

Historia y futuro de la cuestión penal juvenil

Historia y futuro
de la cuestión penal juvenil

De Tejedor a Videla

Emilio García Méndez
Romina Florencia Otero
Sebastián Vázquez


ediciones**Didot**



García Méndez, Emilio

Historia y futuro de la cuestión penal juvenil : de Tejedor a Videla / Emilio García Méndez. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Didot, 2022.

Libro digital, PDF/A

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-8949-00-0

1. Protección a la Infancia. 2. Derecho. 3. Historia Política Argentina. I. Título.
CDD 345.08

Este libro se ha beneficiado de la generosa colaboración plasmada en observaciones e indicaciones bibliográficas de Laura Musa, Belén García Conde, Nicolas Tabak y Jimena Nuñez.

©ediciones **Didot**

©Emilio García Méndez

1° ed. en español

Hecho el depósito en ley 11.726

Libros de edición argentina

ISBN: 978-987-8949-00-0

Diseño de tapa: Ezequiel Cafaro

ediciones Didot

Arévalo 1830, CABA, Argentina

Te. (+54911) 6624-5381/4771-9821

www.edicionesdidot.com

didot@edicionesdidot.com

*“No hablar de los menores en el código penal,
no significa que ello sea sacarlos del código penal”
(debate en comisión de la ley 14.394 en diciembre de 1954)*

Carlos Humberto Perette*

* Diputado Nacional de la UCR por Entre Ríos, luego vicepresidente de la República con Arturo Frondizi. Miembro de las comisiones de Legislación General y Penal durante la aprobación de la ley 14.394 de 1954

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. La Responsabilidad Penal Juvenil como cuestión emblemática de la democracia	11
<i>Por Emilio García Méndez</i>	
CAPÍTULO I. Los menores en los Códigos Penales	37
<i>Por Romina Florencia Otero</i>	
CAPÍTULO II. El tratamiento tutelar-penal específico de los menores de edad: orígenes y sentido de la reforma	67
<i>Por Sebastián Vázquez</i>	
CAPÍTULO III. La cuestión penal tutelar y la corporación judicial	81
<i>Por Romina Florencia Otero y Sebastián Vázquez</i>	
CAPÍTULO IV. Problemas centrales de la cuestión penal juvenil	159
<i>Por Romina Florencia Otero</i>	

ÍNDICE

ENTRE EL PASADO Y EL FUTURO

EL DEBATE EN CURSO AL CIERRE DE ESTE LIBRO

CAPÍTULO V.	Los procesos de reforma penal juvenil en democracia: de Alfonsín a Macri <i>Por Sebastián Vázquez</i>	189
CAPÍTULO VI.	La cuestión penal juvenil en el Congreso Nacional y las legislaturas provinciales <i>Por Sebastián Vázquez</i>	227
NOTA FINAL.	La reforma que (afortunadamente) este año no será <i>Por Emilio García Méndez</i>	257
ANEXOS NORMATIVOS		259

INTRODUCCIÓN.

LA RESPONSABILIDAD PENAL
JUVENIL COMO CUESTIÓN
EMBLEMÁTICA DE LA
DEMOCRACIA

Por Emilio García Méndez

“Hace no muchos años el debate era si los cambios se producían en nuestras sociedades mediante la revolución o la reforma. Actualmente, el cambio no se produce ni por lo uno ni por lo otro, ese ya no es el debate, sino por un encadenamiento catastrófico de factores en principio desconectados”.

Daniel Innerarity, *Política para perplejos*,
ed. Galaxia Gutenberg, 2018.

1. EL PUNTO DE PARTIDA

El hallazgo en el Archivo General de la Nación de las actas originales del debate que en el seno de la Comisión de Asesoramiento Legislativo (burdo aparato legislativo de la dictadura sobre el que más adelante se volverá en detalle), dio origen al régimen penal de la minoridad hoy vigente (decreto 22.278 de 1980), constituyó el punto de partida de esta investigación.

No fue en este caso una mera curiosidad de archivista. Por el contrario, se trató de una excelente oportunidad para conocer la génesis de una normativa tan representativa cuanto emblemática de algunas de nuestras miserias pasadas y presentes. Una normativa defendida por diversos grupos que, por otra parte, aparecen profundamente enfrentados en los planos político e ideológico.

Una normativa, apta para una profunda reflexión sobre una parte considerable de nuestros más graves problemas. Una oportunidad para

indagar, una vez más¹, en nuestra tortuosa relación con la ley y sobre todo en nuestra profunda dificultad para asumir la responsabilidad por nuestras acciones. En otras palabras, una oportunidad para poder mirarnos en el espejo.

Este es, en definitiva, el sentido más profundo de esta investigación.

2. EL DECRETO DE VIDELA (22.278 DE 1980)

El Régimen Penal de la Minoridad de la dictadura (decreto 22.278 de 1980) cumple 38 años. Seguramente al futuro de este régimen le corresponden las generales de la ley expresadas en el epígrafe que encabeza este estudio introductorio. Hace ya casi tantos años como los que tiene de vigencia hoy el decreto de la dictadura, que se discute la reforma de este “régimen penal de la minoridad”, que ha provocado más de una docena de sentencias de reclusión perpetua a menores de edad y una de las varias (cuatro) condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado argentino solo en temas de infancia. Ni que hablar del número de menores de 16 años privados de libertad ilegalmente y sistemáticamente ocultados por el Estado nacional y los respectivos estados provinciales. Los menores de 16 años, también ignorados por vastos sectores de la sociedad civil.

