



¿Existe una «Especialidad» en el Derecho de «Menores»?

DRA. MARÍA DOLORES AGUIRRE GUARROCHENA | Jueza de 1^{er}a Instancia de Menores de Distrito N° 4, Rosario.

A mi ex Secretario, Dr. Ernesto Acosta, por la ayuda y los consejos que me dio.

myf

152





La especialidad mal entendida de la Justicia Penal Juvenil –no siempre explicada y delineada, es verdad– ha dado lugar a las más diversas construcciones que merecen ser nuevamente analizadas desde la perspectiva constitucional y convencional actual, tal como sucede con el arduamente debatido «tratamiento tutelar» previsto en la ley 22.278.

Introducción

Nada es sin intención y, sin dudas, la del título es atraer la atención del lector con palabras que, desde el vamos, son provocativas.

Desde luego que la materia de Justicia

Penal Juvenil presenta una especialidad. No obstante, a nuestro juicio, esta especialidad debe ser precisada a fin de evitar que, por pretenciosa, quede vacía de contenido.

También entendemos que dicha especialidad nunca podrá ser interpretada en desmedro de garantías constitucionales –penales y procesales penales–, las que fueron reconocidas hace ya algunos siglos para todo el género humano, sin distinción de edades. Es por ello que nos pareció tan esclarecedora la expresión de «garantismo especializado» acuñada por la Dra. Mary Bellof en una conferencia a la que asistimos recientemente¹.



En otras palabras: existe un «piso» o standard mínimo de garantías constitucionales –juicio justo, derecho de defensa, derecho a ser oído, estado o presunción de inocencia, principio de conducta, principio de legalidad, principio de culpabilidad, entre otros– que no pueden desconocerse para ningún ser humano. Y, en el caso de adolescentes que transiten un proceso penal, el Estado se encuentra obligado *además* a un *trato especial*, que es lo que aquí pretende desmenuzarse.

Es que no puede, so pretexto de una declamada «especialidad» desconocer principios y garantías básicas del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, amparadas en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, encubriendo tales violaciones con el inefable ropaje de las buenas intenciones, trampa mortal en la que históricamente cayeron la gran mayoría de los operadores del Derecho en esta materia.

Este trabajo forma parte de otro mucho más amplio en el que pretenden

enumerarse diversos aspectos relativos a la especialidad de la Justicia Penal Juvenil, tanto de derecho de fondo como de forma. Sin embargo, no quisimos dejar pasar la oportunidad de realizar esta pequeña colaboración tratando uno de los temas más debatidos y polémicos de esta materia: el tratamiento tutelar.

Un poco de historia

Que, como todo el mundo sabe a esta altura de los acontecimientos, el llamado «Derecho de Menores» surge hacia fines del siglo XIX², en pleno auge del positivismo criminológico. Esta corriente del pensamiento intentaba explicar el delito y el delincuente a partir de supuestas «causas» que los motivaban. Si el sujeto era «defectuoso» (¿y quién podía dudar que un delincuente lo era?), debía recibir un «tratamiento» (del mismo modo que un enfermo recibe un tratamiento médico) para dejar de representar un peligro para los demás.

El «tratamiento tutelar» regulado en la

ley 22.278 se enmarca en esta corriente, pese a que la misma data de 1980³, lo cual no hace sino poner de relieve que este paradigma perduró por más de un siglo. En aquel esquema de razonamiento, el Juez de Menores era considerado «el buen padre de familia», quien siempre podría «disponer del menor» «en su beneficio» (como si conocer el «beneficio» del otro fuera tan sencillo....) hasta su mayoría de edad. Siendo el Juez de Menores «un buen padre de familia», no era necesaria la intervención de nadie –ni Fiscales ni Defensores– para tomar este tipo de medidas, las cuales ni siquiera se encuentran explícitamente enumeradas en la ley, con lo cual pueden serlo todas. Así las cosas, el Juez de Menores era una especie de «padre» que iba guiando la vida de este sujeto a su leal saber y entender, sin controles ni límites de ningún tipo, ni legales, ni funcionales.

Pero no seamos simplistas: la supervivencia de este esquema se debió a la innegable existencia de las «buenas intenciones» por parte de todos los ope-

radores (legisladores, jueces de menores, profesionales, auxiliares, técnicos, etc...): «salvar al menor»; «re-encausarlo» y, luego de la experiencia del Welfare State y de los Tratados de Derechos Humanos de posguerra, la maravilla de la «resocialización» o «reinserción social»⁴.

Aquellas buenas intenciones es lo que aún hoy continúa confundiendo a muchos funcionarios (en particular, fiscales), quienes siguen considerando que el «tratamiento tutelar» «es de competencia exclusiva –y excluyente, al parecer– del Juez de Menores», prefiriendo ser una especie de espectadores silenciosos. Que ello resulta ser particularmente grave cuando el mentado «tratamiento tutelar» consiste en el encierro del imputado, aspecto que se evaluará más adelante.

El impacto de los tratados internacionales de Derechos Humanos

Aquel paradigma –denominado «de la

Situación Irregular»– recibió un golpe mortal con la Convención de los Derechos del Niño⁵, que provocó una catarata de cambios legislativos en casi todos los países latinoamericanos⁶.

Que, pese a ello, también debe advertirse que el «Régimen Penal de la Minoridad» vigente en Argentina (es decir, la ley 22.278) no fue derogado, coexistiendo ambos paradigmas –el de la situación irregular y el de la protección integral– aún en la actualidad, dando lugar a lo que algunos autores han dado en llamar «esquizofrenia jurídica»⁷.

