

*Derecho penal juvenil: la excepción*  
**“normal”** *a la regla*

*por Gustavo Gabriel Caruso*

**Curso:** *Políticas criminales del presente: Lectura penales y criminológicas*  
**Profesor:** *Dr. Gabriel Bombini.*  
*Asociación Pensamiento Penal*

## Derecho penal juvenil: la excepción *normal* a la regla

por Gustavo Gabriel Caruso

*“... Según el psicólogo Len Bercowitz, el chivo expiatorio perfecto es el grupo que se destaca por cualidades que lo hacen visible y mejor aún si se trata de una minoría débil de la que no se puede temer represalia. Así cuando Hitler expresó sus teorías racistas que culpaban a los judíos de todos los males de Alemania, sus actitudes virulentas arraigaron fácilmente...”<sup>1</sup>*

### Notas sobre el neotutelarismo.-

En un artículo reciente<sup>2</sup>, afirmé que en la actualidad se transita un *neotutelarismo*<sup>3</sup> en materia penal juvenil, que sin duda puede asociarse como lógico sinónimo de *neopunitivismo*.

Allí reflexioné que pese a la validez de la ley 23.849, que en nuestro país permitió el ingreso legislativo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y la más moderna ley, también nacional, 26.061, del año 2005, que derogó a la ley 10.903 de Patronato de Menores, como así también que no obstante la existencia de los distintos proyectos legislativos que duermen su paz sepulcral en el Congreso de la Nación, el decreto ley 22.278 de origen dictatorial, sigue en pie y tan vital como siempre.

Entonces, puede extraerse como primera afirmación, que el Derecho Criminal punitivo, referido a los niños y jóvenes en conflicto con la ley penal, sigue en franca expansión<sup>4</sup>, y enfrentado al principio de *mínima intervención*<sup>5</sup> que exige dicha materia, en el texto de la convención mundial recién nombrada, entre otros documentos.

---

<sup>1</sup> “*Supersticiones que matan*” por Darío Migliucci en revista “*Muy interesante*” ed. “Televisa”, número de febrero de 2012, pág. 67.

<sup>2</sup> “*Tutelar y castigar. La tradición tutelar en Argentina y la posibilidad de un sistema tutelar comunitario en materia penal juvenil*”, de autoría propia, en Revista “*Pensamiento Penal*”, n° 140 ([www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)).

<sup>3</sup> “... La Argentina es el único país en el continente americano, con excepción de los Estados Unidos, donde se han impuesto penas de prisión perpetua a personas por delitos cometidos antes de los 18 años de edad, es decir, cuando eran niños. Ningún otro país se ha atrevido a efectuar tanta descarga punitiva sobre sus jóvenes...” (Clauda Cesaroni, “*La vida como castigo. Los casos de adolescentes condenados a prisión perpetua en la Argentina*”, pág. 11, Ed. “Norma”, año 2010, Cdad. de Buenos Aires).

<sup>4</sup> “... En efecto, en ese escenario de contradicción y ambivalencia, la reciente discusión en el espacio público sobre políticas de niñez y juventud, se ha visto fuertemente condicionada por la reivindicación de la necesidad de la intervención punitiva, y se ha restringido y vinculado centralmente con los objetivos,

A partir de ello, también puede deducirse que el sistema tutelar positivista clásico – el de la ley 10.903 – y el nuevo son la misma cosa en la práctica judicial diaria, y salvo honrosas excepciones, se utiliza al encierro como *prima ratio* para el *bienestar* del joven, conteniendo en su núcleo a la doctrina de la *defensa social*, ya que, *neutralizando* a la persona por un tiempo (léase *privación de la libertad*), se saca de circulación a un ser *riesgoso*<sup>6</sup> para la comunidad.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, se sumó a esta corriente, declarando que el viejo decreto ley de la última etapa dictatorial aún vigente, no es inconstitucional y debe interpretarse en *armonía* con la Carta Magna y con los tratados internacionales<sup>7</sup>.

