

UNA MIRADA AL PRINCIPIO DE NO-REGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: PROHIBICIÓN DE REDUCIR LA EDAD MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL

Berny Barquero*

Doctorando de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Buenos Aires (UBA)

“Cuando los Estados ratifican los tratados internacionales sobre derechos humanos y los incorporan a su normativa interna, se obligan a proteger y garantizar el ejercicio de estos derechos, lo que incluye la obligación de realizar las modificaciones que sean necesarias en su derecho interno para garantizar el cumplimiento de las normas contenidas en dichos tratados. (...) Los progresos alcanzados en la protección de los derechos humanos son irreversibles, de modo que siempre será posible expandir el ámbito de protección de los derechos, pero no restringirlo”.¹ COMISIÓN

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; Mediador certificado por la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos del Ministerio de Justicia y Paz de Costa Rica; Especialista en Negociación por la Facultad de Agronomía de la Universidad de Buenos Aires (UBA); Diplomado en el Posgrado en Derecho del Deporte por la Universidad Austral de Argentina; Diplomado en el Posgrado en Derecho del Deporte, Administración y Gestión de Entidades Deportivas por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal de Argentina (CPACF); Diplomado en el Posgrado en Criminología por el CPACF; actualmente es Doctorando del Posgrado en Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA. Integra el equipo de investigación del Proyecto UBACyT 2014-2017: *“Los conflictos socio-jurídicos en torno a la infancia. Nuevos escenarios”*, dirigido por la Dra. Laura N. Lora desde el Instituto de

SUMARIO: I. Cuestiones preliminares. II. Protección jurídica de las personas menores de edad. III. El Principio de No-Regresividad impide la reducción en la edad mínima de responsabilidad penal. IV. Romper cadenas: hacia un aumento progresivo en la edad mínima de responsabilidad penal. V. A modo de conclusión. VI. Referencias bibliográficas.

RESUMEN: El presente artículo examina el Principio de No-Regresividad -propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos- en el contexto del Derecho Penal Juvenil. De esta manera, analiza la prohibición de reducir la edad mínima de responsabilidad penal de los menores de edad, con base en el *corpus juris* internacional.

PALABRAS CLAVE: Principio de No-Regresividad, Derechos Humanos, Derecho Penal Juvenil, Menor de edad.

ABSTRACT: This article examines the Principle of Non-Regressivity –from Human Rights Law- in the context of the Juvenile Criminal Law. Thus, it analyzes the prohibition of lowering the minimum age of criminal responsibility of minors, based on the international *corpus juris*.

Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja de la Facultad de Derecho de la UBA.

¹ Continúa exponiendo la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, en adelante la Comisión, lo siguiente: “(...) la Comisión ha tomado conocimiento de distintas iniciativas legislativas en la región que implican regresiones respecto 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. Entre otros, se ha informado a la CIDH sobre proyectos que buscan suspender garantías mínimas en los procesos de justicia juvenil, proyectos que tienen por objeto la disminución de la edad mínima 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”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [2011] *Relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Organización de los Estados Americanos. Págs.44 y 45).

KEYWORDS: Principle of Non-Regressivity, Human Rights Law, Juvenile Criminal Law, Minors.

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2015.

Fecha de aprobación: 3 de junio de 2016.

I. CUESTIONES PRELIMINARES:

Los derechos humanos en general, y en particular los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, obedecen a una creación normativa que pretende tutelar bienes jurídicos considerados esenciales e inherentes. Principalmente, esta protección sucede con posterioridad a la realización de los hechos más aberrantes en contra de la humanidad, un claro ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 luego de la Segunda Guerra Mundial.

Lo que ha efectuado la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), es visibilizar situaciones de violencia que han significado un grave daño social, recurriendo a la elaboración de normas jurídicas para que esos actos agresivos no sucedan nuevamente en el futuro.

Aunque la normativa cumple sus fines protectores, en ocasiones resulta infructífera en su aplicación real, es decir, queda en un espectro descriptivo sin poder concretarse en el plano pragmático, ante todo, por el uso recurrente de conceptos abstractos e indeterminados dentro del articulado.

Las frases ambiguas y sin contenido práctico a las que hacemos mención, se manifiestan en materia de niñez y adolescencia, tal es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante Convención), al estipularse como eje transversal el Principio de Interés Superior². ¿Qué es interés superior del

² Aunque los principios 2 y 7 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 ya consideraban de manera expresa el Principio de Interés Superior del Niño, es con la

niño? Para obtener una respuesta debemos acudir a la doctrina y la jurisprudencia que han realizado su propio estudio hermenéutico de la norma.

Lo dicho con anterioridad no significa que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño o cualquier otro cuerpo jurídico internacional no poseen relevancia. Sí la tienen y es considerable, porque son directrices que orientan las actuaciones estatales, así como obligan a los países ratificantes a cumplir con los mínimos de protección en caso de ser vinculantes.

Sobre lo positivo es que se debe trabajar, siendo una responsabilidad estatal la implementación de medidas legales que resguarden los derechos individuales y colectivos, más aún si se trata de poblaciones vulnerables como lo es la niñez y la adolescencia.³

Esa protección estatal debe ser todavía mayor cuando hablamos de Derecho Penal Juvenil y de una posible sanción privativa de libertad, debido a que ambas figuras jurídicas tienen que ser empleadas como *ultima ratio*, por representar un perjuicio importante en el desarrollo evolutivo de la persona menor de edad.

Convención sobre los Derechos del Niño que esa figura jurídica adquiere su máximo exponencial debido a que el instrumento goza de dos características fundamentales. En primer lugar posee una gran aceptación mundial siendo ratificado por 195 países, lo que vuelve una necesidad la implementación de sus postulados, incluido el principio en comentario. En la actualidad sólo Estados Unidos de América y Somalia no la han ratificado, siendo el último país en hacerlo Sudán del Sur en fecha 23 de enero del 2015. En segundo término la Convención sobre los Derechos del Niño intenta resguardar una amplia variedad de derechos de índole económico, social, cultural, civil y político, por eso se dice que su protección es integral.

³ Las Reglas sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad del 2008 especifican que los niños y adolescentes deben tener una tutela especial por su condición de vulnerabilidad. Esa protección del sistema de justicia tiene que tomar en cuenta el desarrollo evolutivo de la persona menor de edad (regla 5). De la misma forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) indica en el párr. 93 que los niños en razón “(...) de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. [2002] *Opinión consultiva OC-17/2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Pág.72). Esa vulnerabilidad no quiere decir que los niños sean incapaces *per se*, simplemente que las distintas etapas de su desarrollo no se han completado y su autonomía es progresiva, adquiriendo derechos y deberes conforme transcurre el ciclo de vida.

La Política Criminal tiene la obligación de aplicar dispositivos preventivos interviniendo los factores de riesgo que aumentan la posibilidad del delito juvenil, siendo las políticas públicas enfocadas en la educación las herramientas idóneas. Además, debe ofrecer las garantías necesarias para que la persona menor de edad en conflicto con la ley penal no continúe siendo sometida al aparato judicial si la acción no representa un daño grave, y en el supuesto de ser condenada, se le imponga una sanción acorde a su desarrollo que le permita reintegrarse socialmente.

