

PROCESO DE CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL CONCEPTO DE MINORIDAD

Por Diego Encina - *Nace un Derecho*

“Cuando las miserias morales asolan a un país, culpa es de todos los que por falta de cultura y de ideal no han sabido amarlo como patria: de todos los que vivieron de ella sin trabajar para ella”

José Ingenieros - *El Hombre Mediocre*

El proceso de construcción social del concepto de minoridad comenzó, institucionalmente, a partir de la sanción de la ley N° 10.903 del año 1919 que crea el Patronato Nacional de Menores, momento en que relucía con todo su esplendor el discurso positivista clínico-correccionalista de tinte higienista que, basados en los principios y leyes que gobiernan la naturaleza, se sobre esforzaba en conseguir su aplicabilidad al estudio del campo social.

Si bien, la problemática social respecto a las personas menores de edad estuvo en su comienzo destinada a los menores huérfanos, abandonados y/o pobres, rápidamente el tratamiento tutelar se extendió a menores “criminales”. Recién adopta la problemática como política pública de Estado en 1919 con la sanción de la ley de patronato. Antes de ello, organizaciones e instituciones sociales conformados por personas, Iglesia, entre otros, ocupaba el papel de cuidado y protector que desconocía el Estado.

Cuando hablamos de discurso moralista-positivista-clínico-higienista, sin ahondar en la temática porque excedería el objeto del presente trabajo, es que queremos referir a las intencionalidades últimas camufladas por la manta de humanismo que escondía tales medidas –y que persisten aún con grandes reformas en la actualidad, a veces de manera cruda-. Se buscaba conformar una sociedad con personas “sanas”, personas “de bien”. Personas que respete cada uno su rol y función en el complejo tejido social. Se buscaba barrer las calles de vagabundos, mendigos, delincuentes, pobres, sucios, etc. El Estado buscaba “curar” esos males sociales impregnando los hábitos y costumbres de la ética burguesa y conservadora del entonces. Pretendía así la clase dominante moldear formas y estilos de vida y maneras de conducirse con ella en sociedad adecuada a sus intereses. Así es como impera el discurso moralizante que pretende “curar” a los menores que reflejen un “peligro moral o material”.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MINORIDAD

Año 1821: hace su aparición la “Sociedad de la Beneficencia” en la actual Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es aquí donde

aparece la problemática social de los niños en situación de abandono, por lo general, niños pobres y/o huérfanos, derivados luego en niños pobres/delincuentes.

Año 1892: se crea el “Patronato de la Infancia”, institución pública que se encargara la contención de niños, niñas y adolescentes en situación de abandono y/o huerfanidad. Una suerte de hogar transitorio.

Año 1904: se crea el primer “Reformatorio” con asiento en la Colonia de Marcos Paz que luego se denominará “Ricardo Gutiérrez”.

Año 1919: se sanciona la ley 10903 conocida como “Ley de Patronato” que crea el primer Patronato Nacional de Menores –de 18 años- bajo el paradigma discursivo del positivismo-clínico de esquema moralizador y que tendrá como principal objetivo implantar en las mentes y corazones la ética burguesa imperante del momento. No solamente merecerían “protección” los menores delincuentes, si no también todos aquellos menores en situación de “riesgo moral y material”, o sea, el pobre, el huérfano, el abandonado, el extranjero. Un sistema de selectividad estigmatizante con consecuencias y secuelas hasta la actualidad.

Año 1926: se crea el Registro Nacional de Beneficencia

Año 1931: se crea el Patronato Nacional de la Infancia.

Años 1944/1955: período de hegemonía de la cuestión social como verdadera política pública y molino de transformación de la sociedad.

Año 1944: si bien el Patronato se mantiene aunque no sin alteraciones significativas. En éste año, el Patronato creado por ley de 1919 pasa a la órbita de la Secretaría de Trabajo y Previsión, creándose la Dirección de Asistencia Social, con especial hincapié en la situación social de los menores de edad dentro del marco general de asistencia social. Muchos lugares de encierro de contención de menores “delincuentes y huérfanos pobres o abandonados” pasaron a sufrir grandes reformaciones hasta convertirse en regímenes abiertos.

PUNIBILIDAD/IMPUTABILIDAD

Creemos conciencia para saber que se discute o que se instala o bien, que se pretende. Los impulsos emocionales combinados con dosis cotidiana de televisión y revistas, muchas veces, nos hacen desear cosas o situaciones cuando en realidad deseamos y pedimos otras.