No existen dudas en cuanto a que todo ello apunta a un prototipo de juventud, con ciertas características socio-culturales, que suele ser un *objeto peligroso*<sup>8</sup>. Digo *objeto*, ya que sigue siendo cosificado en muchas de las prácticas judiciales de neto corte punitivistas, como dije más arriba, negándosele su participación útil en el proceso ante los tribunales, y tomándolo como *objeto de protección* y no como *sujeto de derecho*.

Obviamente, que cuando me refiero a aquellos caracteres de identidad, quiero indicar al niño y/o adolescente marginal, principalmente por sus escasos recursos económicos y culturales.

---

las formas y el alcance de la penalidad respecto de tales colectivos sociales...” (“*Juventud y penalidad: la construcción del enemigo social*” por Gabriel Bombini, en “*Juventud y Penalidad. Sistema de responsabilidad penal Juvenil*”, Director: Gabriel Bombini. Colección “*Synopticon*”. Editorial de la Universidad de Mar del Plata (“*eudem*”), año 2011, pág. 12)

<sup>5</sup> “...Sigue persistiendo la idea de detención cautelar como una forma anticipada de castigo o como una forma reforzada transitoria de pedagogía...” (del peritaje de Emilio García Méndez en el fallo CIDH “*Instituto de Reeducción vs. Estado del Paraguay*”, pág. 46 y ss).

<sup>6</sup> “...Afirmar que alguien “es” delincuente implica colocarlo como un ser constitutivamente diferente de la media de los ciudadanos; percibirlo como un otro hostil, intrínsecamente peligroso. De allí que la resolución del problema, así planteado, se caiga por su peso: de él/ella que hay que separarse (o, más bien, es a él/ella a quien hay que separar). La cárcel es su lugar, nadie parece dudar...” (Sergio Tonkonoff Constantin, “*Juventud: exclusión y delito. Notas para la reconstrucción de un problema*” en Revista “*Pensamiento Penal*” ed. n°99, 1/3/2010.-

<sup>7</sup> Fallo CSJN “*García Méndez, Emilio s/ Recurso de hecho*, rto. 2/12/2008.-

<sup>8</sup> “...Cuando el acento se coloca del lado del abandono.... la peligrosidad social es reelaborada en términos terapéuticos y reclama intervenciones custodiales sobre el territorio, pero cuando el acento se pone sobre la “peligrosidad social” – como es el caso de los adolescentes y jóvenes – el abandono adquiere la característica indisolublemente asociada a estilos de vida, actitudes, subculturas, y conduce a reclamos, respuestas en términos de “seguridad” de las cuales es actor el sistema penal...” (Guemureman, Silvia, “*La contratara de la violencia adolescente-juvenil: la violencia pública institucional de la agencia de control social judicial*”, en Gayol, Sandra, “*Violencias, delitos y justicias en la Argentina*”, Bs. As., Ed. “*Manantial*”, pág. 171, año 2002.

A partir de los años 70 del siglo pasado, se empieza a afincar en la sociedad local la llamada *pobreza estructural*, que se agrava en la década del 90 con la profundización de aquel modelo neoliberal, caracterizado fundamentalmente por la imposibilidad de ascenso social, modificaciones del mercado laboral – empleos informales, malas remuneraciones, inestabilidad, falta de beneficios sociales – y en todo ello, los hijos, no conocen el modelo de estabilidad y dignidad laboral que conocieron sus abuelos, y así ciertas formas de consumo básico, se volvieron inalcanzables, llegándose, obteniéndose como terrible resultado, a la *desigualdad social*<sup>9</sup>.