De tal manera, la intervención estatal debe ser mínima⁴, pensando en los derechos de la niñez y la adolescencia. Aquí opera el Principio de No-Regresividad, el cual establece que no puede crearse o modificarse normativa que venga a reducir la protección ya existente.

El Principio de No-Regresividad se constituye en un contrapeso para el poder de imperio de los Estados, quienes con mayor frecuencia ponen su atención en el delito adolescente, buscando un enemigo simbólico que pague sus desaciertos y disminuyan las críticas colectivas hacia el sistema.⁵

⁴ **“Principio de intervención mínima.** *Uno de los principios más modernos del derecho penal y que tiene una importancia fundamental en nuestra época es la intervención mínima, y que en la justicia juvenil debería de ser extremadamente reducida. Esto significa que el control formal penal debe dejarse únicamente para los casos y las conductas graves que así lo ameriten, para mantener el equilibrio social que procura el sistema de justicia penal. En relación con este principio Kaiser nos dice que: La necesidad de limitar la justicia penal y en especial la pena privativa de libertad se extrae, además de su cualidad de ultima ratio de las sanciones jurídico penales, que los motivos de seguridad no justifican una privación de libertad sino en pocos casos y, una seguridad así obtenida es de naturaleza transitoria”.* (Burgos Mata, Álvaro. [2009] **Manual de derecho penal juvenil costarricense. Tomo I.** 1ªed., Heredia, Costa Rica: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial. Pág. 53).

⁵ Parece inverosímil que los niños en etapas tempranas de su ciclo de vida puedan ser responsables penalmente de las conductas desplegadas, sobre todo porque el desarrollo cognitivo está en plena formación. Pese a ello, algunos Estados han optado por crear normas de responsabilidad penal en edades ridículas. Así lo ha demostrado la Comisión en su relatoría sobre los derechos de la niñez referida a la justicia juvenil y los derechos humanos en América, indicando lo siguiente en su párr. 47: “(...) la Comisión observa que en la región hay una gran disparidad en la edad mínima para infringir leyes penales y que algunos Estados Miembros consideran responsables por infringir las leyes penales a niños incluso menores de 12 años. Por ejemplo, en Granada, Trinidad y Tobago y algunos estados de Estados Unidos, los niños de 7 años pueden infringir las leyes penales. En Antigua y Barbuda, San Kitts y Nevis, y San Vicente y las Granadinas, dicha imputabilidad inicia a los 8 años. En Bahamas, Guyana y Surinam, se imputa a niños a partir de los 10 años por infringir las leyes penales, mientras que en Barbados la edad mínima es de 11 años”. (Comisión Interamericana de

Esa desprotección de la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal es plasmada cuando los países empiezan a reducir la edad mínima de responsabilidad, pese a que anteriormente la ley determinaba una edad mayor.

Señalamos el caso de Panamá, donde la Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia N°40 del 26 de agosto de 1999, determina en su art. 7 que la ley es aplicable a las personas que han cumplido los catorce años y los menores de dieciocho. También, el art. 8 estipula que las personas menores de catorce años no incurrir en responsabilidad penal. Sin embargo, mediante la ley posterior N°6 del 12 de marzo del 2010, se reduce la edad de responsabilidad a los doce años (art. 2), lo que va en detrimento del Principio de No-Regresividad.

Sobre dicho tema es que gira el presente artículo académico, haciendo un análisis del Principio de No-Regresividad y sus alcances, dentro de los cuales destacamos la prohibición legislativa para disminuir la edad de responsabilidad penal porque vulnera el *corpus juris* internacional.

II. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD:

Luego de haberse cometido las más grandes barbaries en contra de la población menor de edad⁶, se inicia una revolución jurídica que marca el camino

Derechos Humanos. [2011] *Relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Organización de los Estados Americanos. Pág. 14).

⁶ Un ejemplo que representa las atrocidades hacia los niños se da en la cuestión penal, donde no había un trato diferenciado entre la población adulta y la menor de edad, con las graves violaciones que esa decisión producía. Por lo tanto, no sólo socializaban niños y adultos en un mismo centro penal, sino, era recurrente la imposición de sanciones como la prisión perpetua y la pena de muerte. Según PLATT, es en 1899 que se instaura el primer tribunal penal especializado en personas menores de edad: “(...) el primer tribunal oficial para menores se creó en Illinois, en 1899. Muchos de los reformadores sociales de Chicago interesados en el bienestar del niño gozaban de reputación nacional, y fueron decisivos en la determinación de las políticas de otros estados. Ha habido algún debate acerca de si fue Illinois o no el primer estado en crear un tribunal especial para niños. Massachusetts y Nueva York aprobaron leyes, en 1874 y 1892 respectivamente, en que se disponía que los menores acusados de delitos fueran juzgados aparte de los adultos. (...) Pero suele aceptarse que la ley de tribunales para menores aprobada por la legislatura de Illinois aquel mismo año fue la primera promulgación oficial de este tipo que serviría de modelo para otros estados y países”. (Platt, Anthony M. [2006] *Los “salvadores del niño”*)

de los derechos de la niñez y la adolescencia, construyéndose un importante *corpus juris* internacional.

Haciendo un breve recorrido histórico de los principales instrumentos jurídicos relacionados al tema de los derechos humanos de las personas menores de edad y su protección, mencionamos la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 o Declaración de Ginebra, cuyo propósito era reconocer derechos específicos a los niños que garantizaran su integridad y bienestar a través de cinco principios estructurales.⁷

La Asamblea General de la ONU proclama el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual posee carácter vinculante para los Estados. Este cuerpo normativo se encuentra compuesto por 30 artículos referidos a los derechos inalienables e irrenunciables que tiene todo ser humano por su condición de persona.

La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone expresamente en el art. 25.2 que la infancia por su condición tiene derecho a cuidados y asistencias especiales que serán aplicadas sin hacer distinción alguna entre los hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

o la invención de la delincuencia. 5ªed. en español, México D.F., México: Siglo XXI Editores. Págs. 36 y 37).

⁷ Su génesis estuvo antecedido por la Primera Guerra Mundial que dejó gran cantidad de niños heridos, muertos, huérfanos o sin un lugar donde vivir, por eso se dice que es un instrumento de carácter defensivo. La redacción del documento estuvo a cargo de la pedagoga inglesa Eglantyne Jebb y fue aprobada por la Sociedad de las Naciones en su V Asamblea de fecha 26 de diciembre de 1924. Los principios de la Declaración de Ginebra son: "I. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. II. El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados. III. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. IV. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. V. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo". En el año de 1946 la ONU decide agregar dos normas al documento: "VI. El niño debe ser protegido excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia. VII. El niño debe ser ayudado, respetando la integridad de la familia". Si bien este instrumento jurídico es fundamental por ser el primero en tutelar los derechos de los niños, su marco de protección es limitado porque no determina un conjunto sistemático de derechos y garantías que cubran en plenitud los ámbitos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Además, son normas no vinculantes pese a que los Estados firmantes prometen la incorporación de esos principios a su normativa interna en el año 1934.

