

Punitivismo judicial y dictado de sentencias por parte de los jueces de menores en Argentina

Punitivismo judicial e sentenciamiento de juízes juvenis na Argentina

Judicial punitivism and sentencing by juvenile judges in Argentina

Silvia Guemuremana 1

1 Universidad de Buenos Aires, Argentina

a silviaguemureman@gmail.com

Resumen

En Argentina rige el decreto ley 22.278/80 en materia de regulación penal juvenil. Dicho decreto es un resabio de la última dictadura que no fue modificado pese a numerosas iniciativas legislativas que proponen sancionar sistemas o regímenes penales juveniles con estándares de derechos adecuados a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN). La no adecuación coloca al país en flagrante infracción y así fue manifestado en sucesivos informes del Comité de los Derechos del niño. Argentina también fue observada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por el dictado de sentencias condenatorias a prisión perpetua para quienes cometieron delitos siendo menores de edad, situación de particular gravedad, ya que la mayoría de los países de la región adecuaron sus legislaciones y fijaron topes a penas privativas de la libertad. Al fracaso legislativo, le sigue un punitivismo judicial de hecho. El objetivo del artículo es describir las claves del punitivismo a través del seguimiento de cinco fallos paradigmáticos dictados en los últimos años.

Resumo

Na Argentina, o Decreto-lei 22.278 / 80 rege a regulação criminal juvenil. Este decreto é um remanescente da última ditadura não foi alterada apesar das numerosas iniciativas legislativas da juventude proposto criminais sistemas de regimes de sanções ou padrões apropriados para a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CDC) direitos. A falta de adaptação coloca o país em flagrante e isso se manifestou em relatórios sucessivos do Comitê dos Direitos da Criança. Argentina também foi observado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) mediante a emissão de sentenças à prisão perpétua por aqueles que cometeram crimes como os menores, uma situação particularmente grave, uma vez que a maioria dos países da região adaptaram a sua legislação e eles estabelecem tetos para a privação de liberdade. Ao fracasso legislativo, segue-se um punitivismo judicial de fato. O objetivo do artigo é descrever as chaves do punitivismo através do acompanhamento de cinco fracassos paradigmáticos ditados nos últimos anos.

Palavras-chave: sentenças; prisão; justiça; joven; punitivismo

Abstract

In Argentina, decree law 22.278 / 80 governs juvenile criminal regulation. This decree is a remnant of the last dictatorship that was not modified despite numerous legislative initiatives that propose sanctioning systems or juvenile criminal regimes with standards of rights appropriate to the International Convention on the Rights of the Child (CIDN). The lack of adaptation places the country in flagrante infraction and this was manifested in successive reports of the Committee on the Rights of the child. Argentina was also observed by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) for the issuance of sentences

of life imprisonment for those who committed crimes while minors, a situation of particular seriousness, since most of the countries of the region adapted their laws and they set ceilings to deprivation of liberty. To the legislative failure, it follows a judicial punitivism in fact. The objective of the article is to describe the keys of punitivism through the follow-up of five paradigmatic failures dictated in recent years.

Keywords: sentences; imprisonment; justice; young; punitivism

Legislación nacional en materia penal juvenil

“La ley se refiere siempre a la espada. Pero un poder que tiene como tarea tomar la vida a su cargo necesita mecanismos continuos, reguladores y correctivos. (...) Un poder semejante debe calificar, medir, apreciar y jerarquizar (...); realiza distribuciones en torno a la norma” (Foucault 2002, 174).

En la Argentina las infracciones de los adolescentes que cometen delitos están reguladas por el decreto ley 22.278/80 dictado por la Comisión de Asesoramiento Legislativo durante la última dictadura cívico militar. Este decreto ley, también conocido como Régimen Penal de la Minoridad fue sancionado cuando el gobierno de facto creyó exorcizado el peligro de la subversión y con éste, el de los adolescentes y jóvenes que tenían activa participación política (Martinez Vivot 1981). En ese contexto fue posible sancionar un régimen penal que reclamaba para sí la potestad de reprochar penalmente por conductas contrarias a la ley penal a los adolescentes a partir de los 16 años. La intervención judicial bien podía comenzar en un momento anterior, sólo que esa intervención era de carácter tutelar y si bien podía extenderse hasta los 21 años, momento en que el adolescente devenido joven alcanzaba la mayoría de edad, no suponía

proceso penal alguno y no se traducían en ningún reproche de carácter penal. Esta particularidad de la ley dejaba amplio margen de discrecionalidad a los jueces de menores que tomaban intervención en las causas iniciadas. Su valoración respecto a la situación de vulnerabilidad, peligro o riesgo en que pudiera estar implicada la persona menor de edad, era la llave que abría y cerraba expedientes de disposición tutelar. También la persona del juez administraba las contingencias de esos expedientes tutelares y en ese marco auditaba las medidas tomadas en cuanto al seguimiento de los adolescentes involucrados en conductas disvaliosas, sea que permanecieran en el seno de sus familias de origen, en otros entornos familiares, o en entramados institucionales diversos. La amplia discrecionalidad de la que disponía el juez de menores fue profusamente criticada (Beloff 2005; Guemureman y Daroqui 2001; García Méndez 1991; García Méndez y Beloff 2004, entre otros).