En todo el panorama descripto hasta ahora, no es menor ni inocente el papel de los medios de comunicación, cuando se refieren a noticias que involucran la infracción a la ley penal del joven – generalmente llamado *el menor* – y que colabora muy eficazmente con el *Derecho Penal simbólico*<sup>10</sup> e instalando la idea de que aquel es una especie de monstruo, protagonista de todos los males que nos aquejan<sup>11</sup>. Los comunicadores se centran mayormente sobre su persona, sin importar, claro está, el contexto social más inmediato del sujeto que está atravesando la primera parte de su vida. Este formato social, por así llamarlo, es considerado, para llevarlo a la terminología de la teoría política, como *democracia de opinión*<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> “Los pibes chorros, estigma y marginación” de Daniel Míguez, en colección “*Claves para todos*”, ed. “*Capital intelectual*”, año 2004.-

<sup>10</sup> “... Las políticas de *ley y orden y zero tolerance*, ... se inscriben por lo tanto, en el interior de un horizonte miope de re proposición de vejas recetas a nuevos problemas...., se termina por responder a los difundidos riesgos criminales con el instrumento de la penalidad difundida... De ahí el riesgo de que la penalidad huya progresivamente de toda finalidad utilitarista y de todo criterio racional, para celebrarse únicamente en una dimensión expresiva... Un exceso de penalidad, en un primer momento, frente a un exceso de criminalidad; una penalidad simbólica (como la pena de muerte....), en una segunda fase, frente a la amarga constatación de que más penalidad no produce mayor seguridad frente a la criminalidad...” (“*Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*” por Massimo Pavarini, edición de FLACSO, sede Ecuador, Distrito metropolitano de Quito y Corporación Metropolitana de Seguridad ciudadana, año 2009, pág. 170).

<sup>11</sup> “... este uso de estereotipos provoca una visión sesgada de la noticia en la que se realzan aspectos llamativos y descontextualizados para lograr un mayor impacto en el público, dejando en segundo plano la explicación del contexto o el interés informativo de la noticia...” (“*Infancia y medios de comunicación, recomendaciones para el tratamiento de la infancia en los medios de comunicación, documento de UNICEF, “Generalitat valenciana” y “Save the Children*”, pág. 21, año 2010, disponible en la web).

<sup>12</sup> “...Esas demandas vienen generando una nueva dinámica en las sociedades de las democracias de opinión, en las que acaso por primera vez la penalidad se transforma en un elemento significativo, en algunos casos incluso el principal, del intercambio político entre electores y elegidos, entre opinión pública y sistema político...” (“*Democracia de opinión y castigo penal*”, por Martín Lozada en diario “*Río Negro*”, ed. 5 de marzo de 2012).

Este es el territorio de lo que algunos suelen llamar *criminología mediática*<sup>13</sup>, y que nos intenta llevar al pensamiento de que existe una relación directamente proporcional, en cuanto a que a un mayor encierro, se obtiene más seguridad ciudadana.

No hay dudas, que nos encontramos ante un escenario en el que aquellas carencias materiales y de derechos sociales y culturales son acarreadas a los estrados judiciales sin preocuparse demasiado en las omisiones del propio Estado en el tema de la efectiva ejecución de políticas públicas<sup>14</sup>, y en medio de una *selectividad criminal*<sup>15</sup> remarcable.

El discurso punitivo de esa misma escena, tanto de comunicadores sociales como de algunos políticos y magistrados, necesita de un *enemigo social* a quien *tutelar* y *castigar* desde el Derecho Penal<sup>16</sup>, y lógicamente siempre es más cómodo y materialmente económico apuntar a los sectores más débiles de la sociedad<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> "... según el juez de la Corte Suprema Raúl Eugenio Zaffaroni, la criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un ellos separado del resto de la sociedad, por ser diferentes y malos". Lo complejo es que ese relato aplicado a las políticas de seguridad nos lleva a pensar que en la cárcel están detenidos "los malos" de la sociedad. Por lo cual vivimos en la fantasía de que si hay más detenidos estamos en una sociedad más segura. ..." (*"Criminología mediática"*, por Roberto Samar, en *Página 12* del 26/10/2011).