Resulta imperioso reconstruir esta historia porque al fin de cuentas, como afirmaba ese brillante e inclasificable filósofo que fue George Santayana², “aquellos que no conocen su historia están condenados a repetirla”. Exactamente eso, y para colmo con actores políticos de signos político e ideológicos que han ido cambiando con el paso del tiempo, es lo que ha estado sucediendo en estos últimos años.

¹ Existe un texto, hoy clásico, que analiza nuestra relación con la ley. Me refiero al libro de Carlos Nino, *Un país al margen de la ley*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 1992. Otro texto, mucho menos conocido, pero no menos incisivo en tratar de explicar los orígenes de esta anomalía argentina es el de Norberto Ras, *El gaucho y la ley*, Carlos Marchesi Ed., Montevideo, 1992.

² Sobre la vida y obra de George Santayana, un filósofo tan brillante cuanto inclasificable, nada mejor que su autobiografía hoy reunida en un único volumen. *Personas y lugares. Fragmentos de una autobiografía*, Ed. Trotta, 2002.

3. LA ANOMALÍA COMO REGLA

La Argentina es el único país de América Latina que no posee una Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (LRPJ). ¿Por qué? Uno de los motivos de sobra conocido, remite a un problema que, como todo el mundo sabe, no tiene solución.

Desde Agote, autor de la Ley de Patronato 10.903 de 1919, hasta algunos conspicuos representantes del “progresismo” actual, la pregunta esencial permanece inmodificada. ¿Cómo adoptar medidas coercitivas, que son la esencia de la cuestión penal, con los inimputables penalmente? Inimputables a los que, por otra parte, el decreto 22.278 agrega además su condición de no punibles.

¿Cómo negar el concepto de responsabilidad penal de los menores de edad y al mismo tiempo satisfacer las pretensiones punitivas de la sociedad?

Nadie llegó más absurdamente cerca de “resolver” esta pregunta sin respuesta, este verdadero nudo gordiano, que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en su triste y vergonzoso fallo del año 2005 en el que legitimó el uso de la privación de libertad como forma de “protección” para los menores no punibles³. Un nudo gordiano que, para utilizar la lúcida observación de Norberto Bobbio, ni los intelectuales fueron capaces de desatar, ni los políticos de cortar⁴.

Pero al volver a la sentencia de la corte, se trata de un fallo que, por su increíble nivel de arbitrariedad se ha convertido en un extraordinario precedente, mucho más del capricho de algunos jueces (y la indiferencia de otros) que, de las decisiones de los tribunales inferiores⁵.

³ Se trata del fallo de la CSJN del 2/12/2008, García Méndez-Musa. Fallo 331:2691. “Recurso de hecho de García Méndez Emilio y Musa Laura sobre Habeas Corpus Colectivo a favor de menores de 16 años privados de libertad en el Instituto Gral. San Martín de la Ciudad de Buenos Aires”.

⁴ Esta idea fue abordada por primera vez por Norberto Bobbio en un coloquio político en 1977. En castellano se encuentra en un libro que reúne mucho de sus artículos acerca de la relación entre los intelectuales y el poder, *La duda y la elección. Intelectuales y poder en la sociedad contemporánea*. Ed. Paidós Ibérico, 1997.

⁵ Me refiero explícita y específicamente al caso del juez de la corte Eugenio Raúl Zaffaroni. Este posee una larga historia según la cual ha incorporado sus muchas veces delirantes teorías personales en sus sentencias. Al asumir muchas veces posiciones explícita y radicalmente contrarias al derecho positivo vigente. Hace muchos años, al ser un Juez

Un fallo que resulta un ejemplo extraordinario de esquizofrenia jurídica⁶.

Es verdad que este dilema esquizofrénico es común en sus orígenes a todos los países de la región. Lo que marca nuestra singularidad y anomalía, en cambio, es su solitaria persistencia hasta nuestros días. Tengase presente que este dilema fue resuelto largamente en el resto de los países de la región con la aprobación a partir de la década de los noventa del siglo pasado, de leyes de Responsabilidad Penal Juvenil en cumplimiento de lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño.

La historia de la cuestión penal juvenil en Argentina está, sin duda, en el pasado de todos los países de la región y, tal vez, como pesadilla, en el futuro de muchos. Aquellas corrientes actuales que con mucha rigurosidad podemos denominar neomenoristas⁷, es decir, la de aquellos que demagógicamente rechazan que un sujeto de derecho sea necesariamente un sujeto de responsabilidades y, en consecuencia, niegan o minimizan el carácter penal de la responsabilidad de los adolescentes, y empujan en forma objetiva y paradójica hacia la expansión y consolidación del modelo que nada representa mejor que el decreto de la dictadura argentina.

Un nuevo pacto no escrito parece dibujarse en el horizonte entre un progresismo bobo, que niega el carácter penal de la responsabilidad

de Sentencia convalidado por la dictadura y apenas recuperada la democracia, explicó en una larga entrevista a la *Revista Humor*, que él poseía criterios personales para conceder o negar la excarcelación de un detenido, según considerara subjetivamente la existencia o no de peligro para él mismo, al margen de lo establecido por la ley. Esta es la misma absurda lógica que inspiró este aberrante fallo que, muchos años más tarde firmará como Juez de la Suprema Corte.