Así ni bien se aprobó la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989, de la cual la Argentina fue uno de los primeros países en ratificarla, proliferaron numerosos proyectos legislativos tendientes a modificar la ley existente. Las motivaciones para derogar el régimen penal de la minoridad fueron diversas: para algunos legisladores solo se trataba de modificar los artículos que regulaban la edad de reproche penal; para otros, en cambio, se trataba de adecuar la legislación interna a los estándares de derechos consagrados internacionalmente y a los cuales el país había adherido. Los “reformistas” y los “innovadores” (Guemureman 2004) que a lo largo de casi veinte años de reforma frustrada, fueron evolucionando en tutelaristas, punitivistas, garantistas en estado puro; y una variedad de tipos “híbridos” (Guemureman 2018 y Guemureman y Bianchi 2019a). Ninguno de los grupos logró prevalecer

sobre otro, y así, el año 2019 muestra una Argentina en la que aún malherido, subsiste el régimen penal de la minoridad y marca el paso de las decisiones tomadas alrededor de los adolescentes infractores. Mientras la ley persiste, las prácticas cambian y se aggiornan a los climas punitivos de época. Así, en contextos de “pánico moral” (Cohen 1972) y sensibilidad punitiva exacerbada (Garland 1999), las prácticas judiciales tienden a endurecerse, y más aún si encuentran un paraguas legal laxo, flexible a las demandas de orden y seguridad, traducidas en violencias estatales extremas y punitivismos legislativos y judiciales[1] (Daroqui y Guemureman 2019). En el caso de los adolescentes y los jóvenes, postulo la hipótesis que el fracaso en la sanción de una nueva ley adecuada a los estándares internacionales de derechos establecidos como piso de garantías, es funcional a un punitivismo judicial de hecho, que encuentra en el dictado de sentencias condenatorias de montos muy altos de privación de libertad una de sus expresiones más tangibles. Baste pensar que en América Latina la mayoría de los países han adecuado sus legislaciones internas, y en todos los casos han fijado topes máximos para la aplicación de penas privativas de libertad a los jóvenes que cometieron delitos siendo menores de edad (Guemureman y Bianchi 2019b). El techo han sido los quince (15 años) para los países que han fijado topes más altos (El Salvador y Costa Rica). El piso han sido los tres años, que habilita la legislación de Brasil. La dispersión es grande en el resto de los países: el límite para Ecuador es 4 años; para México, Uruguay y Dominicana 5 años; para Nicaragua, Guatemala y Bolivia 6 años; para Honduras, Paraguay y Colombia, 8 años; para Venezuela 10 años; para Panamá 12 años (Guemureman y Bianchi 2019b).

En ese contexto estamos en condiciones de afirmar

que cualquier condena que supere los 15 años de pena de prisión es una condena excesiva. Hablar de condena “excesiva” nos corre del eje de hablar de “condena perpetua”, debate que recorre otras aristas que pasan por las argumentaciones de carácter jurídico y que nos alejan del objetivo de presente artículo.

Tal como referí en uno de los párrafos precedente, el Régimen penal de la minoridad tiene una enorme cantidad de problemas. Uno de los más graves es que no fija topes para la aplicación de penas privativas de libertad a los adolescentes y jóvenes que cometieron delitos siendo menores de edad. Que no fije topes significa que cualquier monto de pena puede ser aplicado si el reproche jurídico se corresponde con la escala penal para el tipo específico, atendiendo a los agravantes o atenuantes de cada caso particular. En la práctica, cualquier monto de pena incluye también la pena de prisión perpetua, es decir, la pena máxima. En la Argentina pronunciamientos de este tipo se han producido en forma reiterada[2] y esta situación ha motivado interposición de recursos de queja que han llegado hasta las más altas instancias de la administración de justicia a nivel nacional, y también denuncias a nivel internacional. La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado a través del fallo Maldonado en 2008[3]. La Corte sentó posición, -como expresa Beloff- “mediante una interpretación que demanda disminuir la pena en estos casos conforme la propia ley lo autoriza”. Es decir, la CSN no declara la inconstitucionalidad de la prisión perpetua tal como era la expectativa de la Defensoría Pública, sino que basa su argumentación en la convicción de que “los menores de edad tienen una culpabilidad menor”. Cita Beloff (2006), las palabras de la Corte: “(...) Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible

eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”[4]. A partir de este Fallo, es que se entiende que la reducción punitiva en el caso de personas menores de edad, debe ser la regla.