<sup>14</sup> "... El orden jurídico sintetiza relaciones de poder. Las formas en que las leyes son interpretadas y aplicadas responderían, aún cuando pueden identificarse excepciones, a esas relaciones de poder. Por ejemplo, cualquiera de los "menores" judicializados por un hecho penalmente tipificado sufre la aplicación de normas vigentes, e inclusive, de algunas garantías como las ya mencionadas con anterioridad. Sin embargo, la violación de sus Derechos Sociales, o los de sus padres, no es motivo demasiado de judicialización..." (*"Jóvenes en situación de conflicto penal: ¿cómo relatan sus historias? Análisis y prospectivas desde la Justicia Juvenil Restaurativa"*, por Osvaldo Agustín Marcón, pág. 67, ed. "Teseo", año 2011).

<sup>15</sup> "... El detalle es que el sistema penal no detiene a "los malos", sino que afecta directamente a las personas con carencias... Porque el sistema de detención se aboca a los casos más fáciles y a los que cuentan con menos herramientas para defenderse. Asimismo en el imaginario colectivo de nuestra sociedad se asocia la figura de jóvenes de los barrios carenciados con ese lugar de peligro y del mal que acecha, lo cual es funcional a esa misma selectividad del sistema penal..." (*"Criminología mediática"* por Roberto Samar, en periódico "*Página 12*" del 26/10/2011).

<sup>16</sup> "... puede concluirse que en el contexto de la crisis actual y la ambivalencia de las políticas públicas la voluntad penalizadora sobre los jóvenes y adolescentes... como el nuevo *enemigo social* – emerge como estrategia central – en claro desmedro del paradigma de los derechos..." (en "*Juventud y penalidad...*" por Gabriel Bombini, op. cit.).

<sup>17</sup> "...¿Por qué algunos sectores tienden a culpar a los menores? Porque no se puede fabricar otro enemigo que resulte más peligroso o más idóneo para asumir el papel de chivo expiatorio de todo lo que está pasando en una sociedad. Se elige a alguien que se puede identificar con la delincuencia común. No tenemos terrorismo ni problemas graves de crimen organizado, entonces se identifica a los adolescentes de los barrios precarios, pero eso sucede en toda América Latina. Esta es una política que nos baja de Estados Unidos..." (entrevista a Raúl Zaffaroni, en "*Revista Digital ON LINE 911*", 29/1/2011.-

## **La excepcionalidad penal y el Derecho Penal Juvenil.-**

Ferrajoli caracteriza a la excepcionalidad penal o emergencia, como toda una cultura que rompe con las fuentes de legitimación del derecho penal y con los principios que le dieron la vida. Así, expresa textualmente el citado filósofo del derecho:

*“... La alteración de las fuentes de legitimación, ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia... como justificación política de la ruptura, o, si se prefiere, del cambio de reglas del juego que en el estado de derecho disciplinan la función penal... no es otra cosa que la primacía de la razón de estado sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada. Y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y garantías sino supraordenado a ella...”<sup>18</sup>.*

A partir de las palabras del doctrinario italiano, y partiendo desde panorama que se describió líneas arriba en un repaso muy breve ya que hay suficiente literatura al respecto, es momento de hacer una nueva reflexión.

Puede comenzarse con la afirmación de que ***el Derecho Penal Juvenil en Argentina, actúa como un Derecho Penal de excepción – o de emergencia – tanto por omisión, como por acción directa, en la práctica judicial diaria.*** O sea, el neotutelarismo que se vive hoy en materia penal juvenil es un derecho penal de excepción, con claras características de perennidad.

El primer fundamento que sostiene tal afirmación, radica en la falta de legislación de un nuevo régimen penal juvenil que termine de una buena vez por todas con la existencia jurídica, mal que nos pese, del decreto ley que data de los tiempos de la última dictadura de origen cívico- militar. Como dije al comienzo, los proyectos de ley, solo se tratan en el Congreso – a guisa de lograr un buen efecto mediático - cuando

---

<sup>18</sup> Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, pág. 807/8, Ed. “Trotta”, Madrid, año 2006.

algún delito violento protagonizado por un niño o por un adolescente adquiere notoriedad pública. Eso sí, toman cierta influencia ambiental-coyuntural y muchas veces reflejan supuestas soluciones mágicas<sup>19</sup>, o con características de *mano dura* y más encierro para los jóvenes. Ahí, está entonces también, la primera de las omisiones del Estado.

