

“PENETRAR EN EL ALMA DEL NIÑO”.

REFLEXIONES SOBRE EL DISCERNIMIENTO DE LOS MENORES DELINCUENTES

(BUENOS AIRES, 1887-1919)

“DIGGING INTO CHILDREN’S SOULS”

REFLECTING ON THE DISCERNMENT OF JUVENILE CRIMINALS

(BUENOS AIRES, 1887-1919)

RESUMEN. Este trabajo se propone reflexionar sobre una figura legal medular en el juzgamiento de los menores de edad delincuentes entre fines del siglo XIX y las primeras dos décadas del siglo XX: el discernimiento. Configurada como tal desde la propia codificación penal, el discernimiento se irguió en el centro del debate jurídico que aquí reconstruimos sobre la punición de los menores. También nos detenemos en las críticas doctrinarias que recibió esta noción por parte de los juristas más renombrados de la época; y recalamos en las formas que una serie de intelectuales de segunda línea pensaron las particularidades del castigo de menores de edad en una época en que éste era indiferenciado del de los delincuentes adultos. Asimismo, nos preocupa encontrar en las prácticas judiciales las marcas que reponen los usos que los magistrados hacían del discernimiento a la hora de tomar decisiones que afectaban el destino de niños y jóvenes infractores.

PALABRAS CLAVE. Menores de edad - Castigo infantil - Discernimiento

ABSTRACT. This paper aims at reflecting on a leading legal entity in juvenile criminals’ trials between the end of the XIX and the first two decades in XX: the discernment. Taken as such in the very criminal codification, the discernment came into the spotlight in the legal debate that we reconstruct here related to the punishment of juveniles. We also examine the scholar opinions about this concept given by the most prominent legal experts of that time as well as the ways of punishment for juveniles pondered by a group of intellectuals on the B-list in a period when juvenile punishment was different from the adult one. Besides, we aim at finding any hints in the legal practices that let us learn how magistrates make use of the discernment when making decisions influencing the child and young criminals’ destiny.

KEY WORDS. Juvenile criminals - Child Punishment - Discernment

*“¿Cómo penar igualmente
al menor de facultades no desarrolladas del todo
y al hombre íntegro en cuanto a su desarrollo?
¿Cómo la pena para uno y para otro ha de ser
de la misma índole y de la misma naturaleza?”*

Pedro V. Meléndez, 1900¹

En los años 1891 y 1892, alrededor de dos mil niños y jovencitos fueron encerrados en la Cárcel Correccional de Varones. Era una “lóbrega mansión” que “en un espacio reducidísimo y en las peores condiciones higiénicas” amontonaba a menores delincuentes encausados y condenados; huérfanos y ‘abandonados’ a disposición de los Defensores de Menores; ‘vagos’ y ‘viciosos’ levantados en las calles y paseos públicos por la Policía de la Capital y a los ‘díscolos’ e ‘incorregibles’ enviados en corrección paterna. En estos términos se describía el panorama al interior de esta primera institución dedicada al castigo de menores de edad:

“el cuadro que presentan los detenidos horripila. Rostros indescifrables por la suciedad que los cubre, cabellos largos y enmarañados endurecidos por la tierra, campo fecundo para la multiplicación de insectos, complementan el rostro, dando a la fisonomía un aspecto patibulario. No hay uno solo que tenga camisa, cubiertos con harapos repugnantes, la mayor parte descalzos, sin una sola manta que los abrigue en la noche contra los rigores de la estación, forman un conjunto imposible de parangonar con nada de lo conocido”².

En el último cuarto del siglo XIX en la Argentina se asiste al proceso de diferenciación – jurídica, conceptual, metodológica y espacial- del castigo infantil respecto del de los adultos. Este proceso que aquí pondremos en primer plano y que corrió en paralelo a la consolidación del Estado Nacional y a la organización de varias instituciones sociales entre las que se destaca el sistema penitenciario, todavía nos resulta mal conocido.

¹ Pedro V. Meléndez: *Breve estudio sobre menores delincuentes y escuela correccional*, Tesis presentada para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Imp. T. Nettekoven e Hijo, Buenos Aires, 1900, p. 28.