La consecuencia inmediata de este fallo fue la revisión de otras sentencias condenatorias dictadas. El siguiente caso resonante que se revisó fue el del joven Matías Millorini, a quien se le había aplicado una sentencia de condena perpetua a principios del año 2005. La Defensora pública oficial presentó un recurso de Casación e Inconstitucionalidad; lo mismo hizo la Defensora Pública de menores e incapaces. El Fiscal General ante la Cámara de Casación, en cambio, solicitó que se rechacen los recursos interpuestos. En ese marco, la causa cayó en la Sala II que al pronunciarse, “siguiendo la doctrina de nuestro máximo tribunal (-in re M.1022 XXXIX Maldonado, Daniel y otro.....) encuentra adecuada la pena de 15 años de prisión”. El fallo fue unánime[5]. También, el asunto fue llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en donde luego de sortear el proceso de admisibilidad, recibió tratamiento y en sentencia del 14 de mayo de 2013, entre otras cuestiones, se expidió sobre las sanciones privativas de la libertad:

161. El artículo 7.3 de la Convención establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. La Corte ha establecido en otras oportunidades que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. Asimismo, el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados deben velar por que “ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”. Todo lo anterior implica que si los jueces deciden que es necesaria la aplicación de una sanción penal, y si ésta es privativa de la libertad, aun estando prevista por la ley, su aplicación puede ser arbitraria si no se consideran los principios básicos que rigen esta materia.

165. (...) el Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a “ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de

la misma” (CIDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013).

No obstante estos antecedentes, en la Argentina se siguen dictando sentencias condenatorias con montos muy altos para personas que cometieron delitos siendo menores de edad.

En los apartados siguientes, habré de caracterizar el régimen penal de la minoridad en lo referido al dictado de penas, y las alternativas que prevé el artículo 4° de la ley. Interesa a los efectos de este artículo focalizar en lo que he dado en llamar la “gestión moral” de la penalidad juvenil (Guemureman 2011) mostrando claramente las características inherentes al dictado de la segunda sentencia, en la que ya no se sopesa responsabilidad penal a partir de probar la participación e implicación del adolescente en el hecho imputado, sino los resultados del tratamiento tutelar.

Luego, a través de cinco sentencias condenatorias correspondientes a casos de delitos graves en los que la muerte estuvo presente a través de la figura del homicidio agravado y homicidio criminales causa, mostraré el peso de los juicios morales en la ponderación del monto de las penas aplicadas.

El artículo cuarto del Régimen Penal de la minoridad

Este es el artículo el que legisla sobre la sanción efectiva a imponer a los personas menores de edad autores o presuntos autores de delitos sometidas a proceso judicial. Este artículo estipula que:

Artículo 4°. La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2° estará supeditada a los siguientes requisitos:

1°) Que previamente haya sido declarada su

responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2º) Que haya cumplido dieciocho años de edad.

3º) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2º.

La comprensión de este artículo es fundamental para conocer los modos y los “quantum” de castigo de los cuales son acreedores los jóvenes en nuestro país. Tal como puede apreciarse, la efectiva imposición de una pena a un adolescente autor de un delito, solo es factible de ser aplicada si solo si el joven ha alcanzado la mayoría de edad, es decir, ha cumplido los 18 años, si además estuvo sometido por un período de al menos un año a un tratamiento tutelar, y si previo a esto se le había declarado la responsabilidad penal, es decir, si el tribunal había evaluado técnicamente que el adolescente había sido efectivamente al autor o coautor del o de los delitos de referencia.

La declaración de responsabilidad penal de la primera sentencia, que toma diferentes nominaciones según los códigos de procedimiento de cada jurisdicción (en la provincia de Buenos Aires, se conoce como “VEREDICTO”) no supone de por sí el anticipo de la imposición de una pena en la segunda, luego de que transcurra el año de

tratamiento tutelar previsto en inciso 3°. La declaración de responsabilidad penal constituye, al decir de los jueces, un “juicio exclusivamente técnico” (Guemureman y Daroqui 2001), de allí que para su dictado no sean tenidos en cuenta ninguno de los informes obrantes en el expediente tutelar en el cual se sigue la evolución del menor.

Luego de haber transcurrido un año de tratamiento tutelar, el tribunal se halla en condiciones de resolver definitivamente la causa. A veces se dilata la declaración de responsabilidad penal, y en la misma audiencia o acuerdo, se dicta la declaración de responsabilidad penal y acto seguido, la sentencia en los términos del artículo 4°. A tal efecto, tomará en consideración –tal como estipula el artículo 4°- los resultados del tratamiento tutelar, es decir, los informes confeccionados por los delegados tutelares encargados del seguimiento del adolescente en cuestión, informes de los Centros de Referencia o equivalente jurisdiccional, y/o los informes remitidos por las instituciones a los que dicho adolescente haya sido derivado, y/o los informes de los operadores de libertad asistida si ese fuera el caso.

En cada uno de los informes se evalúa la situación presente del adolescente/joven a la luz de parámetros bien definidos: situación laboral, educacional, familiar, actitudinal (consumos y amistades) y relativa al comportamiento respecto a la legalidad, esto es si ha vuelto a incurrir en acciones reprochables conforme al código penal o se ha mantenido al margen.