Con la idea de implementar un nuevo cuerpo normativo sobre los derechos del niño acorde al contexto de la época, el Consejo Económico y Social de la ONU elaboró el proyecto de la Declaración de los Derechos del Niño que fue aprobada por la Asamblea General unánimemente, siendo proclamada mediante la Resolución N°1.386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.⁸

La Declaración de los Derechos del Niño contempla elementos esenciales como el Principio de Igualdad y No Discriminación, el Principio de Interés Superior del Niño que desde ese momento se constituye como el principio rector en la protección de los derechos y garantías de la persona menor de edad, el derecho al nombre y nacionalidad, el derecho a la salud, el derecho a la igualdad de oportunidades, el derecho al desarrollo armonioso y pleno, el derecho a la unidad familiar, el derecho a la educación, el derecho a la recreación, el derecho a la protección preferente, el derecho al trabajo digno y el derecho a la paz. Estos principios son elaborados al concebir que los niños por su falta de madurez física y mental necesitan protección y cuidados especiales.

En relación a nuestro continente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que se llevo a cabo en Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, establece en su art. 19 que: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*. Se conforma de esa manera una protección especial a partir de tres ejes medulares como son la familia, la sociedad y el

⁸ A esta declaración también se le denomina Decálogo de los Derechos del Niño debido a los diez principios consagrados en el documento. Para la conformación de los principios estipulados en la Declaración de los Derechos del Niño, el Consejo Económico y Social consideró como fundamentos teóricos-normativos lo dispuesto en la Declaración de Ginebra y la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que esos instrumentos se constituyen como su referencia, pese a que se especifican derechos y garantías que antes no se habían tomado en cuenta. La declaración en comentario, aparte de constituir las bases esenciales de los derechos del niño, también hace un llamado en su Preámbulo a los Estados ratificantes, a la sociedad, a las organizaciones de voluntariado, a los padres y a los individuos en general, para que respeten y protejan los derechos de las personas menor de edad. Por eso se dice que la Declaración de los Derechos del Niño posee un efecto de tipo horizontal.

Estado, siendo una obligación la tutela efectiva de los derechos y garantías de las personas menores de edad.⁹

Dos instrumentos jurídicos que complementan la normativa internacional desarrollada hasta ese momento, en especial lo determinado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos son denominados también como Pactos de Nueva York o Pactos Internacionales de Derechos Humanos, teniendo los dos fuerza vinculante para los Estados ratificantes.¹⁰

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con vigencia desde el 23 de marzo de 1976 regula derechos y libertades concernientes al ser humano como tal, pero contempla normativa específica proteccionista de la población

⁹ BELOFF indica que con base en el art. 19 “(...) *la Convención Americana reconoce el principio de protección especial a la niñez vigente en el derecho internacional público prácticamente desde sus orígenes y lo consagra normativamente de modo amplio, con lo que queda reservado a la jurisprudencia el fijar sus alcances en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. (...) Es revelador también de la confluencia antes señalada el hecho de que el artículo 19, a pesar de haber sido sancionado en 1969 junto con toda la Convención Americana, fue interpretada por la Corte IDH hace relativamente poco tiempo. De acuerdo con el máximo tribunal regional el artículo define una esfera de protección de los derechos humanos de los niños que reconoce la existencia de **obligaciones adicionales de protección a cargo de los Estados**. La protección especial a la infancia se funda sobre el reconocimiento de que los Estados deben tomar, de acuerdo con la particular circunstancia vital de los niños que determina su mayor vulnerabilidad, medidas especiales adicionales a las que, en un caso equivalente, correspondería adoptar con adultos” (Beloff, Mary. [2014] **La protección de los derechos del niño en el Sistema Interamericano**. 1ªed., Nuevo León, México: Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León). Aunque el art. 19 del Pacto de San José es suficientemente general sin definir con exactitud cuáles van a ser las medidas de protección que el trinomio familia-sociedad-Estado deben proveer a las personas menores de edad, es una fórmula transversal y orientadora para las actuaciones que procuran su protección, tomando en cuenta la inmadurez e inexperiencia del niño en etapas tempranas del desarrollo.*

¹⁰ Tanto el primer como el segundo pacto fueron diseñados a la luz del contexto ideológico de la época. En ese tiempo se daba la influencia de la Guerra Fría, por lo que la redacción de los documentos estuvo marcada por diversos problemas políticos que retrasaron sus aprobaciones, ya que en 1954 fueron presentados ante la Asamblea General de la ONU, pero fueron aprobados hasta el 16 de diciembre de 1966 mediante la Resolución N°2.200 A (XXI). Incluso, desde el inicio se pensó en hacer un sólo pacto que considere la totalidad de derechos, y no dos instrumentos como realmente ocurrió. Esto se debe a que los países de corte capitalista se opusieron a la idea de contemplar los derechos económicos, sociales y culturales, y los de pensamiento socialista los civiles y políticos. Además, para no romper la unidad de los proyectos se tomó la decisión de contemplar en ambos instrumentos la mayor cantidad de artículos comunes.

niñez, que por su condición vulnerable tiene derecho al resguardo de su familia, la sociedad y el Estado, sin hacer distinción de etnia, género, idioma, religión, nacionalidad, posición económica y origen social (art. 24.1). Se estipula en el mismo artículo que el menor de edad tiene derecho a la inscripción inmediata luego del nacimiento, a un nombre y a una nacionalidad.¹¹

Al igual que sucede en el pacto sobre derechos civiles y políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹² establece pocas normas identificadas a la población niñez, pese a que el articulado engloba a todo ser humano, y por ende, a los niños y adolescentes.

Las normas concretas que hacen mención a las personas menores de edad advierten sobre la importancia de aplicar medidas que protejan y asistan a los niños de la explotación económica y social sin hacer discriminación entre ellos.¹³

Con motivo de la celebración del Año Internacional del Niño en 1979, diversas organizaciones gubernamentales especializadas en el tema de la niñez y adolescencia solicitaron a la ONU la creación de un convenio de carácter impositivo para los Estados ratificantes. En ese sentido, ya no se buscaba solamente la elaboración de un instrumento de índole facultativo como había

¹¹ Podemos destacar del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos varias consideraciones importantes respecto a la materia penal juvenil. En el art. 10. 2b) se indica que los niños imputados estarán separados de los mayores de edad, siendo presentados ante la autoridad judicial con la mayor celeridad. En caso de ser condenados, también serán apartados de la población adulta, teniendo un tratamiento acorde a su edad, es decir, al período del desarrollo que atraviesan (art. 10.3). El art. 14.1 establece que en la vía penal y contenciosa el dictado de la sentencia es pública, salvo que en el proceso intervenga un menor de edad y su interés superior pueda verse menoscabado.

¹² El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adquirió vigencia a partir del 3 de enero de 1976, casi 10 años después de su aprobación por parte de la Asamblea General de la ONU. Sus artículos contemplan derechos fundamentales para las personas desde el punto de vista socio-económico. Así, se disponen derechos y garantías laborales, de salud, educación, tecnología y cultura.

¹³ Esa explotación es referida de manera principal al trabajo infantil, por lo que se regulan las labores remuneradas que atentan contra la salud, la moral y el desarrollo normal del niño. A la vez, los Estados deben establecer la edad mínima que prohíba al niño trabajar (art. 10). Otra disposición que realiza el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las personas menores de edad, se presenta en el art. 12.2 a): “*La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños (...)*”. De tal forma, se intenta proteger el derecho a la vida de los infantes por medio de mecanismos adecuados que disminuyan la mortalidad.

ocurrido hasta ese momento en materia de derechos del niño, sino, que tuviera poder vinculante.¹⁴

Luego de más de una década de esfuerzos conjuntos, la Asamblea General de la ONU adoptó unánimemente la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 según la Resolución N°44/25.