Esto nos obliga a la ardua –si no imposible– tarea de formular una nueva interpretación del viejo «tratamiento tutelar» a la luz de este nuevo paradigma surgido de la nueva situación constitucional y convencional.

Así las cosas, y asumiendo desde el vamos que ninguna respuesta es simple ni exenta de críticas, entendemos que la única interpretación posible del «tratamiento tutelar» –o como se lo quiera llamar⁸– previsto en la Ley

22.278 desde la perspectiva constitucional y convencional actual –sin soslayar la perspectiva de una interpretación sistemática luego del impacto producido por la Ley 26.061– es asignarle una función restitutiva de derechos, sobre la base elemental y previa del consentimiento del interesado.

En sintonía con la interpretación que se postula, la Regla 3.4 de Tokio exige que «las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicada *antes o en lugar del procedimiento o del juicio*, requerirán su consentimiento»⁹.

Es que dicha interpretación aparece como la única posible hasta tanto no exista una sentencia declarativa de responsabilidad que destruya el estado o presunción de inocencia del que goza todo imputado en un proceso penal. Es recién a partir de allí que el Estado podría imponer una pena o, eventualmente, imponer ciertas obligaciones al imputado.

La confusión de las buenas intenciones

Lo dicho hasta aquí jamás podría confundirse con las medidas cautelares eventualmente solicitadas y debatidas entre las partes procesales en el marco de un contradictorio.

En tal línea de razonamiento, si lo que se pretende es el encierro cautelar –no ya tutelar, habida cuenta de que no sería posible– es insoslayable el pedido de parte, la evaluación de riesgos procesales y el juicio de probabilidad, teniendo el Magistrado un amplio margen de decisión acerca de la medida a adoptar, entre las que se encuentran las alternativas y las morigeraciones. Visto así, el conjuro de riesgos procesales –única finalidad de las medidas cautelares– puede pretenderse en cualquier momento a partir de que el imputado resulta responsable penalmente, es decir, siempre que el sujeto se encuentre dentro de las previsiones del art. 2 de la Ley 22.278^{10 11}.

Allí radica el origen de la cuestión ana-

lizada: confundir las medidas tutelares con las medidas cautelares, tornando hartamente gravosa la situación del imputado cuando aquéllas han consistido en el encierro.

En la lógica que se postula, nada impide que un imputado sujeto a una medida de coerción cautelar –sea prisión preventiva o cualquiera de sus alternativas o atenuaciones– transite un tratamiento tutelar –o *medida socioeducativa*, como pomposamente se las llama en la Provincia de Santa Fe, creyendo que con ello se altera la naturaleza jurídica del instituto creado por la Ley 22.278– siempre que medie, claro está, el consentimiento del imputado para este último.

En síntesis, lo que proponemos es la correcta diferenciación de medidas cautelares (a fin de evitar riesgos procesales y respetando todos los requisitos para su procedencia) de las medidas tutelares (entendidas como restitutivas de derechos, contando con el consentimiento previo y expreso del imputado si se desarrollan antes del

dictado de la sentencia declarativa de responsabilidad penal).

Conclusión

Algunos jueces de Menores estiman –aún desde sus mejores intenciones– que «nunca aplicaron penas», sin caer en la cuenta de que lo hicieron durante todo el proceso durante el cual el imputado estuvo sujeto a su control (muchas veces arbitrario), soslayando el eventual carácter penoso que la imposición de reglas de conducta (o tratamiento tutelar, según la terminología empleada en este fuero) puede irrogar a su destinatario, máxime considerando la vigencia del estado de inocencia hasta el dictado de una sentencia que lo destruya. La especialidad de la Justicia Penal Juvenil no puede desandar el camino recorrido durante siglos por el constitucionalismo y el Derecho Penal Liberal a favor de todo el género humano, sin distinción de edades. ■

CITAS

¹Conferencia de la DRA. MARY BELLOF en el marco del *Seminario Intensivo sobre Implementación de las Reglas de Brasilia* – Edición 2014, organizado por el Centro de Capacitación Judicial de la Provincia de Santa Fe, el día 06 de Noviembre de 2014.

²Recordemos que el primer «Juzgado de Menores» es creado en Illinois, EEUU, en 1899.

³En realidad, no se trata exactamente de una ley, dado que fue sancionada durante la última dictadura militar, aunque en este texto se emplee esta terminología por ser la más usual.

⁴Pese a que responden a períodos y a corrientes diferentes, la «resocialización» empalmó perfectamente con la idea de «tratamiento» para seguir sumando buenas intenciones.

⁵La Convención de los Derechos del Niño fue adoptada por Naciones Unidas el 20/11/1989 y aprobada por la República Argentina mediante ley 23.849 del 27/09/90. Desde 1994 forma parte de la serie de tratados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

⁶En Argentina, es la Ley 26.061 y todas las leyes provinciales que forman parte del sistema de protección integral.

⁷GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, «*La legislación de Menores en América Latina: una doctrina en situación irregular*», sin nota editorial.

⁸En la Provincia de Santa Fe se las llama «medidas socio-educativas», aunque sin modificar la matriz ideológica del viejo tratamiento tutelar.

⁹El resaltado no pertenece al texto original.

¹⁰Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1 (artículo 1 párrafo 1 de la ley 22.278).

¹¹En algunas sedes de la Provincia de Santa Fe, la cuestión se interpreta de diverso modo, dictando prisiones preventivas -obviamente, a pedido de parte- recién a partir de que el imputado alcanza la edad de 18 años. Hasta ese momento, el fundamento del encierro es la tutela. Otros juzgados prefieren no aludir expresamente a la naturaleza jurídica del encierro durante el juicio antes de alcanzada la mayoría de edad.