La sentencia del 4°: ¿Qué es y qué implica?

Esta sentencia definitiva o segunda sentencia, es también llamada “sentencia del 4°”, o simplemente, “cuarto” -en referencia al artículo de la ley

22.278 que la regula. A éste artículo también se lo conoce como “perdón judicial”. Esta sentencia definitiva[6] se nutre para su dictado ya no de las vicisitudes del hecho o conducta que ameritó el reproche judicial, sino a través de la logística del expediente tutelar, sitio en que constan almacenados y puntillosamente registrados los pasos dados por el adolescente en cuestión desde que fuera dispuesto tutelarmente. Esta sentencia consagra el predominio de la “moral” por sobre el reproche jurídico (Guemureman 2011, 368)[7].

En muchísimos casos, dado el tiempo transcurrido entre la apertura de la causa y el dictado de la segunda sentencia, el material reunido en el expediente tutelar es sumamente heterogéneo porque da cuenta de distintas fases combinadas de tratamientos diversos, y así, alternan informes institucionales, -a veces de varias instituciones- con informes de operadores de libertad asistida, con informes elaborados por los propios delegados tutelares de los juzgados, comparendos de los propios jóvenes que solicitaron eventualmente audiencias en el tribunal, testimonios de sus familiares, y vistas y resoluciones de la Defensora Pública asignada.

Al momento de pronunciar la segunda sentencia, se toman en consideración los resultados del tratamiento tutelar a los que se les asigna una carga valorativa que lo califican como positivo o negativo. En la valoración de los procesos de los jóvenes hay un margen de discrecionalidad que es irrefutable y los magistrados ponen de manifiesto la ausencia de estándares comunes: “(...) no hay un criterio firme, la 22.278 tiene dos renglones (...) no hay un criterio firme de cuando hay que absolver y de cuando hay que condenar. Esto forma parte de las reglas no escritas”. Dependiendo su criterio y estimación sobre los “favorables” o “desfavorables” resultados del tratamiento tutelar, pueden

absolver, reducir pena, o imponer la pena prevista de acuerdo al delito imputado. La pretensión fiscal en estos casos también acompaña esa discrecionalidad, toda vez que no se solicita condena en abstracto, solo atendiendo a las escalas previstas en código penal, sino que en la instancia de la segunda sentencia, la pretensión fiscal queda supeditada a la evaluación del tratamiento tutelar, y por ende, desdibujada. Los magistrados van pergeñando modos de resolver la cuestión. En la Provincia de Buenos Aires, han estandarizado una serie de preguntas a las que contestan los jueces según el orden asignado en la votación, Las preguntas son:

¿Se encuentra acreditados los hechos en su exteriorización material? ¿Está probada la participación del procesado XXX en el suceso que se ha tenido por acreditado? ¿Existen eximentes? ¿Existen atenuantes? ¿Existen agravantes?

Se arriba al veredicto (declaración de responsabilidad penal o absolución) y luego se vota por dos cuestiones más:

¿Qué calificación legal corresponde imponer al suceso que se tiene por acreditado?. ¿Corresponde aplicar el instituto de la cesura y diferir el pronunciamiento en el marco del artículo 4º de la ley 22.278? Si se opta por no diferir el pronunciamiento, corresponde resolver que pronunciamiento dictar. Exención de aplicación de pena, condena o condena con reducción.

Punitivismo judicial: la proliferación de condenas altas

Realizada la descripción precedente, en este

apartado y a través del análisis de cinco casos de jóvenes que recibieron sentencias condenatorias con fecha posterior al año 2008, es decir, post fallo Maldonado, y en algunos casos, post fallo de la CIDH en 2013, mostraré como la cuestión del fin de la pena en su carácter socioeducativo, la minoría de edad como atenuante, y el carácter o no vinculante de los tratados, ordenamientos o recomendaciones internacionales, aún son materia de interpretación y la disputa por el sentido se dirime a través de procesos de judicialización en que son los tribunales de alzada los que tienen la última palabra. No es el objetivo de este artículo detenerse en el análisis de los argumentos jurídicos, cuestión que bien saben hacer los juristas, sino, poner de manifiesto que la disputa jurídica en torno a los límites y topes de pena, es posible a partir de la vigencia de una legislación que habilita –por omisión– esa discrecionalidad.

Veamos los casos:

Se trata de cinco casos en que los jóvenes que cometieron sus delitos siendo menores de edad, cometieron delitos graves, que en todos los casos supusieron la supresión de la vida de otro u otros. Tal como se verá, son casos que desde lo estrictamente jurídico no arrojan mayor margen de duda acerca del reproche que merecen una vez acreditada la participación de los jóvenes en los mismos. Los casos corresponden a distintas jurisdicciones del país, es decir que han intervenido diferentes tribunales que se han regido por distintos códigos de procedimientos, pero una misma ley de fondo, la ley 22.278. Otra particularidad de los casos es que todos han tenido rúters judiciales interesantes a ser reconstruidos desde los incidentes y recursos que generaron.