⁶ El carácter esquizofrénico de fallo de la Corte arriba citado no tiene nada de metafórico. Luego de criticar durante prácticamente todo el texto el contenido del decreto, en las dos últimas páginas, no hace otra cosa que declararlo constitucional. Juzgue el lector por sí mismo el carácter no metafórico de la atribución de esquizofrénico al mismo.

⁷ El concepto de neomenorismo nace probablemente en Brasil y es patrimonio de uno de los más brillantes miembros de la Comisión de redacción del Estatuto del Niño y el Adolescente. El Dr. Fernando Amaral e Silva. El mismo hace referencia a aquellos que, habiendo participado de la derogación del orden jurídico menorista en 1990 con la aprobación del Estatuto del Niño y el Adolescente en 1990, más tarde pensaron que se estaba yendo demasiado lejos y demasiado rápido en la consideración de los menores de edad como sujetos plenos de derecho. En su versión argentina, el neomenorismo criollo se concentra básicamente en la triste defensa del decreto de la dictadura 22.278.

INTRODUCCIÓN

de los menores de edad y un retribucionismo hipócrita que percibe en esa negativa una excelente oportunidad para bajar la edad de la impuntabilidad. Entreguémosle a los mayores de 16 años al derecho penal puro y duro mientras volvemos a la discrecionalidad tutelar paternalista con los menores de esa edad⁸. Una “solución” que, como se verá, se encuentra en las antípodas de una buena ley penal juvenil y por ende de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN). He aquí otro de los motivos decisivos para escribir esta historia.

4. LA ERA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La sangrienta dictadura cívico militar instaurada en Argentina en marzo de 1976 tuvo efectos paradójicos. Luego de su derrumbe, los movimientos sociales de la época incorporaron una parte considerable de los esfuerzos que en el plano internacional tomaba la forma de tratados internacionales en materia de derechos humanos. Se trataba de una fase ulterior y superior del proceso iniciado al fin de la Segunda Guerra Mundial con el nacimiento de los derechos humanos modernos.

Estos esfuerzos fueron cuajando gradualmente en un constitucionalismo de los derechos humanos que llevó a Norberto Bobbio, en un libro que recoge sus más interesantes artículos en la materia, a afirmar que en la era de los derechos humanos el problema no consistía tanto en el de su fundamentación sino en el de la implementación de los mismos⁹.

Así, con el retorno de la democracia, una parte considerable del movimiento social argentino, se transformó en un vasto movimiento de derechos humanos. Una fuerte autonomía relativa en relación con los movimientos político partidarios caracterizó el accionar de los movimientos sociales en los primeros años posteriores al fin de la dictadura.

⁸ Esta idea podría resumirse en la confluencia de intereses entre el retribucionismo punitivista y el tutelarismo neomenorista según la cual sería necesario dibujar una nueva frontera etaria entre los mayores y menores de 16 años. Según este nuevo pacto, se entregarían a los mayores de 16 años al derecho penal puro y duro, mientras se volvería al tutelarismo sin garantías para los menores de esa edad. Para el desarrollo completo de esta idea cfr. Emilio García Méndez, “¿Hacia dónde van los derechos de la infancia?: la responsabilidad penal juvenil en la encrucijada”, en, *Infancia ¿Para dónde van sus derechos?*, Ediciones Didot. Buenos Aires, 2017, pp. 11-31.

⁹ Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

El largo y sinuoso camino del juicio a los responsables de la represión ilegal dominó la materia sin por eso constituirse en excluyente de otros temas.

En la onda de este impulso, uno a uno aquellos temas sensibles y largamente postergados fueron modelando el contenido de las luchas políticas y sociales de la época. No pocas fueron las transformaciones que cobraron forma fundamentalmente en el plano de las relaciones familiares. Del divorcio al matrimonio igualitario, una serie de cuestiones que parecían eternas e inmodificables fueron objeto de reformas, la más de las veces, votadas en forma multipartidaria.

Hasta el aborto, el más tabú de los temas en relación con su debate público, parece haber cedido, en estos días, a las resistencias de una consideración más desprejuiciada en su tratamiento, al margen del más largo o más corto camino para su eventual transformación en ley, y al margen también de las motivaciones reales para colocarlo en la agenda pública.

Incluso la propia cuestión de la seguridad, verdadero talón de Aquiles de la democracia, fue objeto de diversos tipos de debates tan controversiales cuanto fragmentarios desde el punto de vista político.

5. LA CUESTIÓN PENAL JUVENIL

En este contexto, la cuestión penal juvenil se convirtió no solo en el núcleo más duro de resistencia a cualquier tipo de reforma, sino en la zona más oscura e inescrutable de flagrantes violaciones a los derechos humanos.

A esta situación, ya de por sí problemática y que permanece sin cambios hasta nuestros días se sumó el fenómeno, muy poco analizado, de cooptación de buena parte del movimiento por los derechos humanos. En todo caso, fueron motivaciones políticas, ajenas al tema penal juvenil propiamente dicho, además de cuestiones culturales muy profundas que también serán objeto de análisis más adelante, las que hicieron naufragar los últimos intentos serios para aprobar una buena Ley de Responsabilidad Penal Juvenil.

Podría decirse que la cuestión de los menores de edad y no solo de aquellos en conflicto con la ley, resulta un área abandonada por los gobiernos frente a exigencias coyunturales del poder, también por una

INTRODUCCIÓN

parte de los movimientos sociales como lo demuestra la posición del feminismo en el reciente debate sobre el aborto¹⁰.