La Convención sobre los Derechos del Niño puede considerarse el instrumento jurídico de mayor relevancia en relación a los derechos humanos de las personas menores de edad, componiéndose de una serie de derechos y principios rectores que ofrecen en teoría protección integral a los niños y adolescentes. Inclusive, gran parte de doctrina reconoce que a partir de los presupuestos de la Convención hay un verdadero cambio de paradigma, pasándose de la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral.

¿Cuál es el fundamento para argumentar sobre una protección integral? Porque la Convención desde el punto de vista descriptivo ofrece protección especial a las personas menores de edad en las distintas clases de derechos: económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, volviéndose una obligación para los Estados su cumplimiento y respectivo acceso.

En relación a lo anterior, el art. 3.2 de la Convención establece que: *“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de*

¹⁴ Bajo esta iniciativa, el representante permanente del Estado de Polonia ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, propuso en fecha 17 de enero de 1978 que se discutiera la redacción de una convención referente a los derechos de los niños durante la Trigésima Cuarta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos. En esta sesión, la delegación de Polonia presentó el proyecto basado prácticamente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, con la salvedad de dos nuevos artículos destinados a la ejecución del cuerpo normativo. La Comisión de Derechos Humanos mediante la Resolución N°20 del 8 de marzo de 1978, aprobó el proyecto planteado por Polonia, solicitando a los Estados miembros, organismos especializados de las Naciones Unidas, agrupaciones no gubernamentales y gubernamentales, expertos en derechos humanos y entidades religiosas, que se refirieran al particular con opiniones y observaciones. Así, en 1979 se establece un grupo de trabajo encargado en el análisis y ampliación del texto original, basándose principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas". Además, es imperativo que el Principio de Interés Superior del Niño sea garantizado, por lo que todas las medidas donde intervienen niños deben ser evaluadas y sopesadas.¹⁵

El 29 de noviembre de 1985 se adoptan por parte de la Asamblea General de la ONU con la Resolución N°40/33, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, denominadas comúnmente como las Reglas de Beijing. Algunos de los presupuestos establecidos en dichas reglas son retomados en los arts. 37 y 40 de la Convención, siendo un cuerpo jurídico internacional importante para estudiar.

Como lo estipula el mismo Prólogo de las Reglas de Beijing, la juventud por ser una etapa inicial del desarrollo humano requiere de atención y asistencia especial mediante protección jurídica acorde a la paz, libertad, dignidad y seguridad. Esa protección es más estricta cuando la persona menor de edad interviene en el sistema de justicia penal, por cuanto existe la posibilidad de que se dicte una sanción en su contra. De tal manera, las sanciones y sobre todo la pena privativa de libertad tienen que ser los últimos recursos en el momento que el adolescente se encuentra en conflicto con la ley penal.¹⁶

Otros dos instrumentos jurídicos especializados en la población menor de edad son las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la

¹⁵ *“Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

¹⁶ Precisamente uno de los aportes esenciales de las Reglas de Beijing es determinar un abanico de sanciones penales para que los jueces tengan la opción de imponer penas menos gravosas para el desarrollo del adolescente, siendo la prisión en centro especializado la excepción a la regla, que deberá ser aplicada durante el plazo más breve. Se incorporan principios rectores como el de intervención mínima, proporcionalidad, lesividad, flexibilidad y diversificación de la reacción penal. Esa directriz de utilizar sanciones distintas a las privativas de libertad se complementan con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad o Reglas de Tokio, que fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990 con la Resolución N°45/110.

Delincuencia Juvenil o Directrices de Riad¹⁷ y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad o Reglas de La Habana¹⁸. Ambas normativas fueron aprobadas por la Asamblea General de la ONU en fecha 14 de diciembre de 1990, la primera a partir de la Resolución N°45/112 y la segunda con la Resolución N°45/113.

Las Directrices de Riad señalan que la delincuencia se puede prevenir si la sociedad procura un desarrollo armonioso de los adolescentes que tome en cuenta el respeto de la personalidad y su bienestar desde la primera infancia. Por ese motivo, el Estado debe crear políticas públicas que protejan al adolescente de la comisión de conductas ilícitas que pongan en peligro su desarrollo integral.

Las Reglas de La Habana tienen por objeto establecer normas mínimas que garanticen los derechos humanos y fundamentales de los adolescentes que han sido privados de su libertad como sanción a la conducta ilícita o se encuentran cumpliendo prisión preventiva mientras hay un proceso judicial pendiente de resolver. Dicha protección se crea para contrarrestar los efectos perniciosos de la privación de libertad y promover la integración en la sociedad.¹⁹

Luego de las Directrices de Riad y las Reglas de La Habana se han establecido varios instrumentos normativos internacionales referidos al tema de la

¹⁷ Se les denomina comúnmente Directrices de Riad por haberse realizado el proyecto en el Centro de Capacitación y Estudios de Seguridad en Arabia Saudita del 28 de febrero al 1 de marzo de 1988. Sin embargo, es en La Habana, Cuba, que se dispone la aplicación de las directrices con motivo del Octavo Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente que se venía realizando cada cinco años desde 1955.

¹⁸ Son 87 artículos de carácter no vinculante que los Estados pueden introducir en su legislación interna como marco referencial, y que nacen a la luz del creciente aumento en la población carcelaria de personas adolescentes. Se solicita que la prisión temporal y permanente deben ser empleadas por los operadores del derecho en casos muy graves y justificados durante el período mínimo necesario.

¹⁹ Tanto las Directrices de Riad como las Reglas de La Habana toman como pilar el Principio Educativo, el cual es fundamental para prevenir la violencia, pero también para integrar socialmente a la persona privada de libertad cuando termine su sanción. El art. 38 de las Reglas de La Habana estipula: *“Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. (...)”*.

niñez y la adolescencia, entre ellos tenemos en orden cronológico: la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores aprobadas en México el 18 de marzo de 1994, las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal adoptadas el 21 de julio de 1997, el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil adoptadas en Suiza el 17 de junio de 1999 y las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delito aprobadas el 22 de julio del 2005.

En concordancia con la totalidad de instrumentos internacionales que brindan protección a las personas menores de edad y que fueron citados en este apartado, se dispone de una serie de sentencias, informes y opiniones consultivas que complementan la normativa, instaurándose un *corpus juris* que debe ser progresivo en cuanto a la protección de los derechos. Mencionamos por ejemplo: la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/2002, los Informes del Comité de los Derechos del Niño, la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Organización de Estados Americanos y sentencias reiteradas de la CIDH como el Caso “Niños de la Calle” vs Guatemala, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana, Caso Fornerón e Hija vs Argentina, entre otros.

Desde el punto de vista penal, la protección tiene que ser progresiva en la cobertura de los derechos, con lo cual la reducción de la edad mínima de responsabilidad penal es un retroceso que constriñe el Principio de Interés Superior del Niño, como lo analizaremos posteriormente.