[Ver en la versión HTML](#)

En todos los casos las penas aplicadas son muy

altas y superan el tope de pena de todos los países de la región. Cuatro fallos se encuentran firmes, y uno no, está en proceso de revisión y tiene fundada expectativa, favorable a que el monto de pena sea reducido.

El ruterio de los casos, puede seguirse a través de la siguiente tabla:

[Ver en la versión HTML](#)

Argumentos legales y argumentos morales

Tal como he venido sosteniendo, una característica de las sentencias de los tribunales de menores es que no abrevan en complejos debates jurídicos para su fundamentación. Más vale, las sentencias siguen una estructura típica en que la evaluación del tratamiento tutelar en sus aristas más elocuentes, es material suficiente que no requiere de mayor fundamentación jurídica. Son discursos típicamente argumentativos que se respaldan en valoraciones morales más que en consideraciones legales (Guemureman 2011, 349 y ss).

Los discursos argumentativos típicos concatenan las frases utilizando argumentos lógicos. Estos argumentos se encadenan en forma lógica, y paradójica. Según Ducrot y Carel 2002, los encadenamientos lógicos están mediados en por lo tanto, y los paradójales, en sin embargo[8]. El relato de los expedientes tutelares de los jóvenes que los jueces realizan en las segundas sentencias reconocen esta singularidad.

Se utiliza el por lo tanto cuando se quiere mostrar una resolución como consecuencia lógica de las acciones objetivas de los jóvenes. Es decir, los relatos concatenados en por lo tanto, refieren a lo esperable. Este modo es utilizado cuando se busca reforzar una decisión, valga por caso, cuando se quiere demostrar que el resultado del tratamiento

tutelar ha sido exitoso en función de que el/la joven en cuestión “pudieron reencauzar su vida” “no volvieron a involucrarse en situaciones de riesgo”, “adoptaron una actitud conforme a las normas”, mostraron su voluntad de vivir pacíficamente en la sociedad”, por lo tanto, hay que aplicar el beneficio absolutorio, «ya que aplicar una sanción no significaría más que excederse en una retribución negativa», o «resulta innecesario e ineficaz», o “en estas condiciones, aplicarle hoy una sanción sería actuar con un criterio meramente retributivo, desconociendo los logros alcanzados por el justiciable dentro de las posibilidades que le brinda el medio social en el que interactúa, puesto que, como han opinado las partes, su pronóstico favorable y su esfuerzo constituyen parámetros de que el tratamiento tutelar ha resultado eficaz”.

En el caso de las sentencias abordadas en este artículo, las construcciones lógicas se orientan a mostrar la necesidad de aplicar una sanción: “Adunado a ello también he de tener en cuenta como un elemento negativo dentro del análisis que efectúo, el hecho de que el joven C3 se diera a la fuga de su lugar de alojamiento, lo que generó su declaración de rebeldía y captura, y siendo que en ese lapso de tiempo en el que se encontraba prófugo es que, comete otro hecho delictivo de gravedad. Estas acciones demuestran una actitud temeraria y descontrolada del joven en las que ha demostrado un alto nivel de desprecio por la vida”. (Causas 377, 378 y 379 TRPJ San Isidro /año 2014 y 2015), o bien, en otro de los casos: “De allí fue derivado al instituto “Rocca” donde si bien pareció que se adaptaba a las normas de convivencia, en marzo de 2013, protagonizó el hecho que diera origen a otra causa en el Tribunal Oral de Menores N° 3, que lo halló penalmente responsable (...)”. (Causas n° 7627/7801 del registro del Tribunal Oral de Menores

nº 2 con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, 2014).

Conceptos como “desprecio por la vida ajena”, “desaprovechamiento o desperdicio de oportunidades”, “ausencia de arrepentimiento”, y atribuciones onticas como “temerarios” o “peligrosos”, forman parte del repertorio discursivo habitual de los magistrados.

Estos son casos típicos en que la concatenación es lineal, todo el tiempo se añaden agravantes, y esta serie de agravantes están encadenados con el “además”: no bastaba con haberse involucrado en una condena como mayor, sino que, además, se había fugado de una comunidad, mostrando reticencia al tratamiento iniciado, además, no concurrió más al tribunal, por lo tanto, se le declaró rebeldía, además /a tal punto, recién se supo del imputado cuando se lo halló con otro hecho delictivo, por lo tanto, hay que proceder a aplicarle la sanción, ya que no es posible no reprochar la conducta del joven en cuestión. Con ese relato, es impensable no (doble negación) aplicar una sentencia condenatoria, el correlato de la condena suena lógico, y argumentado irrefutablemente. La doble negación, es una afirmación, y por lo tanto, a aquellos que no hicieron ningún mérito, corresponde sancionarlos.