Aun a riesgo de aparecer como una digresión, pero para concretar lo enunciado al respecto más arriba, digamos en pocas palabras cuales son las condiciones que permiten determinar con un relativamente alto nivel de objetividad en qué consiste la existencia de una buena ley penal juvenil.

Desde la aprobación de la CIDN (Convención Internacional de los Derechos del Niño), una buena Ley Penal Juvenil no está sometida a opiniones arbitrarias, o meramente subjetivas y discrecionales. En este sentido, se podría decir que parte del proceso de positivización de los derechos humanos de los menores de 18 años, tal como lo establece la CIDN en sus arts. 37 y 40 que opta claramente por un sistema de responsabilidad penal específica, y abandona, tanto un modelo tutelar, cuanto un modelo de plena imputabilidad equiparado al de los adultos.

Varios son los componentes objetivos de una buena ley de este tipo en prácticamente todos los países del mundo que, como Argentina, han ratificado la CIDN. Componentes que involucran a los tres poderes del Estado.

En primer lugar, vinculado explícitamente a la competencia y responsabilidad del Poder Legislativo, se trata de incorporar los principios de la Convención y de las garantías constitucionales de carácter universal que deben regir para todos los habitantes de un país sin ningún tipo de excepción como condición necesaria, aunque no suficiente para una buena ley. Se trata, en todo caso, como tema central en este ámbito, de prever normativamente las sanciones penales (muy particularmente la privación de libertad) como medida excepcional, último recurso y por el menor tiempo posible (art 37 inc. b de la CIDN). La idea en todo caso reside en la previsión normativa de utilizar las sanciones penales como la respuesta más seria del Estado a los delitos graves que cometen los menores de edad y no como una especie de política social reforzada para los adolescentes pobres de las periferias urbanas. En segundo lugar, y como obligación básica del Poder Ejecutivo surge la responsabilidad de establecer medidas alternativas a la privación de libertad para aquellos

¹⁰ En el reciente debate legislativo sobre el aborto, las menores de edad fueron la primera moneda de cambio del movimiento feminista. Este movimiento comenzó por ceder en lo que respecta a la capacidad de las menores de 16 años para decidir sobre su propio cuerpo. A propósito, ver dictamen de mayoría del martes 12 de junio de 2018, artículo 5.

delitos que, sin ser graves ni banales exigen una respuesta del estado, que de ningún modo implican la utilización de la medida de privación de libertad. Es bueno y útil recordar aquí, que cuando el estado no da respuestas serias, la sociedad tiende a dar respuestas no solo desproporcionadas sino también brutales. En tercer lugar, y téngase en cuenta que esta condición en algunos países se ubica en el área del Poder Ejecutivo y en otras del Poder Judicial, se trata de establecer una defensa pública fuerte, independiente y sin crisis de identidad¹¹. Una defensa que se constituya en condición real de efectivo cumplimiento de las garantías establecidas en el plano normativo.

Por último, y como cuarta condición, se trata de la existencia de un Poder Judicial dispuesto a interpretar con seriedad el tipo de normas a las que más arriba se ha hecho mención.

Indagar en la “peculiaridad” del caso argentino consiste aquí en el análisis de aquellos hechos que, ajenos a la cuestión penal juvenil propiamente dicha, hicieron naufragar su aprobación como diversamente ocurrió en el resto de los países de la región. Indagar en estas peculiaridades, constituyó otra de las motivaciones importantes para emprender esta investigación que ahora toma la forma de libro.

6. UN EXTRAÑO ANIMAL: EL PROGRESISMO JURÍDICO ARGENTINO

Ni la persistencia en el plano normativo de un “Régimen Penal de la Minoridad” (decreto 22.278 de 1980) que, como muy bien permite develar plenamente el análisis histórico que este libro emprende, la dictadura de ninguna manera inventó, pero hizo suya a instancias de la corporación judicial, ni condiciones materiales deplorables en las prácticas de privación de libertad, lograron constituirse en motivos suficientes para lograr la necesaria transformación legal.

¹¹ El concepto de crisis de identidad de la defensa se refiere, o a la permanente práctica del cálculo político coyuntural como condición determinante previa a la actuación técnico jurídica o al ánimo del defensor de sentirse mucho más un colaborador del juez o del fiscal que a tener un compromiso inquebrantable con el cliente que, en este caso, es el adolescente infractor. He desarrollado más extensamente estos argumentos en “La defensa jurídica y la legitimidad de los sistemas de administración de justicia para la infancia”, en *Infancia ¿Para dónde van sus derechos?*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017, pp. 373-383.

INTRODUCCIÓN

Ni la media sanción unánime por el Senado de un excelente Proyecto de Responsabilidad Penal Juvenil a fines del 2009, consiguió evitar un curioso movimiento “multipartidario” de contrarreforma que bloqueó cualquier posibilidad de tratamiento legislativo en la Cámara de Diputados durante el año 2010.

Dicho proyecto disponía la creación de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil entre los 14 a los 18 años, que establecía todas las garantías del debido proceso restringía el uso de la privación de libertad solo para una serie de delitos graves taxativamente estipulados. Así, el máximo de privación de libertad para la franja de 14 y 15 años era de tres años y para la franja de 16 y 17, años 5 años, y puede llegar a un máximo de 8 años cuando se tratare de concurso real de dos o más de los delitos graves que habilitaban la privación de libertad¹².