La edad de **punibilidad** indica básicamente a partir de qué edad una persona puede ser inculpada –reprochada-penalmente por las consecuencias de su conducta y estar así, en condiciones para recibir una sanción de naturaleza punitiva que puede ser: pena de prisión, medidas de seguridad, multa o inhabilitación, éstas son las únicas penas contempladas por nuestro sistema jurídico penal. Nuestra legislación actual y vigente, fija la punibilidad apta a partir

de los 16 años la edad. En tiempos de la última dictadura cívico-militar esa edad, por el tiempo de tres años, fue de 14 años de edad.

La **imputabilidad penal** indica básicamente la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad –ilegalidad- de su conducta y de no adecuar, a consecuencia, esa conducta a su comprensión. En sencillas palabras, una persona es imputable penalmente cuando conoce y comprende que la conducta que realiza es contraria a los postulados de la ley penal.

Ahora bien, una conducta en sí, puede ser contraria al ordenamiento jurídico penal pero, por las condiciones personales del sujeto “criminal” resulta inimputable. Decimos así que concurre una causa de inimputabilidad. Por ejemplo, un nene de 7 años que hurta caramelos de la góndola del supermercado es inimputable pues, si bien la conducta resultante es la del delito de hurto, por ser el sujeto menor de edad resulta inimputable ya que se entiende que a esa edad el sujeto no comprende la criminalidad o no de s accionar.

Pero además, una conducta puede resultar imputable penalmente pero no recibir pena, o sea, no ser punible y, por ende, la conducta se torna impune. Son lo que los penalistas llamamos “excusas absolutorias”. Por ejemplo: el hurto, el daño o las defraudaciones entre conyugues, ascendientes o descendientes... (art. 185 inc. 1 CP). En estos casos la conducta es “típica” pero por razones de política criminal el Estado decide soportar la carga del delito y no castigar. Ello no quiere decir que la acción antijurídica no tenga reparación de otra naturaleza. Podrá reclamarse en sede civil, pero no en sede penal.

En el tema en boga de la baja de imputabilidad o punibilidad de los menores de edad, los titulares en afán de causar conmoción e impresión en su público predilecto, seguido ello de escasa formación y conocimiento en conceptos jurídicos tanto de los emisores como de los receptores del mensaje o bien, en coherencia a una maliciosas intencionalidad, suelen confundir a las personas que los oyen u observan.

Lo que se discute actualmente es la baja de imputabilidad penal de los menores de edad. Es decir, de tornar capaces psíquicamente –salvo excepciones- de comprender la

criminalidad del acto ilícito penal de los menores de edad.

En cuanto a la punibilidad, no queda claro cual es la discusión o intención del PEN. Si tornar conductas punibles con el modo de sanción penal o bien, tender a otras medidas de diferente naturaleza.

Lo cierto es que el debate esta abierto.

No se trata de desconocer la realidad o tajarla con el “curro de los derechos humanos”. Se trata repensar mas allá de los impulsos y pasiones provocados por medios en las personas, si realmente están dadas las condiciones estructurales y culturales para permitirnos una discusión de cierta naturaleza.

BREVE RECORRIDO NORMATIVO DE TRATAMIENTO DE LA MINORIDAD

Ya dijimos brevemente que en al **año 1919** se sanciono por primera vez una ley de patronato que crea el Patronato Nacional de Menores, bajo la manta del esquema correccionalista, es decir, de aquella visión que propone el control social de sectores estigmatizantes a partir del sistema de selectividad social con fines terapéuticos de “corregir”, “curar” al menor delincuente/huérfano/pobre o abandonado. No era necesario al amparo de ésta ley que el menor de 18 años cometa delito alguno para someterlo a tratamientos curativos cuya dosis de curación consistía en implementarle hábitos y costumbres de la ética burguesa hegemónica del entonces, que con máscaras de humanidad de políticas públicas escondían las practicas más conservadoras y tradicionales del modelo social.

Luego, en el período 1944/1955 “coincidentes” con la hegemonía justicialista del entonces, se producen profundos cambios y reformas en lo que respecta a la institucionalización de los menores de edad.

Pero a continuación, devienen golpes cívicos-militares constantes que culminan en el período más oscuro y atroz pocas veces observados en el mundo que nos tienen como protagonistas –lamentablemente- privilegiados: son los días de constante nocturnidad que van del 24 de marzo de 1976 al 10 de diciembre de 1983.