Sin embargo, en el caso de las condenas, muchas veces la argumentación es presentada en la forma paradójal, es decir, estableciendo la concatenación argumental a través del uso del “Sin embargo”: “Pese a las oportunidades brindadas, pese a la severa advertencia, no pudo, no aprovechó, no hizo, no cumplió, que en definitiva, al ser la consecuencia también negativa, restituye linealidad al asunto, porque en definitiva, no se hizo acreedor de la absolución, no se hizo acreedor de ninguno de los beneficios previstos en la ley

minoril”. “Pese a todo el equipo tratante concluyó que es un joven con sus propios códigos y que suele ser refractario a todo aquello que queda por fuera de sus singulares parámetros, siendo que su modalidad de pensamiento está atravesada por la satisfacción inmediata de sus deseos, lo cual deja un escaso margen para la verbalización de tinte reflexivo, prevaleciendo en él una legalidad propia y una interpretación algo arbitraria de la ley, la cual conoce y en ocasiones desestima”.

En estas argumentaciones genéricas, hay una tonalización producto del uso de reforzadores y mitigadores (Vasilachis 1992a; b; Pardo 1992). En forma simple, se podría decir que los recursos reforzadores son aquellos que añaden carga semántica a un enunciado, en tanto, los recursos mitigadores son los que le restan carga semántica.

Otra solución propugnada que se corresponde con el discurso argumentativo de la consecuencia lógica del éxito del resultado tutelar, tiene que ver con poner en foco las teorías del fin de la pena. Se suceden entonces los enunciados que sopesan las distintas penalidades, valorando especialmente una –la prevención especial a través de las medidas socioeducativas- en detrimento de las otras que son resignadas en su utilidad.

He seleccionado algunos párrafos extractados de las valoraciones que hacen los jueces en los casos 1, 2 y 3 que sirven a modo de ilustración:

Para el caso 1:

Del Voto Fundante de la sentencia del Artículo 4º:
“He de meritar como agravante la reiteración de la conducta desplegada (...) la omisión de cuidados de la pequeña por los únicos que podían ejercer su custodia, la severidad de la conducta desplegada dada la situación de indefensión de la víctima (20 días de vida), la agresividad del imputado, el

desprecio por la vida de su pequeña hija, la cantidad de lesiones, la gravedad de castigos físicos a los que la sometiera durante sus escasos días de vida (...) todo ello me induce a determinar que las lesiones fueron reiteradas, con continuidad en el tiempo a lo largo de la corta vida e la niña.
// Del recurso de revisión de Cámara, voto del primer camarista: "quien produce lesiones de tal magnitud conoce y decide la muerte de un recién nacido" (...) No existe duda que el nocente supo, y quiso lo que hizo que no fue otra cosa que abusar, maltratar, golpear y en definitiva, matar a su hija" (Nótese como la doble negación culmina en una aseveración irrefutable).

Para el caso 2:

A lo largo de todo el proceso resocializador el imputado ha desechado todas las posibilidades brindadas por las instituciones en las cuales estuvo transitando para que pueda valerse el encausado de la Causa 2 de herramientas que le permitan en el futuro no reingresar dentro del sistema penal. (...) Asimismo, en ningún momento, durante los siete años desde su detención ha demostrado ni siquiera un incipiente arrepentimiento por las consecuencias de sus actos, ni un mínimo esbozo de posicionamiento del daño irreparable causado a una familia (...) Es por todo lo expuesto, mi convicción sincera que C2 posee una evidente falta de internalización de normas de todo tipo. (...) Por otra parte, siempre el mentado C2V ha demostrado su desinterés de recibir atención psicológica en los establecimientos en los cuales se encontró alojado, tanto en los centros juveniles como en las unidades penitenciarias Finalmente, del resultado del tratamiento resocializador al que fue sometido el referido C2 no me permite contar con ningún elemento, ni siquiera el más mínimo de todos, que me puedan llegar a indicar que el referido C2 haya internalizado elementos que le

permitan desarrollarse en el medio libre y que asuma una posición constructiva dentro de la sociedad (...). Por tales razones, teniendo en cuenta las modalidades de los hechos, los antecedentes del imputado, el resultado del tratamiento resocializador y la impresión directa que obtuve y habiéndolo escuchado (artículo 12 C.D.N.), estimo necesaria la aplicación de pena, e improcedente la reducción a la forma prevista para la tentativa, y mucho menos la absolución del cumplimiento de pena. (...) Mi impresión del imputado, en definitiva, es pésima, encontrándola compatible con las descripciones actitudinales y de personalidad detalladas en el punto precedente”.