Una reacción “progresista” de tipo transversal donde la voz cantante fue tomada por las diputadas Diana Conti (Frente para la Victoria) y Margarita Stolbizer (GEN), dos diputadas profundamente enfrentadas en el plano político general pero unidas emblemáticamente frente al tratamiento de la cuestión penal juvenil, hizo naufragar la aprobación de la media sanción de senadores lo que envió el proyecto a una vía muerta que motivo su archivamiento y clausuró, hasta hoy, cualquier posibilidad sería de discusión.

Esta investigación se propuso indagar también en las peculiaridades de los argumentos desarrollados en torno a la resistencia a establecer un régimen penal juvenil, exactamente en los términos en que este existe en todos los países de América Latina. Básicamente una responsabilidad penal altamente diferenciada, en el proceso y en la intensidad de las penas en relación con los adultos, para los menores de edad a partir de los 12 años en Brasil, 13 años en Uruguay y 14 como en la gran mayoría de los países de la región.

Resulta por lo menos llamativo que no obstante aquello que normativamente dispone y además la práctica confirma, la ley peronista de 1954¹³ se haya convertido 26 años después en Régimen Penal de la Mino-

¹² El proyecto de ley de RPJ (Régimen Penal Juvenil) aprobado por unanimidad en el Senado de la Nación en diciembre de 2009 se encuentra completo en los anexos de esta publicación.

¹³ Sobre la construcción de la ley 14.394 del 1954, que en más de un 90 % coincide con el futuro decreto de la dictadura, véase el capítulo IV de este libro.

ridad de la dictadura. Resulta por lo menos curioso que la resistencia a su derogación se haya organizado desde posiciones que se pretenden progresistas. Un ejemplo, por otra parte, del hecho de que hoy muchos conceptos (entre ellos el de progresista) se han vuelto cáscaras vacías sin el menor significado. Un progresismo por sobre todas las cosas corporativo y superficial que no consigue enfrentar con rigurosidad la cuestión de la responsabilidad a la que volveremos en detalle sobre el final de esta introducción¹⁴.

La plena imputabilidad de los mayores de 16 años y la total discrecionalidad, que incluye la efectiva privación de libertad sin el menor atisbo de debido proceso de los menores de 16 años, jurídicamente inimputables y además no punibles, es la realidad efectivamente defendida por el variopinto conglomerado de resistencia a la derogación del mencionado decreto.

¿Qué existe de atractivo en una solución como la que contiene este decreto que lleva 38 años de vigencia? ¿Qué explica su absurda permanencia?

El interrogante adquiere aquí una dimensión especial en la medida en que no son precisamente los sectores más explícitamente conservadores y represivos los que se sitúan en la primera línea de defensa de este adefesio jurídico, que flagrantemente viola todos los compromisos internacionales que el país ha suscripto en la materia. En otras palabras, ¿por qué la derecha más recalcitrante no aparece en la primera línea de defensa del proyecto de la dictadura? La respuesta es simple y sencilla. Porque no le hace falta, porque esa tarea la asume ese extraño animal denominado progresismo argentino.

Este proceso posee varias peculiaridades que resulta importante desmenuzar a partir de su análisis paciente y detallado.

La primera peculiaridad consiste en que la manutención del decreto se realiza, no al defender sus efectos reales, sino precisamente al ignorarlos deliberadamente.

La ausencia de información cuantitativa en torno a los menores de edad en general y muy especialmente en relación a los menores inimputables

¹⁴ El carácter verdaderamente variopinto del conglomerado que resiste a la derogación del decreto de la dictadura 22.278, que incluye desde lo más rancio del corporativismo judicial menorista, al “progresismo” radicalizado de algunas ONGs, solo se explica por el carácter hegemónico del rechazo a la responsabilidad penal, aunque no a la represión desmesurada y sin garantías.

INTRODUCCIÓN

privados de libertad ha sido el núcleo central y silencioso de estos esfuerzos por la mantención del status quo. No me parece exagerado afirmar que el ocultamiento de información cuantitativa en relación con los menores inimputables, más que un efecto de la desorganización administrativa imperante ha sido un componente importante de la política criminal en la materia hasta nuestros días.

Defender objetivamente la vigencia de este régimen penal y, al mismo tiempo, admitir la existencia de un número significativo de menores de 16 años privados de libertad resulta una realidad difícil de asimilar y mucho más de defender¹⁵.

El segundo punto, se refiere a los cambios en el comando del heterogéneo bloque de resistencia a cumplir, nada menos con el mandato específico de la Convención en torno a sus claras específicas disposiciones contenidas en los artículos 37 y 40 de la CIDN, que claramente disponen la necesidad de establecer un verdadero Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil (SRPJ).

En relación con el primer punto, puede decirse, como ya se anticipó, que los argumentos se organizan, curiosamente, en torno a la ignorancia deliberada del estado real de situación efectivamente existente de los menores de 16 años. Ello, tanto desde el punto de vista normativo, cuanto desde el punto de vista fáctico. En otras palabras, tanto de su condición normativa, cuanto de su condición material.

Por más caprichosa y retorcida que sea la interpretación del régimen penal de la dictadura, resulta complicado desconocer (como efectivamente lo hacen estos grupos de resistencia a la derogación del decreto de la dictadura), que según el mismo se establece la plena imputabilidad penal a partir de los 16 años, al mismo tiempo que se verifica la disposición discrecional tutelar sin ningún tipo de garantías para los menores de 16 años.

El absurdo argumento que afirma que establecer una responsabilidad penal específica de los adolescentes constituye una violación al principio de no regresividad es la falacia central sobre la que se asienta este razonamiento.