Durante dicho período institucional se encrucece y endurece la policita legislativa y publica respecto a la situación jurídica de los menores de edad, ya en conflicto con la ley penal, ya en situación social de desamparo. Es el momento de esplendor del discurso hegemónico del Norte, esquematizados bajo la Doctrina de la Seguridad Nacional. Básicamente, la Nación ante todo. La Patria ante todo. La patria no era el otro, el otro era enemigo de mi Patria.

25 de agosto de 1980: se modifica el régimen procesal penal de menores ley 2372 por ley 22277 y ley 22278 logrando bajar la edad de imputabilidad a los 14 años.

Así decía el texto del artículo 1 de la ley 22278: **No es punible el menor que no haya cumplido catorce (14) años de edad.** Es decir, es punible todo menor de 14 años de edad a 18 años.

Los menores de 14 años no son punibles.

Continuaba el texto diciendo que ***Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.*** No es intención aburrir al lector con interpretaciones legales pero, a modo simplificante, y a muy grandes rasgos, como regla general conforme al texto de la norma –hoy modificada- podemos decir que no eran punibles los menores de 14 años stricto sensu. Tampoco aquellos menores de 18 años para ciertos delitos o modalidad punitiva o sancionatoria. Ahora bien? Pero podían ser imputables? Si! Pero no solo eso, sino que además podían, bajo decisión fundada de un juez, ***...en caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.*** Como vemos, en principio los menores de cierta edad no eran punibles, pero si imputables.

Resulta sorprendente –si el artículo 1 no bastara lo suficiente para ello- la redacción del artículo 2 que decía: ***Es punible el menor de catorce (14) a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo primero.*** Básicamente, si un menor de 12 años de edad cometiese –en aquel entonces- un delito de acción pública cuya pena privativa de la libertad ambulatoria excediese de dos años de prisión, podían ser punibles. En ese caso, podría ser alojado en un instituto especializado.

5 de mayo de 1983: el Poder Ejecutivo Nacional –todavía en dictadura- sanciona la ley 22803 que cambia la edad de imputabilidad penal a los 16 años de edad. Así dice su artículo 1: ***Sustitúyese el artículo 1° de la Ley N° 22.278 por el siguiente: Artículo 1°.- No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad...***

6 de diciembre de 1991: se sanciona la ley 24050 que crea los primeros Juzgados de Menores en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Año 1994: la Asamblea Constituyente reforma la Constitucional Nacional 1853/1860 incorporando en su artículo 75 inc. 22 los Tratados, Pactos y Convenciones en materia de Derechos Humanos suscriptos por la República, entre los que se destaca la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

28 de septiembre de 2005: la ley de patronato de 1919 es derogada por la Ley N° 26.061 de ***“Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”*** creando la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia

(SENNAF). Esta repartición estatal tiene básicamente como función, establecer los lineamientos y parámetros de las políticas públicas de infancia, apuntando a la efectivización de los derechos y garantías reconocidos a los niños, niñas y adolescentes. Se producen además importantísimos cambios en los “Institutos de Menores” de privación de libertad de los adolescentes, se implementan programas de adaptación y

desarrollo apuntando a disminuir los niveles de vulnerabilidad social.

Así las cosas, el dictador y condenado por delitos de Lesa Humanidad ex usurpador constitucional Jorge Rafael Videla logro bajar la imputabilidad penal a los 14 años de edad. Su par, tres años después, el dictador y ex usurpador constitucional Bignone Adolfo, vuelve a elevar la edad de imputabilidad penal a los 16 años vigentes a la actualidad.

Hoy día, siglo XXI después de más de 33 años de democracia ininterrumpida, un gobierno constitucionalmente legítimo en origen, pretende retrotraer el sistema procesal penal juvenil a los tiempos de la peor y más cobarde clase militar de los tiempos de Videla. Pero más grave aún resulta ser que, hay medios de comunicación y personalidades y personas “comunes” que parecen desconocer su propia historia, quizá por escasa capacidad cognitiva impregnada de ignorancia berreta, o quizá intencionalmente, pues, puede que se sienta amenazada en su posiciones y posesiones, no por la violencia de la minoridad, que la hay de seguro, sino más bien por temor a que esa minoridad algún día tome legítimamente sus posiciones y posesiones.

¿ES CUESTIONABLE LA BAJA DE IMPUTABILIDAD PENAL A UN RANGO DE 14 AÑOS DE EDAD?

La República Argentina integra y comparte los principios universales en materia de Derechos Humanos esquematizados por la comunidad jurídica internacional y, profundizados después de la Segunda Guerra Mundial. Así, ha suscripto numerosos tratados en la materia que, luego de la reforma constitucional del año 1994 fueron incorporados a la Constitución con jerarquía de Ley Fundamental. Esto es, entre otras cuestiones, que una ley ordinaria no puede ir en contra de la Constitución ni de los Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales incorporados a aquella.