Caso 3:

De acuerdo a lo relatado hasta el presente claramente surge que el joven C3 no ha logrado incorporar pautas de responsabilidad frente a los compromisos que debía asumir. Del proceso en relación al inicio de la causa, tampoco pudo afianzar sus propios recursos para reforzar su entidad como sujeto de derecho y obligaciones. Ha estado desvinculado del proceso por voluntad propia. // Así también y conforme lo determina el art. 4º y el 8º de la Ley 22.278 a los fines de analizar la necesidad de imponer o no una sanción penal, he de reiterar que ha sido declarado autor penalmente responsable de tres hechos ilícitos, en los que la conducta del encausado ha demostrado un alto nivel de agresividad y violencia mediante el uso de un elemento intimidante y letal como lo es un arma de fuego de grueso calibre. Adunado a ello también he de tener en cuenta como un elemento negativo dentro del análisis que efectúo, el hecho de que el joven C3 se diera a la fuga de su lugar de alojamiento, lo que generó su declaración de rebeldía y captura, y siendo que en ese lapso de tiempo en el que se encontraba prófugo es que, comete otro hecho delictivo de gravedad. Estas

acciones demuestran una actitud temeraria y descontrolada del joven en las que ha demostrado un alto nivel de desprecio por la vida. // Por todas las consideraciones realizadas a lo largo de la presente, entiendo que resulta necesaria la aplicación de una pena, no pudiendo sopesar por el momento ninguna alternativa que no sea la de la efectiva aplicación de una sanción penal proporcional a la extrema gravedad y reiteración de los hechos cometidos.// (...). La muerte violenta y con desprecio y rayana a la premeditación demuestran a claras luces que el monto punitivo a aplicársele debe ser alto. Así fue la impresión personal que he recibido del acusado durante el juicio, la que sin lugar a un arrepentimiento o situación que al menos pudiere hacerme lograr un pensamiento en su favor, me lleva a la conclusión que se trata de una persona cuya peligrosidad ha quedado demostrada, siempre armado con armas de grueso calibre, y sin importar su impunidad uno de los asesinatos lo comete, delante de varias personas, sin miramientos de ocultarse, como demostrando una indemnidad a eventuales consecuencias legales, como tampoco, sin importar la vida de terceros, inocentes a su plan de dar muerte a una persona, la cual amenazó con horas de anticipación, no dudó en cumplir su promesa homicida, circunstancias poco habitual, pese a que por ser menor de edad en ese momento, pretendió, al menos así lo puedo presumir con suficiente sustento un accionar de índole casi mafiosa, procurando en todos los hechos un plan de escape indemne y seguro. Por ello habré de proponer se le imponga a C3 pena de VEINTISIETE AÑOS DE PRISION.

Zanjada la discusión sobre la gravedad de los delitos y la expectativa de pena según las previsiones de nuestro código penal, zanjada también la cuestión de la constitucionalidad y la legalidad de las medidas a través de las distintas

vías recursivas y las resoluciones de los máximos tribunales, cabe la pregunta que atraviesa todo el artículo: ¿son las penas altas producto de un punitivismo judicial de hecho que deja librado a la discrecionalidad de los jueces añadir el “plus de la condena moral”? ¿Acaso, una nueva ley, un régimen penal juvenil acorde a los estándares internacionales podría contribuir a modular las pasiones morales y el “deseo de castigar”?

Por cierto, los topes de pena han morigerado las penas en todos los países de la región. Sin embargo, en la Argentina el proyecto oficial que elaboró el Poder Ejecutivo solamente prohíbe la aplicación de sentencias a prisión perpetua, permitiendo cualquier monto que esté por debajo[9]. De prosperar el proyecto oficial, se haría lugar a un punitivismo legislativo que convalidaría por derecho lo que ya está ocurriendo de hecho, es decir condenas excesivas, superiores a las que permiten el resto de los países de toda América Latina. El punitivismo legislativo contribuiría a legitimar el punitivismo judicial. Por eso, es imperativo resistir al avance del estado punitivo. El rechazo al proyecto oficial ha sido enfático por parte de jueces, fiscales y demás operadores del sistema penal juvenil. También desde la academia, los especialistas hemos contribuido al debate[10].

El resto de las propuestas legislativas que tienen trámite parlamentario vigente, contemplan escalas penales que varían en un rango que va desde los 3 años a los 20 años (Guemureman y Bianchi 2019 b) y diferencian franjas de responsabilidad según edades y según gravedad de delitos cometidos. Sancionar una nueva ley, poniendo coto a las pretensiones punitivas excesivas, es una deuda pendiente que tenemos con nuestros adolescentes. En contextos de recrudecimiento de las violencias vinculadas a la vulneración de derechos, poner límite al sistema penal es un imperativo ético*.

NOTAS

Notas [1] Con Alcira Daroqui recientemente elaboramos una definición instrumental y operativa de punitivismo: “Entendemos por punitivismo toda práctica del estado ejercida por los diferentes eslabones de la cadena punitiva (legislativo; policial-fuerzas de seguridad; judicial y carcelario) que se orienta selectiva y discrecionalmente a un ejercicio arbitrario en clave de control, vigilancia, sujeción y castigo sobre determinadas poblaciones”. PROYECTO UBACYT 2020-2022 “El avance del estado penal: es despliegue del poder punitivo en el gobierno de la pobreza”.

[2] Cf.. Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003) Comisión de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Colegio de Abogados de la Capital Federal. Publicado con el auspicio de Unicef- Argentina, 2008.