¹⁵ Relevamiento Nacional sobre adolescentes en conflicto con la Ley Penal, Unicef-Argentina, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación Argentina, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, 2015.

Nada hay, por el contrario, más progresivo en materia de DDHH que establecer un régimen de responsabilidad penal adolescente entre los 14 y los 18 años (recuérdese que en Brasil esta responsabilidad comienza a los 12 años y en el Uruguay a los 13). No solo porque en el caso argentino implicaría elevar la imputabilidad penal de los 16 actuales a los 18, sino porque además permitiría el debido proceso para los menores de 16, al abandonar el uso discrecional de la privación de libertad como forma bastarda de política social tal como hoy se propone y se aplica.

En la práctica, téngase presente que bajo el régimen jurídico vigente un número impreciso—porque sistemáticamente se ocultan desde hace mucho tiempo las cifras oficiales—pero significativo de menores de 16 años privados secreta y clandestinamente de libertad constituyen el único colectivo de seres humanos detenidos sin el menor atisbo de debido proceso legal en la República Argentina. En este punto y en la peor de sus acepciones, podría decirse que hace muchos años existe una “política de Estado” en la materia, una política que estableció una asombrosa continuidad no obstante el cambio de gobierno en diciembre de 2015.

Esta realidad es la que inútilmente intenta enmascararse bajo la frase hueca de defender la responsabilidad a partir de los 16 años. En esta línea, se ocultan sistemáticamente las prácticas de privación de libertad por debajo de esa edad con el eufemismo de que por debajo de los 16 años, corresponden y deberían corresponder unas nunca definidas “políticas sociales”. Políticas de las cuales, por otra parte, son titulares todos los menores de edad independientemente de su situación jurídica específica.

En los hechos, esta vagas e imprecisas alusiones a las políticas sociales no ocultan otra cosa que efectivas prácticas vergonzantes de privación de libertad de un colectivo de personas que todavía cínicamente se denominan inimputables.

Este caprichoso y falso argumento para, de hecho, defender la permanencia del régimen penal de la dictadura, se complementa con el no menos caprichoso y falaz argumento según el cual, las reformas procesales a nivel provincial encerrarían la existencia de un régimen penal juvenil que convertiría en superfluo e innecesario la derogación del decreto 22.278. Más aún, se sostiene contra toda evidencia, que representan las penas más brutales de adultos aplicadas a menores

INTRODUCCIÓN

de edad, que el decreto de la dictadura contiene un SRPJ adecuado a la Convención¹⁶.

Al respecto téngase presente, para dar solo un ejemplo contundente sobre el carácter ridículo de un argumento como este, que ni las mencionadas reformas procesales y ni siquiera la condena explícita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con las sentencias a reclusión perpetua contra menores de edad (caso Mendoza 14/5/2013), han logrado que el sistema judicial argentino desista de esta práctica de carácter aberrante. Muy recientemente y posterior al fallo Mendoza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el tribunal superior de justicia de la provincia de Corrientes ha confirmado una nueva sentencia de reclusión perpetua proferida contra un menor de edad¹⁷ sin que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se haya hasta la fecha pronunciado al respecto.

El segundo punto, resulta todavía más complejo y difícil de comprender. Mientras que durante muchos años la resistencia a establecer las garantías del debido proceso por debajo de los 16 años estuvo comandada por los viejos jueces de menores con el impulso decidido de ese monstruo hermafrodita e inconstitucional que representa la figura del asesor de menores¹⁸, hoy la dirección e iniciativa ha pasado a manos de algunos organismos de la sociedad civil cuya constante resulta fundamentalmente del hecho de que sus intereses inmediatos aparecen fuertemente entrelazados con el poder político dominante del gobierno de turno.

¹⁶ Para un relevamiento y crítica actualizada y detallada de esta posición confróntese el trabajo (inédito) de Catalina Vázquez, “Las leyes procesales provinciales para menores de edad y el decreto de régimen penal de la minoridad de la dictadura”, 2018.

¹⁷ En mayo de 2017 el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes rechazó un recurso de revisión de un defensor oficial frente a una sentencia a reclusión perpetua impuesta a un menor de edad que tenía 17 años al momento del hecho. Sin embargo, en su sentencia, los jueces correntinos expresaron que “no es posible disgregar del análisis el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 17 de febrero del 2017 en los autos caratulados: ‘Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos’”. En tal sentencia, el máximo tribunal argentino dispuso que tribunales internacionales como la CIDH, aun cuando el país haya firmado tratados de adhesión, no puedan revocar sus fallos.

¹⁸ El Asesor de Menores, una figura a todas luces inconstitucional, constituye un adehesio jurídico que debe representar al mismo tiempo los intereses del menor y de la sociedad y que además desarrolla funciones de juez sin serlo.

Estas confusiones político-ideológicas ayudan a explicar algunos fenómenos que raramente se presentan en otros contextos nacionales.

Por diversos motivos, difíciles, pero no imposibles de explicar, las diversas posiciones en materia de políticas de seguridad, presentaban y presentan una posición única en el tema relativo a la cuestión penal juvenil. La defensa sin fisuras del statu quo vigente en materia normativa y obviamente de su correlato político institucional.

La hipocresía y la renuncia a indagar en las consecuencias reales de la aplicación del mencionado decreto de la dictadura constituyen la base común de posturas aparentemente antagónicas que, en este caso, confluyen en una única posición.