Por otro lado, también puede concluirse, y tal como describe Ferrajoli al referirse a la tercera fase del estado de excepción, que la lógica de la emergencia se extiende a todo el sistema penal, y en particular, a la cultura de muchos de los jueces que juzgan a personas menores de edad, aunque comienza ya con la actuación de la policía<sup>20</sup>.

En el ámbito del Derecho Penal Juvenil, se continúa en gran medida, con el andamiaje propuesto en la vieja Ley Agote, y se sigue aplicando el decreto ley 22.278, aún en plena etapa democrática y con la conocida suscripción a tratados internacionales en materia de niñez, en algo que podría, personalmente denominar, ***prórroga tácita del derecho penal de emergencia***.

En esta línea de exposición, pienso que la Convención Internacional de los Derechos del Niño no pudo romper en su totalidad, con tal esquema, y aún con su actual vigencia, y salvo honrosas excepciones, la vieja ley del Patronato de Menores y sus normas aliadas, funciona en la práctica, como *excepcionalidad penal* o de emergencia, suplantando pues, a lo que debería aplicarse nada menos que como mandato constitucional, sumado a que la falta de legislación a la que me referí líneas arriba, transita como excusa de muchos magistrados para seguir *tutelando*<sup>21</sup>, sin detenerse en la clara operatividad de sus preceptos.

Otra de las características que sostiene la afirmación ya expuesta más arriba, es que cuando se habla de *excepcionalidad penal*, los trámites procesales no se vuelcan a

---

<sup>19</sup> La baja de edad de la punibilidad, por ejemplo, que obviamente, persigue un fin de mayor expansión del punitivismo estatal, y consecuentemente, de mayor privación de la libertad a menor edad.

<sup>20</sup> “...La tesis que sostendré es que el principio de la razón de estado es incompatible con la jurisdicción penal dentro del marco del moderno estado de derecho, de forma tal que cuando interviene – como en el derecho penal de emergencia – para condicionar las formas de la justicia, o peor, para orientar un concreto proceso penal, entonces ya no existe jurisdicción sino otra cosa: arbitrio policial, represión política, regresión neoabsolutista del estado a formas premodernas...” (*“Derecho y razón... op. cit.”*).

<sup>21</sup> Quizás con un lenguaje más florido y políticamente correcto (alineado a la Convención), pero *tutelando* al fin y al cabo.

hacer derecho penal de acto, sino directamente derecho penal de autor. Ya no interesa la investigación de un hecho determinado, sino que importa el análisis de toda una *fenomenología criminal*<sup>22</sup>. Sin dudas, esto, en especial, está muy a la vista cuando se habla de Derecho Penal Juvenil.

Sergio Tonkonoff dice, refiriéndose a los jóvenes y en este último sentido que vengo señalando, que el sistema penal selecciona y pone del lado de la ilegalidad al grupo, desde no hay retorno posible<sup>23</sup>.

Toda esta cultura policial y judicial, más parecida a un *estado de guerra* en el que se pelea contra un *enemigo*<sup>24</sup> (el niño o joven presuntamente infractor en nuestro caso) está tan arraigada en muchos de sus operadores, que se termina creyendo que se actúa de acuerdo con la Constitución Nacional, y por lo tanto, y al decir de Ferrajoli, se pierde la diferencia entre normalidad y excepción, creyendo que la segunda es la primera<sup>25</sup>.

Así, entiendo, que nos parece *normal* el estado actual del Derecho Penal de Niños y Jóvenes y todo su sistema, alejado en buena forma de la *promoción y protección integral de los derechos* que exige el mandato constitucional, y más aún, y volviendo a reflexiones anteriores, cuando ello responde a los llamados e informes de la opinión pública exacerbada por algunos comunicadores<sup>26</sup>.

Actualmente en el país, también se puede ver un ejemplo de la lógica de la emergencia o excepcionalidad penal, en los montajes de mayor uso de las fuerzas de seguridad, para combatir, justamente, la *inseguridad ciudadana*. Hace unos meses, leí

---

<sup>22</sup> “Derecho y razón...” *op. cit.* pág. 823.