III. EL PRINCIPIO DE NO-REGRESIVIDAD IMPIDE LA REDUCCIÓN EN LA EDAD MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL:

El Estado en ocasiones utiliza un discurso de poder con el que pretende regular las conductas perjudiciales para sus intereses. La Política Criminal a veces sirve de extensión para lograr esos fines, ensamblando un control coercitivo hacia la población considerada “enemiga”. Precisamente, la imposición de una edad mínima de responsabilidad penal en etapas demasiado tempranas del

desarrollo humano es una manifestación cruel que por lo general pasa desapercibida, haciéndonos creer que es necesaria, y por ende, se encuentra legitimada. Claro, la situación cambia de país a país.

Peor aún es la disminución a la edad mínima de responsabilidad penal, ya que una vez obtenida la protección progresiva del niño se la arrebató, como si el delito y la violencia social fuera culpa de esa población vulnerable. Esa es una respuesta incorrecta a la problemática, por cuanto contraviene los principios fundamentales de interés superior del niño, protección integral, progresividad y el Principio de No-Regresividad.

El Principio de No-Regresividad se encuentra estrechamente vinculado al Principio de Progresividad, el cual postula que la protección siempre debe ir aumentando en concordancia con los derechos estipulados en los distintos cuerpos jurídicos. Desde esa óptica, los derechos humanos una vez establecidos en la norma deben continuar creciendo en su protección, concibiéndose como una figura jurídica viva y no estática que progresa en el resguardo de las garantías adquiridas.

Antes de iniciar a estudiar el Principio de No-Regresividad y sus diferentes aristas, consideramos acertado determinar qué vamos a entender por interés superior del niño, protección integral y progresividad, ya que en el caso concreto sobre la reducción de la edad de responsabilidad penal habría un menoscabo de esos principios.

Señalamos que si bien el Principio de Interés Superior del Niño consagrado en el art. 3 de la Convención resulta indeterminado²⁰ dejando un amplio margen a la interpretación y subjetividad del operador de derecho, es el principio pilar de los derechos de la niñez, debido a que procura la protección de sus necesidades en forma prioritaria. Por tal motivo, en los asuntos donde interviene una persona menor de edad y hay contradicción de necesidades o derechos, obligatoriamente

²⁰ Según GROSMAN la ambigüedad del concepto nunca dejará de existir, por lo que inevitablemente el término variará de un lugar a otro, dependiendo de las costumbres, tradiciones y momentos históricos. (D'Antonio, Daniel Hugo. [2010] *Convención sobre los derechos del niño. Análisis de su contenido normativo. Aplicación jurisprudencial*. 1ªed., 1ªreimp., Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Pág. 44).

debe prevalecer el que signifique un mejor beneficio en el desarrollo del niño. A partir de esos presupuestos, es una obligación para las instituciones públicas y privadas, el aparato judicial, las autoridades administrativas y el sistema legislativo la implementación de medidas que lo garanticen.²¹

El Principio de Interés Superior del Niño es una figura jurídica que cumple un rol orientador en la creación de normativas y políticas públicas. Por decirlo de alguna manera, funciona como mecanismo inspirador de las legislaciones nacionales e internacionales que resguardan los derechos de las personas menores de edad. A la vez, fundamenta la elaboración y ejecución de estrategias que componen las políticas públicas referidas a la materia.

En asociación directa con el Principio de Interés Superior está el Principio de Protección Integral²² que se destaca en el inc. 2 del mismo art. 3 y el art. 4 de la Convención.²³

Decimos que la protección integral es el resguardo de los derechos que poseen las personas menores de edad únicamente por su condición de seres

²¹ “(...) el criterio del ‘interés superior del niño’ se transforma en un principio de relevancia universal de su interés, que implica interrelación de políticas públicas y medidas internacionales tendentes a la protección de los derechos de la niñez. Esto significa que la protección de tales derechos no es solamente el deber de las autoridades competentes, sino de una estrategia general que interese potencialmente a toda institución privada y pública y a todo órgano del Estado, o sus entidades territoriales, así como a la comunidad internacional, para lo que se requiere la coordinación y sinergia de todo individuo competente potencialmente”. (Baratta, Alessandro. [2001] ***El Niño como sujeto de derechos participante en el proceso democrático.*** En: González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth. ***Derechos de la niñez y la adolescencia: antología.*** 1ªed., San José, Costa Rica: UNICEF. Pág. 47.)

²² “(...) debe concluirse que existe una interrelación entre los principios de interés superior del niño y de protección integral de este (...)”. (Llobet, Javier. [1999] ***Interés superior del niño, protección integral y garantismo [en particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el derecho penal juvenil].*** En: Tiffer, Carlos y Llobet, Javier. ***La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional.*** 1ªed., San José, Costa Rica: UNICEF, ILANUD, CE. Pág. 4).

²³ El inc. 2 del art. 3 señala que los Estados deben garantizar por medio de medidas legislativas y administrativas la protección de la persona menor de edad con el propósito de beneficiar su desarrollo. Para cumplir con esa obligación se tienen que considerar los derechos y deberes de los padres, tutores o demás personas que se responsabilizan del niño ante la ley. “**Artículo 4.** Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

humanos en los distintos ámbitos: político, social, económico y cultural durante las etapas que conforman su desarrollo.²⁴

Para CORRALES la protección integral es “(...) un sistema de tutela y resguardo de los derechos de la población menor de edad, que abarca todos los aspectos inherentes a su condición de personas en proceso de crecimiento y preparación para una vida independiente y autosuficiente, entre los cuales se encuentran los aspectos físicos, psíquicos, de salud, de estudio, familiares, comunales, sociales, jurídicos y cualesquiera otros merecedores de protección”.²⁵

Lo que hace el principio en comentario es promover el resguardo general de los derechos de los niños y adolescentes, vistos como un marco sistémico de posibilidades de acceso y ejercicio pleno de bienes y servicios necesarios no sólo para sobrevivir, además, para tener una vida integral. Es así, como los padres de familia y el Estado deberían garantizarles a las personas menores de edad vivienda, educación, alimento, vestido, salud, recreación, entre otros, que van a ayudar a construir un desarrollo sano y armonioso.²⁶

²⁴ La CIDH en el párr. 8 de la Opinión Consultiva OC-17/2002 indica lo siguiente: “*Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño*”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. [2002] *Opinión consultiva OC-17/2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Pág.87). La protección de la persona menor de edad tiene que tomar en cuenta la evolución en los diferentes tipos de desarrollo (biosocial, cognitivo y psicosocial), ya que los casos varían según el contexto y las condiciones individuales de las personas intervinientes. La CIDH mediante la sentencia del 21 de setiembre de 2006 en el Caso *Servellón García y Otros vs Honduras* establece en el párr. 113 que “(...) *la debida protección de los derechos de los niños, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, y debe ofrecerles las condiciones necesarias para que el niño viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. [2006] *Caso Servellón García y Otros vs Honduras*. Pág.43).

²⁵ Corrales Valverde, Óscar. (2001) *Niñez y adolescencia*. En: González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth. *Derechos de la niñez y la adolescencia: antología*. 1ªed., San José, Costa Rica: UNICEF. Pág. 439. Esa protección integral por supuesto es diferente a la que reciben las personas adultas, debido a que los niños y adolescentes poseen una serie de particularidades que los hace vulnerables, y por lo tanto, necesitan de cuidados especiales por parte de los mismos adultos.

²⁶ Cuando la protección integral se materializa por el Estado y sus dependencias y los padres de familia, tutores o encargados de las personas menores de edad, decimos que la protección es efectiva, máxime si el desarrollo de la persona menor de edad se beneficia con tales acciones.