Por eso, en este libro se dedica, por primera vez, una considerable atención a las vicisitudes de todos los debates, desde la vuelta de la democracia hasta nuestros días, destinados no solo a derogar el Régimen Penal de la Minoridad de la dictadura, sino también a establecer un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, tal como, ya se señaló, existe en todos los países de la región con excepción de Argentina (crf. capítulo IV).

7. LA CUESTIÓN DEL ORDEN DEMOCRÁTICO Y DE LA RESPONSABILIDAD EN LA CULTURA POLÍTICA ARGENTINA. UN ENIGMA A DESENTRAÑAR

Algo parece haber en la cuestión de la responsabilidad que la coloca entre nosotros en un lugar tan peculiar cuanto aparentemente incomprendible. Algo que representa y condensa una parte más que significativa de nuestra historia. Desentrañar este enigma que, por otra parte, amenaza a devorarnos como sociedad, constituye otra de las tantas motivaciones para abordar este texto.

Dos convicciones profundas de naturaleza “metodológica” me acompañan hace muchísimos años. Encarar esta empresa requiere hoy más que nunca un doble enfoque: histórico y crítico.

Nunca ha sido tan apremiante y verdadero como en este caso, aquello de que para saber dónde y cómo estamos resulta imperioso saber de dónde venimos. No pocas resultan las novedades, que surgen directamente de la investigación que hemos emprendido, incluso para aquellos

INTRODUCCIÓN

que hace años estamos en el tema, que todavía nos depara una consecuente perspectiva histórica como la que propone este libro.

Entre ellas, descubrir que el “novedoso” fallo Maldonado tiene casi cien años de antigüedad, tal como resulta claro del capítulo IV.2, que la base del decreto 22.278 es en realidad una ley peronista de 1954 y que en la propuesta de esta última poco o nada ha tenido que ver la política y sí la corporación judicial, son solo algunas de ellas¹⁹.

Este libro pretende además conjugar dos intenciones diversas pero complementarias. Por un lado, arrojar un poco de más de luz a través del análisis crítico en torno a la cuestión penal juvenil y, por el otro, convertirse en un texto de referencia, reuniendo la mayor cantidad de documentación posible, incluida en los anexos, de manera que pueda convertirse en un texto de consulta y referencia para cualquier proceso serio de reforma legal que en lo mediato o inmediato y, por razones imprevisibles, pueda desencadenarse en la Argentina.

Este libro se propone entonces una historia crítica de la cuestión penal juvenil en la Argentina. ¿Por qué? Por varios motivos, más allá de los ya esbozados en forma sumaria.

En primer lugar, porque todavía nadie lo ha intentado. La poca literatura existente en la materia puede clasificarse, a grandes rasgos, en dos grandes grupos. De un lado, los análisis jurídicos tan formales cuanto superficiales, que poco o nada dicen acerca de lo que realmente ocurre en este ámbito más allá de la dimensión normativa abstracta y formal y su deliberada confusión del deber ser con el ser y, del otro, historias de vida, muchas de ellas tan conmovedoras como inútiles, para entender el motivo de su existencia.

Nada más lejos que estos dos ejemplos, de las intenciones que animan este texto. En todo caso, se trata aquí, de intentar una historia crítica de las leyes y las instituciones que ayuden a entender, tanto la razón de ser de la normativa existente, cuanto algunas de dichas historias de vida, así como de dilucidar en qué medida las diversas posiciones en torno a la cuestión penal juvenil contribuyen a explicar alguno de los dilemas centrales que amenazan nuestra propia existencia política y social.

¹⁹ Esta idea fundamental para una adecuada comprensión tanto de esta ley cuanto de su reencarnación en el decreto 22.278 la desarrolla Sebastián Vázquez en el capítulo III.3.

De este modo, el tema de la responsabilidad a secas y no solo de la penal juvenil y el de la construcción de un orden legítimo a través de la represión legal de los comportamientos violatorios de la ley penal, emergen como dos núcleos de problemas que es no solo posible sino imprescindible abordar desde la cuestión penal juvenil específicamente.

Ello en la medida en que la responsabilidad penal juvenil se constituye en cuestión emblemática y en la punta del iceberg de problemas de naturaleza mucho más profunda y compleja.

Por lo demás, esta es una historia crítica de la cuestión penal juvenil en la Argentina, en la acepción más modesta del propio concepto de crítica. Una historia crítica, en el simple sentido de no aceptar automáticamente que las cosas sean siempre tal cual aparecen frente a nuestros ojos. A veces, por detrás de las apariencias las cosas resultan francamente diversas. Muy especialmente en el campo de la infancia donde la experiencia es bastante terca en mostrar que buena parte de las peores atrocidades contra esta, se han cometido mucho más en nombre del amor y la compasión, que en nombre de la propia represión. Prácticas reiterativas que en otros lugares he denominado de “crueldad bondadosa”²⁰.

Si el enfoque histórico es entonces necesario para evitar una incesante repetición sin comprensión, tal como lo advierte la conocida y agudísima expresión de George Santayana al inicio citada, el enfoque crítico es imprescindible para separar las apariencias de la realidad.

En segundo lugar, porque tal vez una historia de este tipo podría darnos algunos indicios para mejor entender una cuestión crucial de nuestra historia: el repetido fracaso de los sucesivos intentos por crear un orden social legítimo con base en la ley. Una ley que reúna dos simples condiciones cual es la de ser abstracta y universal. En otras palabras, una ley democrática que efectivamente pueda constituirse en un mediador eficaz de los conflictos sociales como alternativa a la incesante violencia que recorre nuestra historia²¹.