<sup>23</sup> “Jornada: Jóvenes y legalidad. Reconfiguraciones en el abordaje de la conflictividad penal juvenil”. Ftad. de Periodismo y Comunicación social de la Universidad de la Plata, 14/11/2011.

<sup>24</sup> “... El derecho penal del enemigo existe entonces en los hechos. Existe porque es necesario. Si efectivamente es necesario, es también legítimo. Así, la argumentación de Jakobs pasa del orden de la constatación descriptiva al de la hipótesis explicativa y de ésta a una afirmación prescriptiva...” (Pavarini, Massimo, “Castigar al enemigo...*op.cit.*)

<sup>25</sup> “Derecho y razón...” *op. cit.* pág. 831

<sup>26</sup> Gustavo Beade (“El populismo penal y el derecho penal *totoderreno* en la Argentina”, publicado en la revista digital “Pensamiento penal” n° 134) , advierte, citando a Zimring, que el sistema penal es imaginado como un juego de suma cero, ya que nada que puede lastimar a los imputados, por definición, podría ayudar a las víctimas. En otro pasaje, dice que la demanda populista por el endurecimiento de la ley penal tiene mayor perdurabilidad en ciertos casos en donde las víctimas pertenecen a un estrato alto de la sociedad, y que muchas veces tienen mayor afinidad para acceder a los medios de comunicación o por lo menos, más dinero con el mismo fin.

un artículo periodístico, en el que se expresa que la ministra nacional de seguridad, Nilda Garré, anunció que incrementarán los controles en los puntos de acceso a la ciudad de Buenos Aires, con la incorporación de setecientos gendarmes<sup>27</sup>, lo que se suma a lo que hace meses se formó en el llamado “Cinturón sur” de la ciudad, y que aumentó la presencia de uniformados en los barrios de ese sector porteño. La funcionaria indicó que esta presencia se da como *factor disuasivo*.

Lo importante, sería quizás, que el control se de por parte del poder político y que esto sea definitivamente así, con una mirada puesta en las medidas sociales y no en la *selección social*, para no caer en la primera de las fases descriptas por Ferrajoli, relacionada con el *derecho especial de policía* en el que el actuar de las fuerzas de seguridad se amplían en cuanto a sus facultades y competencias, y se avanza sobre las garantías personales<sup>28</sup>.

Por último, resulta más ilustrativo que las propias palabras, las que expresara una especialista en la materia, a propósito de la excepcionalidad penal: “... *Aunque se tratara de los asesinos más brutales, existen límites punitivos que jamás deben correrse, porque cuando se corre un límite que tiene que ver con la descarga punitiva del Estado, con la justificación de que ocurre algo excepcional, cae todo el sistema de garantías del Estado de Derecho..... imponer prisiones perpetuas a personas menores de edad, frente a la supuesta excepcionalidad de sus hechos, es un acto similar a aplicar un poco de tortura, frente a la necesidad de resolver un delito o de evitarlo...*”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Periódico “Página 12” edición del 23/11/2011.

<sup>28</sup> “...los *derechos de libertad*, junto con el derecho a la vida y a la integridad personal... son interpretables como derechos dirigidos a prevenir el dolor inflingido, o sea el mal provocado por los hombres, a través del derecho penal y la regulación y minimización de la reacción punitiva del delito. Por otro lado, todos los *derechos sociales*... pueden ser concebidos como expectativas positivas, o sea a prestaciones públicas dirigidas a reducir el dolor sufrido, en un sentido amplio natural, como las enfermedades, la indigencia, la ignorancia, la falta de medios de subsistencia...” (Luigi Ferrajoli, “*Derecho y dolor*”, traducción de Miguel Carbonell, Edición digital a partir de “Isonomía”: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 27 (octubre 2007), México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.], pág. 195, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)).

<sup>29</sup> Claudia Cesaroni, “La vida como castigo...” Op. cit. págs. 101 y 102.