Entre los principios que componen el tejido protector de los Derechos Humanos y que los Estados Partes se comprometieron a respetar y desarrollar, se encuentra el PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, que tiene como contra partida el PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD. Esto es que producido un avance normativo o práctico en materia de Derechos Humanos, no puede luego una

norma volver al estado anterior de aquella situación, si no mas bien, hacia adelante. No se puede retroceder en conquistas de Derechos Humanos.

La CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (ART. 75 INC.22 CONSTITUCION NACIONAL) Parte I: “DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS” Capítulo III: DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Artículo 26.- (Desarrollo progresivo). “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en

la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Este principio que tiene jerarquía constitucional (o sea, una ley no puede contradecirla como dijimos) tiene una obvia consecuencia directa: la "PROHIBICION DE REGRESIVIDAD" o "PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD". Sin ahondar demasiado y simplifícadamente, ello implica que los Estados Partes (Argentina uno de ellos) NO PUEDEN ni desde el diseño y ejecución de políticas públicas ni desde el aspecto normativo, implementar programas regresivos de niveles o grados de protección de derechos enunciados en el capítulo III del presente instrumento internacional.

En otro orden de cosas, es mundialmente aceptado por la comunidad jurídica internacional de los Estados Occidentales del Globo que el derecho penal debe ser el último recurso al que el Estado debe consultar para dirimir conflictos generados en la sociedad. Esto se conoce como ultima ratio del derecho penal. Los problemas sociales no se resuelven con la intervención del poder punitivo del Estado sino con políticas públicas sociales. El derecho penal no resuelve conflictos, sino que suspende en el tiempos los niveles de conflictividad social, pero no los resuelve, simplemente calma pasiones inmediatas y genera sensaciones de justicia que en la praxis sistemática no existen ni van a existir por cuestiones estructurales del diseño social. No se trata acá de desprestigiar el derecho penal como monopolio de la violencia del Estado en intervención de conflictos sociales. Lo que sí queremos reflejar es que ciertas problemáticas del tejido social no requieren de un derecho penal Todo Poderoso que intervenga para solucionarlos, eso es demagogia punitiva, inflación y populismo penal.

Una cárcel y su integración humana es el fiel reflejo de una sociedad. Muchos especialistas afirman que para estudiar una sociedad hay que estudiar sus cárceles. Sin dudas compartimos ello por cuestiones que exceden el presente.

Pero mas cárceles, mas penas, mas gente encerrada y menos escuelas, menos hospitales, desmantelamientos del sistema de previsión social, de salud, de educación, de ciencia, etc., solo genera lo que la sociedad cree erradicar.

¿ES NECESARIA ACTUALMENTE UNA REFORMA DEL SISTEMA PENAL JUVENIL REGULADO POR LA LEY 22278?

Sin dudas que la respuesta es por la afirmativa. Pero no menos cierto es que dicha decisión debe responder al respeto y vigencia de los principios y garantías y derechos constitucionales y supraconstitucionales. Deben lograr mayor efectividad y eficacia de los postulados internacionales en la metería. Abriendo la discusión en ámbitos académicos, sobre todo, concientizando teniendo como eje la piedra angular del sistema: los derechos humanos. Y no obedecer a aspiraciones de demagogia política de adhesión popular barata con altísimos costos sociales.

Sin dudas que en la actualidad la delincuencia juvenil es un problema y no hay qe obviarlo. El problema mas grave es cuando creemos que el derecho penal todo lo puede. El derecho penal debe responder al principio universal y mundialmente aceptado por la comunidad jurídica de *última*

ratio, es decir, el último recurso que tiene el Estado para suspender en el tiempo un conflicto generado —el derecho penal no resuelve conflictos, sino que los suspende con cierto consenso en el tiempo—. No escapa al conocimiento que los principios y garantías en materia penal conquistados son férreamente defendidos pero escasamente practicados. Ya todo esta escrito. No hay nada que inventar. Alcanza con probar en cumplir para apreciar si sus consecuencias son las deseables o no por la sociedad que la diseña.

"...todo acto delictuoso es la resultante de causas", indicaba hace mucho José Ingenieros. El quid de la cuestión es a que "causas" queremos apuntar para mitigar actos delictuosos en una sociedad moderna, si la queremos mejorar o profundizar en sus desventajas, las "causas" no son las mismas.