²⁰ He utilizado el concepto de “crueldad bondadosa” para designar a buena parte de las prácticas tutelares inspirado en un extraordinario trabajo del historiador inglés Hugh Cunningham que relata las prácticas de Barnardo un filántropo inglés del siglo XIX que proponía fundar colonias en Canadá con los niños abandonados ingleses. Barnardo denominaba esta práctica el “secuestro filantrópico” (sic). Cfr. Hugh Cunningham, *The Children of the Poor*, Ed. Blackwell, Londres, 1991.

²¹ Sobre el carácter revolucionario de la ley entendida como instrumento abstracto y universal reenvió a la extraordinaria conferencia proferida por el gran jurista italiano

INTRODUCCIÓN

Entre nosotros, como alguna vez lo señaló ese gran historiador que fue Tulio Halperín Donghi, la incapacidad de predicar con el ejemplo ha determinado que “el Estado posea el monopolio de uso legítimo de la violencia con la condición de que no la use”.

Si existe una constante en este campo, parece ser y reflejarse en el carácter pendular del pensamiento que más o menos explícitamente determina y explica nuestras políticas de seguridad. Desde la ambigüedad cómplice frente a los ilícitos penales de la marginalidad, hasta la irracionalidad de una mano dura sin sentido y sin la menor consecuencia real sobre los problemas que declara pretender resolver.

En otras palabras, entender el tema de la responsabilidad en general y de la cuestión penal juvenil en particular, como elemento clave de un enigma que no solo no consigue ser resuelto, sino que continúa devorándonos como sociedad es también, como ya se afirmó, es uno de los objetivos de esta obra.

Este libro de “historia” ha sido pensado y escrito colectivamente por tres autores, ninguno de los cuales es, ni pretende ser, un historiador profesional. Dos de ellos jóvenes investigadores provenientes del Derecho en un caso y de la Ciencia Política en el otro y, quien escribe este estudio preliminar y que, de alguna manera, pretende cerrar con este estudio reflexiones iniciadas hace más de 30 años²².

Una articulación, por otra parte, imprescindible para entender las dos dimensiones centrales que componen nuestro objeto de estudio: el derecho y la política.

En mi caso estrictamente personal, tengo la impresión o mejor dicho la esperanza, tal como he dicho más arriba, de que este texto me permita de alguna manera concluir un ciclo iniciado hace más de 30 años cuando, apartándome de los temas tradiciones de la criminología, me embarqué en el inexplorado y apasionante tema del control socio-penal de la infancia²³.

Piero Calamandrei sostenida en Florencia en pleno auge del fascismo. Cfr. Piero Calamandrei (edición a cargo de Silvia Clamandrei), *Fedenel Diritto*, Ed. Laterza, Bari, 2008.

²² Percibí tempranamente la necesidad del enfoque histórico en las cuestiones referidas a la infancia. Este enfoque ha quedado plasmado en dos libros sobre la historia del tratamiento jurídico institucional de la infancia en América Latina. *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990 y *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.

²³ Me refiero al texto de mi autoría “Para una historia del control socio penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”, en *Infancia ¿Para*

8. ARGENTINA: ¿UN PIONERO DE LA CUESTIÓN TUTELAR O DEL DOBLE DISCURSO?

Para quien recorra en forma desprevenida y acrítica desde comienzos del siglo XX hasta nuestros días las propuestas de tratamiento de los comportamientos “problemáticos” de los menores de edad, se encontrará con el predominio de un discurso que podríamos denominar de naturaleza no penal. El tratamiento social de cuestiones penales vinculadas a los menores de edad pareciera ser la impronta dominante en la materia. En consecuencia, pareciera que nada hay nuevo bajo el sol en los actuales discursos.

En otras palabras, ¿cómo reprimir sin asumir ninguna de las consecuencias de la represión? Una perspectiva que, invariablemente, deriva en el carácter ilegal o solapado de la represión. Tal vez, la aberrante práctica del carácter sistemático de la política de desapariciones forzadas, practicada por la última dictadura, encuentre aquí un elemento más, que ayude a entender su origen y desarrollo.

La reconstrucción normativa y social de la cuestión penal juvenil permite establecer la hipótesis acerca de que el tratamiento de esta cuestión comienza a presentar rasgos diferenciales en el contexto regional a partir de la aprobación de la ley de patronato en 1919. Se trata de la ley Agote o Ley de Patronato 10.903²⁴ de ese año.

Podría afirmarse que, hasta la aprobación de la ley de patronato la historia argentina en la materia resulta común a la de otros países de la región²⁵.

En ningún país, el tutelarismo adquirió los niveles de represión que alcanzó en la Argentina y en ningún país la represión alcanzó los niveles de enmascaramiento que tuvo en la Argentina. No es casual que la Ley de Patronato de 1919 haya sido la primera en su tipo, que haya abierto la

dónde van sus derechos?, Ediciones Didot. Buenos Aires, 2017, pp. 51-78. Este texto fue publicado originariamente en la *Revista Capítulo Criminológico*, n° 16, Maracaibo, 1988.

²⁴ El análisis relativo a la génesis y desarrollo de la Ley de Patronato se encuentra en el capítulo II de este libro.

²⁵ Una breve recorrida por los códigos penales latinoamericanos de fines del siglo XIX permite comprobar que, en términos generales, el tratamiento penal diferenciado de los menores de edad se restringía únicamente a una pequeña reducción de la pena establecida para los adultos.