[3] "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174—", resuelta el 7 de diciembre de 2005.

[4] Al respecto, cf. Beloff 2006, “Quince años de vigencia de la Convención de los Derechos del Niño en la Argentina”, en Abramovich; Bovino y Courtis (eds), La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década. 1994-2005, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

[5] Causa 5890 –Sala II- 15/02/2006)

[6] Definitiva en cuanto se expide en forma taxativa sobre el reproche penal que corresponde al joven. Una vez dictada, la sentencia puede ser

apelada, recurrida y revisada, lapso durante el cual no estará firme.

[7] El análisis de las sentencias del cuarto fueron el sustrato de mi tesis doctoral: “La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales Orales de Menores en la Ciudad de Buenos Aires”, luego publicado como libro por Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011

[8] Marion Carel en 1992 reformula la teoría de la argumentación en la lengua (TAL) concebida por Ducrot y Ascombre en la década del '60, con la teoría de los bloques semánticos (TBS), superadora de la anterior. En ésta, el concepto de enunciado es superador del concepto de oración: un enunciado está por formado por el encadenamiento de dos segmentos de discurso unidos por un conector (CON). En la TBS el CON asume un valor normativo (si es *Donc*, «por lo tanto», en adelante PLT), o trasgresor (si es *cependant*, «sin embargo», en adelante, SE). SE y PLT son en el estadio actual del desarrollo de la teoría de TBS, las únicas formas posibles que puede tomar la conexión de dos segmentos de un encadenamiento argumentativo.

[9] La prisión perpetua en la Argentina actualmente prevé hasta 50 años. Por lo tanto, de acuerdo al proyecto oficial, podría aplicarse una sentencia condenatoria de 49 años y 11 meses.

[10] Puede visitarse el sitio del Observatorio de Adolescentes y jóvenes del Instituto Gino Germani, desde el cual hemos desplegado una actividad intensa a favor de un nueva ley pero en contra de la iniciativa oficial
<http://observatoriojovenesiigg.sociales.uba.ar/>

Referencias

Beloff, Mary. 2001. “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta trasgresora

de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos”. (3): 1-25. .

- Beloff, Mary. 2006. “Quince años de vigencia de la Convención de los Derechos del Niño en la Argentina”. En , editado por Victor Abramovich, Alberto Bovino y Cristian Courtis, 253-296. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Beloff, Mary. 2005 “Constitución y Derechos del niño” Separata de estudios sobre sistema penal. Homenaje al Profesor Julio Maier, 765-797. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- Cohen, Stan. 1972. . London & New York: Routledge.
- Foucault, Michel. 2002. . Buenos Aires: Siglo XXI.
- García Méndez, Emilio y María del Carmen Bianchi. 1991. Buenos Aires: Ediciones Galerna.
- García Méndez, Emilio. 2004. “Infancia, ley y democracia, una cuestión de justicia”. En , compilado por Emilio García Méndez y Mary Beloff. 55-75. Bogotá: Editorial Temis.
- Garland, David. 1999. . España: Siglo XXI.
- Guemureman, Silvia. 2018. “La derogación del Régimen penal de la minoridad ley 22.278/80: una cruzada maldita. Relato en varios tiempos de una reforma legislativa fracasada”. En . Buenos Aires: Editorial JUSBAIRES. Acceso el 15 de julio 2019. .
- Guemureman, Silvia y Eugenia Bianchi. 2019a. “Riesgos no tan explícitos y peligros no tan solapados. Un análisis de los proyectos de ley sobre responsabilidad penal juvenil en Argentina 2016-2018”. Revista Derecho y Ciencias Sociales 1 (20). .
- Guemureman, Silvia y Eugenia Bianchi. 2019b.

- “Responsabilidad penal juvenil, riesgo y peligrosidad. Dicotomías e hibridaciones desde el análisis de Argentina, de cara a América Latina”. Capitulo enviado a “Infancias, juventudes y desigualdades: experiencias, procesos y espacios” Libro del Eje de Desigualdades del Grupo de Infancia y Juventudes de CLACSO, compilado por Liliana Mayer, María Isabel Domínguez y Cándida Chévez. Ediciones CLACSO. En prensa.
- Guemureman, Silvia. 2004. “Responsabilizar o punir. El debate legislativo en materia de niños, adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal”. Revista Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales, 1(18/19): 159-76.
- Guemureman, Silvia y Daroqui, Alcira. 2001 . Buenos Aires: Editores del Puerto-SIGLO XXI.
- Guemureman, Silvia. 2011. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Martínez Vivot, Julio. 1981. En La Ley Año XLV, N°207, 1981.
- Pardo, María Laura. 1992. . Buenos Aires: Editorial Centro Editor de América Latina.
- Vasilachis de Gialdino, Irene. 1992b. . Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Vasilachis de Gialdino, Irene. 1992a. . Buenos Aires: Abeledo Perrot Editores.