El Principio de Protección Integral no se concibe nada más desde una óptica general, sino, se aplica también a partir de una visión específica en casos judiciales, esencialmente en los de índole penal, donde se le deben garantizar a la persona menor de edad sus derechos procesales y sustantivos. TIFFER señala que dentro de los principios rectores de mayor relevancia está el de protección integral, porque “(...) *le asegura, las garantías penales y procesales, a las que tiene derecho toda persona que haya sido acusada de un delito, más las que le corresponden por su especial condición de desarrollo y formación de su personalidad. De esta manera, el principio de protección integral, busca el respeto de las garantías del derecho penal juvenil y procesal penal, más allá de las establecidas para las personas adultas*”.²⁷

Los principios de interés superior y protección integral referidos a los derechos del niño, adquieren una mayor dimensión cuando se complementan con los principios de progresividad y no-regresividad que operan en los derechos humanos. Tanto el Principio de Progresividad como el de no-regresividad crecen, se desarrollan y pueden morir juntos, por lo que tienen una incidencia directa el uno con el otro.

El *corpus juris* de los derechos humanos debe concebirse como un universo en constante movimiento que conforme transcurre el tiempo empieza a moldearse dependiendo de los intereses socio-políticos del momento.

Esa transformación de los derechos humanos sólo es válida y eficaz cuando sucede en una vía, incorporándose avances en la protección de derechos sin posibilidad de retroceder los beneficios que se alcanzaron previamente. Esto significa que si una norma se ha creado para proteger un determinado derecho, no podrá establecerse otra norma que reduzca las garantías adquiridas, todo lo contrario, el espectro de protección deberá irse ampliando, siendo un adelanto en la cobertura. Por tales motivos, los principios de progresividad y no-regresividad tienen que operar fundamentalmente en poblaciones vulnerables, como la niñez y la adolescencia.

²⁷ Tiffer, Carlos. (2004). *Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada*. 2ªed., San José, Costa Rica: Editorial Juritexto. Pág. 44.

En materia de derechos humanos la protección debe darse de manera progresiva, por ello los Estados tienen que ir adecuando sus normativas y políticas públicas a los estándares del *corpus juris* internacional²⁸. Pero también deben ir mejorando paulatinamente los mecanismos prácticos y las instituciones que permitan la protección efectiva de los derechos en los distintos ámbitos sociales.

El art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone sobre la obligación estatal para asegurar el alcance de los derechos humanos, especialmente los referidos a aquellos derechos: **“Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”**.²⁹

La obligación estatal a la que hacemos referencia, es independiente de que exista o no una ratificación del instrumento jurídico internacional que establece un determinado derecho humano, ya que el Estado siempre deberá reconocer la protección de esos derechos simplemente porque son inherentes al ser humano.

El espectro de protección progresiva de los derechos humanos no puede reducirse porque una vez alcanzado el reconocimiento pleno es ilegítimo su disminución, de ahí que se hable del Principio de No-Regresividad. En ese sentido, los estándares logrados sobre derechos humanos tendrán que continuar

²⁸ El párr. 139 de la Comisión indica: “Cuando los Estados ratifican los tratados internacionales sobre derechos humanos y los incorporan a su normativa interna, se obligan a proteger y garantizar el ejercicio de estos derechos, lo que incluye la obligación de realizar las modificaciones que sean necesarias en su derecho interno para garantizar el cumplimiento de las normas contenidas en dichos tratados”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [2011] ***Relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas***. Organización de los Estados Americanos. Pág. 44).

²⁹ De la misma forma, el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula: **“Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”**.

expandiéndose paulatinamente en aras de proteger a las personas, pero jamás deberán restringirse significando un retroceso en sus alcances.

Una de las normas principales que plasma el Principio de No-Regresividad en materia de derechos humanos es el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual determina: **“Artículo 29. Normas de Interpretación.** *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.*

La interpretación de los derechos humanos debe girar en torno a los aspectos protectores y no a los de índole reduccionista que perjudican a las personas, por lo que modificar o crear normas que disminuyan el marco de protección que se venía cumpliendo con anterioridad es contrario al *corpus juris* internacional. Inclusive, una norma estatal que empeore la regulación vigente en cuanto a los alcances de los derechos humanos tiene que presumirse en principio inconstitucional.

¿Podría pensarse que el Principio de No-Regresividad tiene efectos limitados? En teoría sí, porque esa presunción de inconstitucionalidad puede ser refutada por el Estado en caso de demostrar la razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad de la norma, en síntesis si se establece lo siguiente: el interés imperioso que justifica las medidas adoptadas, la imposibilidad de utilizar otros mecanismos menos gravosos y que el beneficio sea claramente superior al costo que trae la disposición.

Pese a lo anterior, respecto a los derechos humanos de los niños esa justificación estatal no es admitida básicamente por dos motivos: al ser una población vulnerable que necesita de protección especial sobre todo del mismo Estado y porque existe normativa internacional que contraviene ese argumento, tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que indica en los incs. 1 y 2 del art. 27: “**Artículo 27. Suspensión de Garantías.** 1. *En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...).* 2. *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. (...)*”. (El resaltado no es del original).

Ese razonamiento es convalidado por el párr. 140 de la relatoría de la Comisión: “*Los progresos alcanzados en la protección de los derechos humanos son irreversibles, de modo que siempre será posible expandir el ámbito de protección de los derechos, pero no restringirlo. Cabe mencionar además que las obligaciones de los Estados frente a los niños según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención Americana, no son sujetas de suspensión bajo circunstancia alguna*”.³⁰

Entonces el Principio de No-Regresividad es absoluto cuando se refiere a los derechos humanos de los niños, siendo obligatorio para los Estados resguardar sus alcances en los ámbitos económicos, sociales y culturales, así como también en los civiles y políticos. Bajo esta premisa es prohibido para los

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011) *Relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Organización de los Estados Americanos. Pág.44.

Estados disminuir la protección de los derechos humanos de los niños y adolescentes, como en efecto sucedería si reduce la edad mínima de responsabilidad penal.

Desde el punto de vista jurídico resulta ilegítima la disminución de la edad mínima de responsabilidad penal, por cuanto trasgrede los principios de progresividad y no-regresividad que aplican en los derechos humanos de los niños, sin contar los graves perjuicios que conlleva someter a una población vulnerable al proceso penal y a una posible sanción, máxime si esta es privativa de libertad³¹. De todas formas, la justificación estatal respecto a imponer límites al Principio de No-Regresividad según su poder de imperio no se constituye en razón suficiente para esa disminución, ya que los delitos cometidos por las personas menores de edad son insignificantes en relación a los adultos.

Sobre la edad de responsabilidad penal, la Convención indica en el art. 40.3.a) que corresponde a los Estados determinar una edad mínima antes de la cual se presume que los niños no poseen la capacidad para transgredir la ley penal³². Asimismo, las Reglas de Beijing mencionan en su regla 4 que la responsabilidad penal no deberá iniciar a una edad demasiado temprana.

