 16 y 18 años pueden ser personas imputables ya que poseen capacidad suficiente para dejarse motivar por la norma, por ende, ante la comisión de un hecho considerado como delito por el Código Penal, éstos si bien pueden ser culpables, la pena que se les impondría no cumpliría ningún fin de protección especial ni general. En consecuencia, si no hay necesidad en ningún caso, está demás que el menor, pese a que pueda poseer capacidad de imputabilidad sea objeto del Derecho Penal.
2. Si lo que se busca es reducir la criminalidad en los menores lo más efectivo es que el Estado invierta en políticas públicas sobre todo a nivel educativo que logren la reinserción y educación del menor. Si no se resuelve el problema de fondo, demás estará mandar a la cárcel a los menores que incumplen la ley, pues lo único que se lograría es empeorar la situación con el mayor aumento de delincuencia en el país. Hay que tomar en cuenta además que, las cárceles son escuelas de perfeccionamiento criminal donde la persona no sale resocializada sino subsumida por alguna droga y mucho más adiestrada para cometer crímenes profesionalmente.
3. Dichos proyectos que plantean la reducción de la edad de inimputabilidad si bien encuentran alguna justificación a nivel dogmático, desde el punto de vista político criminal se desestiman, puesto que, los menores al encontrarse en una etapa de desarrollo y formación tanto biológica como psicológica, se convierten en merecedores de un tratamiento penal privilegiado y especializado. Es decir, el menor sí debe responder por el ilícito cometido pero no penalmente sino a través de una medida socioeducativa. Este trato diferenciado está reconocido por la Convención del niño y adolescente en el cual el Perú se ha suscrito y ratificado.

4. Asimismo si bien los tratados internacionales y la legislación nacional establecen un límite de edad respecto a la inimputabilidad del menor, los fines que estos se proponen es el de dar una mayor seguridad jurídica, a efectos de que éste no responda penalmente hasta que este no cumpla los 18 años. Por ello, no hay contradicción con la postura que mantiene el presente trabajo, puesto que, si bien considero que el menor puede imputable a partir de los 16 años por la razón antes mencionada, la conclusión a la que se llega es la misma, respecto a la sanción que en este debe recaer. Esto es, un tratamiento acorde a su estado en desarrollo que tenga como finalidad su reeducación y posterior reinserción a la sociedad.