³¹ “Por lo demás, en el tema rigen los principios de no regresividad y progresividad en la garantía de los derechos por lo que retornar a la edad penal de catorce años afectaría dichos principios (sin que, como quedó claro, la estadística ni un mayor reconocimiento de garantías procesales justifiquen la reducción penal) por los efectos negativos y estigmatizantes asociados con el sometimiento de una persona a la justicia penal con independencia de que se le aplique o no una pena privativa de libertad o por cuánto tiempo. La experiencia latinoamericana enseña mucho en ese sentido. La reducción de la edad penal en todos los países de la región mediante leyes técnicamente muy avanzadas no incidió en (...) la reducción del índice de los delitos de los jóvenes ni en la disminución de la violencia de los jóvenes hacia la sociedad ni de esta hacia los jóvenes (...) porque solo se modificó la ley para reducir a cambio de garantías de debido proceso, pero no se desarrollaron políticas preventivas ni se creó una ingeniería institucional adecuada ni se implementaron programas para que esas leyes se cumplieran. En otro orden, es del caso recordar el principio de humanidad de las penas conforme el cual un castigo penal sería intolerable de ser aplicado a un niño pequeño así como la necesidad de contar con recursos económicos que permitan incrementar las políticas sociales en lugar de aumentar el campo de intervención del sistema penal; en otros términos, más maestros, médicos, psicólogos, profesores de deportes, de teatro, de plástica y de música y menos policías, fiscales, jueces y defensores penales que es, en lenguaje de la calle, lo que en definitiva significa el derecho penal mínimo” (Beloff, Mary. [2013] Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la República Argentina. En: Estudios sobre edad penal y derechos del niño. 1ªed., Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc. Págs. 48 y 49).

³² En complemento de la norma citada, el Comité “(...) entiende que esa disposición crea la obligación para los Estados partes de establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal. Esa edad mínima

Aunque el *corpus juris* internacional no establece normativamente hablando una edad mínima de responsabilidad penal dejando a criterio de los Estados su especificación, el Comité en la Observación General N°10 recomienda que se fije entre los 14 y 16 años³³. Además, insta a los Estados a no reducir la edad mínima de responsabilidad penal cuando ha sido fijada con anterioridad, siendo inaceptable una edad mínima por debajo de los 12 años. De hecho, los 12 años son la edad mínima absoluta, teniéndose que ampliar progresivamente hasta alcanzar una edad cercana a los 18.

A partir de esos lineamientos, todo proyecto legislativo que impulse una reducción en la edad mínima de responsabilidad penal es contrario al *corpus juris* internacional, transgrediéndose los derechos humanos del niño. En el supuesto que ese proyecto se convierta en ley, violentará no sólo los estándares internacionales, sino, los fundamentos del derecho constitucional.

IV. ROMPER CADENAS: HACIA UN AUMENTO PROGRESIVO EN LA EDAD MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL:

*significa lo siguiente: a) Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la edad mínima a efectos de responsabilidad penal el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños. b) Los niños que tengan la edad mínima a efectos de responsabilidad penal en el momento de la comisión de un delito (o infracción de la legislación penal), pero tengan menos de 18 años (véanse también los párrafos 35 a 38 infra), podrán ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal. Sin embargo, estos procedimientos, incluido el resultado final, deben estar plenamente en armonía con los principios y disposiciones de la Convención, según se expresa en la presente observación general". (Comité de los Derechos del Niño. [2007] **Observación general N°10. Los derechos del niño en la justicia de menores.** Organización de las Naciones Unidas. Pág. 71).*

³³ *"La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 ó 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales". (Comité de los Derechos del Niño. [2007] **Observación general N°10. Los derechos del niño en la justicia de menores.** Organización de las Naciones Unidas. Pág. 72).*

Gran parte de los países latinoamericanos han establecido la edad mínima a partir de los 12 años de edad³⁴, por ello, la Comisión manifiesta su disconformidad, dado que algunos países en el mundo y en la región han regulado edades superiores. En ese sentido, insta a los Estados a incrementar de manera progresiva la responsabilidad penal hasta alcanzar una edad cercana a los 18 años.³⁵

Lo que se pretende es que la franja etaria de punibilidad se achique en el sistema de justicia juvenil y no sea lo suficientemente extensa para perjudicar el desarrollo de los adolescentes. Dentro de las recomendaciones específicas de la Comisión a los Estados se indica lo siguiente: “12. (...) a) *Elevar progresivamente la edad mínima bajo la cual los niños pueden ser responsables conforme al sistema de justicia juvenil hacia una edad más cercana a los 18 años de edad. Una vez elevada, garantizar que no sea disminuida en concordancia con el principio de no regresividad*”.³⁶

El Comité en la Observación General N°10 dice: “32. (...) Se alienta a los Estados partes a elevar su edad mínima a efectos de responsabilidad penal a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola”³⁷. Lo consecuente respecto a este presupuesto, es que los países en donde se impone una edad

³⁴ Para citar un ejemplo, en Costa Rica la Ley de Justicia Penal Juvenil N°7.576 del 1 de mayo de 1996 determina que la edad de responsabilidad penal se inicia a los 12 años. “**Artículo 1.-** *Ámbito de aplicación según los sujetos. Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales*”.

³⁵ “49. La CIDH considera que la Convención Americana, la Declaración Americana y la CDN, así como cualquier tratado de derechos humanos deben ser entendidos como “instrumentos vivos” y deben ser interpretados evolutivamente. En este sentido, la Comisión manifiesta su preocupación por el hecho que los 12 años de edad siga siendo considerada la edad mínima absoluta internacionalmente aceptada para responsabilizar a niños, niñas y adolescentes ante la justicia juvenil, dado que diversos Estados en el mundo y en la región han regulado una edad mucho mayor. (...) 59. (...) En tanto, la Comisión insta a los Estados a elevar progresivamente la edad mínima bajo la cual los niños pueden ser responsables conforme al sistema de justicia juvenil hacia una edad más cercana a los 18 años de edad”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [2011] ***Relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas***. Organización de los Estados Americanos. Págs.14 y 17).

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011) ***Relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas***. Organización de los Estados Americanos. Pág. 168.

³⁷ Comité de los Derechos del Niño. (2007) ***Observación general N°10. Los derechos del niño en la justicia de menores***. Organización de las Naciones Unidas. Párr.32.

mínima de 12 años empiecen a aumentarla paulatinamente, ya que de no hacerlo contravienen parte del *corpus juris* internacional de los derechos humanos del niño. Además, el porcentaje de delitos graves cometidos por las personas menores de edad es exiguu en relación a los efectuados por los adultos. Esa cifra aún es más insignificante si hablamos de adolescentes entre los 12 y 13 años, lo cual se ve reflejado en la cantidad de menores condenados a la sanción de internamiento en centro especializado.

Volviendo a Costa Rica, la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial registró los siguientes datos:

MENORES DE EDAD SENTENCIADOS A INTERNAMIENTO EN CENTRO ESPECIALIZADO EN LOS JUZGADOS PENALES JUVENILES						
AÑO DE LA SANCIÓN	EDAD DEL ADOLESCENTE					
	12 AÑOS	13 AÑOS	14 AÑOS	15 AÑOS	16 AÑOS	17 AÑOS
2009	0	0	1	5	14	34
2010	0	0	1	11	22	54
2011	0	0	2	7	23	67
2012	0	1	3	7	32	86
2013	0	5	8	22	36	92

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación del Poder Judicial de Costa Rica. Confección propia.

Interpretamos de la estadística anterior, que la cantidad de menores entre los 12 y 13 años sentenciados a internamiento en centro especializado durante los períodos comprendido del 2009 al 2013 es relativamente nula, presentándose la condenatoria total de seis personas adolescentes de 13 años, uno en el 2012 y cinco en el 2013.

Si bien la ley costarricense es de avanzada y se encuentra acorde a la normativa jurídica internacional disponiendo una pluralidad de sanciones³⁸ menos gravosas a la privación de la libertad que opera en forma excepcional y como último recurso³⁹, es necesario que aumente la edad mínima de responsabilidad,

³⁸ **“Artículo 121.-** Tipos de sanciones. Verificada la comisión o la participación del menor de edad en un hecho delictivo, el Juez Penal Juvenil podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones: a) Sanciones socio-educativas. Se fijan las siguientes: 1.- Amonestación y advertencia. 2.- Libertad asistida. 3.- Prestación de servicios a la comunidad. 4.- Reparación de los daños a la víctima. b) Órdenes de orientación y supervisión. El Juez Penal Juvenil podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión: 1.- Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él. 2.- Abandonar el trato con determinadas personas. 3.- Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados. 4.- Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio. 5.- Adquirir trabajo. 6.- Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito. 7.- Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas. c) Sanciones privativas de libertad. Se fijan las siguientes: 1.- Internamiento domiciliario. 2.- Internamiento durante tiempo libre. 3.- Internamiento en centros especializados”.

³⁹ Las sanciones privativas de libertad aún son más excepcionales en la franja etaria comprendida entre los 12 y los 15 años, donde hay menos casos de delitos y contravenciones. Los rangos etarios están dispuestos en el art.4 de la

máxime que la Ley de Justicia Penal Juvenil entró en vigencia en 1996, hace casi dos décadas.

Ese aumento progresivo lo hace Argentina cuando pasa de 14 a los 16 años la edad mínima de responsabilidad penal. Inclusive, se disponen algunas circunstancias donde las personas menores de 18 años no son responsables penalmente. El art. 1 de la Ley de Régimen Penal de la Minoridad N°22.278⁴⁰, reformado mediante la Ley N°22.803 publicada el 9 de mayo de 1983 señala lo siguiente: **“Artículo 1.** *No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. (...)”*. También, el art. 2 indica: **“Artículo 2.** *Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1. (...)”*.

La normativa argentina al menos en lo referente a la edad mínima de responsabilidad penal respeta el *corpus juris* internacional, por lo que cualquier proyecto de ley que proponga su disminución contraviene el Principio de No-Regresividad y la normativa internacional ya mencionada.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN:

Como ha quedado demostrado a lo largo del artículo académico, existe un *corpus juris* internacional bastante amplio que resulta esencial para el resguardo de los derechos humanos, comprendidos los de las personas menores de edad.

Los niños producto de su vulnerabilidad deben contar con una protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, recayendo en este último la creación de normas que cumplan esos fines. Pero no es la elaboración de cualquier normativa, sino, una que sea acorde a ese *corpus juris*, el cual se estructura a partir de principios rectores entre los que destacamos el de

Ley de Justicia Penal Juvenil: **“Artículo 4.- Grupos etarios.** *Para su aplicación, esta ley diferenciará en cuanto al proceso, las sanciones y su ejecución entre dos grupos: a partir de los doce años de edad y hasta los quince años de edad, y a partir de los quince años de edad y hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años de edad”*.

⁴⁰ La Ley de Régimen Penal de la Minoridad fue promulgada el 20 de agosto de 1980 y publicada el 28 de agosto de ese mismo año.

progresividad y no-regresividad. Por supuesto, esos principios generales se encuentran interrelacionados con otros más específicos que operan en materia de niñez y adolescencia, tal es el caso del Principio de Protección Integral y el Principio de Interés Superior del Niño.

Esencialmente el Principio de Progresividad establece que la protección de los derechos humanos tiene que ir en aumento de manera paulatina, es decir, el espectro de resguardo debe ir ampliándose sin posibilidad de reducirlo. Cuando una norma disminuye la tutela adquirida en forma previa, decimos que se contraviene el Principio de No-Regresividad.

Ambos principios pilares son aplicables en el derecho penal, máxime si interviene una persona menor de edad cuyo desarrollo evolutivo se pone en peligro ante las graves consecuencias de una sanción. Así, el Derecho Penal Juvenil debe entrar a conocer del caso como último recurso, siendo la pena privativa de libertad excepción a las demás sanciones.

Con fundamento en esos presupuestos, el Estado tiene la obligación de determinar una edad mínima de responsabilidad penal que una vez impuesta no podrá ser reducida, todo lo contrario, deberá irse aumentando hasta alcanzar un rango etario cercano a los 18 años, que en teoría es cuando el individuo posee plena conciencia de sus actos.

Los niños y los adolescentes no deben continuar siendo víctimas del poder represivo que lo etiqueta de “enemigo”. En el supuesto que la persecución desmedida continúe sin que hagamos algo, tendremos una cuota de responsabilidad que no se olvidará jamás.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Declaración de los Derechos del Niño de 1924.

Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 1985.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad de 1990.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 1990.

Reglas sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad del 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002) **Opinión consultiva OC-17/2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño.**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006) **Caso Servellón García y Otros vs Honduras.**

Comité de los Derechos del Niño. (2007) **Observación general N°10. Los derechos del niño en la justicia de menores.** Organización de las Naciones Unidas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011) **Relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas.** Organización de los Estados Americanos.

Ley de Régimen Penal de la Minoridad N°22.278 de 1980. Argentina.

Ley N°22.803 de 1983. Argentina.

Ley de Justicia Penal Juvenil N°7.576 de 1996. Costa Rica.

Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia N°40 de 1999. Panamá.

Ley N°6 del 2000. Panamá.

Baratta, Alessandro. (2001) **El niño como sujeto de derechos participante en el proceso democrático.** En: González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth. **Derechos de la niñez y la adolescencia: antología.** 1ªed., San José, Costa Rica: UNICEF.

Beloff, Mary. (2013) **Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la República Argentina.** En: **Estudios sobre edad penal y derechos del niño.** 1ªed., Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.

- Beloff, Mary. (2014) **La protección de los derechos del niño en el Sistema Interamericano**. 1ªed., Nuevo León, México: Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León.
- Burgos Mata, Álvaro. (2009) **Manual de derecho penal juvenil costarricense. Tomo I**. 1ªed., Heredia, Costa Rica: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial.
- Corrales Valverde, Óscar. (2001) **Niñez y adolescencia**. En: González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth. **Derechos de la niñez y la adolescencia: antología**. 1ªed., San José, Costa Rica: UNICEF.
- D'Antonio, Daniel Hugo. (2010) **Convención sobre los derechos del niño. Análisis de su contenido normativo. Aplicación jurisprudencial**. 1ªed., 1ªreimp., Buenos, Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Llobet, Javier. (1999) **Interés superior del niño, protección integral y garantismo [en particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el derecho penal juvenil]**. En: Tiffer, Carlos y Llobet, Javier. **La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional**. 1ªed., San José, Costa Rica: UNICEF, ILANUD, CE.
- Platt, Anthony M. (2006) **Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia**. 5ªed. en español, México D.F., México: Siglo XXI Editores.
- Tiffer, Carlos. (2004). **Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada**. 2ªed., San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.