² “Acta de instalación de la Sociedad Patronato de la Infancia”, *Revista de Higiene Infantil*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, vol. 1, 1892, pp. 232-233 y 581-584.

El nacimiento de instituciones de encierro específicas para menores de edad en la Argentina ocurrió en el contexto de cambios estructurales de fines del siglo XIX. El estallido demográfico asociado a la inmigración masiva y las concomitantes transformaciones urbanas, la consolidación del modelo agroexportador, así como el nacimiento de las primeras formas de solidaridad y organización de la clase obrera –con sus consecuentes reacciones estatales que las caracterizaron como ‘cuestión social’- fueron algunos de los procesos que convergieron en la Buenos Aires finisecular para formar el escenario sobre el cual se montó el proceso que acá buscamos desentrañar.

La modernización de la Argentina no sólo involucró la infraestructura necesaria para que el modelo agroexportador se afanzara. También incluyó otras áreas de la vida social que, aunque recibieron una atención diferencial –cuando no tardía-, formaron parte de los ‘progresos’ que la Generación del ’80 se atribuía. La obra pública se concentró en los sectores directamente comprometidos con el desarrollo de las fuerzas productivas (desde los ferrocarriles hasta el tendido de una red cloacal y de distribución de agua, desde las actividades portuarias y los frigoríficos hasta el trazado urbano y la construcción de una red de hospitales). Sin embargo, otro tipo de obras encaradas por el Estado desempeñaron un importante rol simbólico y social, constitutivo de la forma de organización social capitalista moderna.

En confluencia con los estudios que han convenido que la prisión es indisociable del esquema interpretativo de la modernidad, este trabajo adhiere a las lecturas del castigo como ámbito en el que se expresan las contradicciones fundamentales de un proceso de modernización que, sin reemplazar ni transformar de raíz las estructuras y relaciones sociales tradicionales, ‘importaba’ modelos punitivos foráneos que debían adaptarse a las condiciones locales, dando por resultado una “modernidad híbrida” (Salvatore & Aguirre, 1996, p. xii)³.

Si bien el sistema penitenciario nacional fue siempre un asunto de segundo orden en la agenda política, hacia el último cuarto del siglo XIX estuvo sobre el tapete la discusión sobre los sistemas modernos de punición del crimen, la reforma carcelaria y los métodos adecuados para la regeneración del delincuente. Con la erección de la Penitenciaría de Buenos Aires en 1877 –luego nacionalizada-, la Argentina parecía entrar al panteón de naciones civilizadas que mostraba al resto del mundo los símbolos de modernidad punitiva.

³ Como admiten los propios editores, fue a partir de *Vigilar y castigar* (1975), de Michel Foucault, que las vinculaciones entre prisión y modernidad cobraron relevancia.

Sin embargo, la situación carcelaria estaba lejos de ser una panacea. Para entonces, en la ciudad de Buenos Aires, tanto la cárcel pública (también llamada ‘del Cabildo’) como la cárcel correccional de San Telmo vivían una situación “deplorable para sus alojados y amenazante para la población” (García Basalo, 1979, p. 161). Entre ambas sumaban alrededor de 600 personas y las epidemias eran una amenaza constante; el hacinamiento y la falta de higiene eran la norma. A ello debe sumarse la estrechez, la mala alimentación y la promiscuidad: hombres y mujeres, niños y adultos poblaban indistintamente las cárceles de la ciudad⁴.

Como ha demostrado Caimari (2002), la Penitenciaría resultó ser una isla de modernidad en un océano de atraso y precariedad penal: en su papel de institución ‘estrella’ concentró las transformaciones y las miradas, dejando a la mayoría de los establecimientos punitivos “dentro de parámetros prepenitenciarios y precientíficos” (p. 164). A un puerto cercano arribó Salvatore (2010) con la idea de “archipiélago penal bipolar” para referirse a la organización espacial y funcional del sistema carcelario argentino, el cual combinaba las técnicas más modernas de castigo en su tiempo (rehabilitación por medio del trabajo, educación elemental, tratamiento individualizado y sistema de gradación –todo lo cual se materializaba en la Penitenciaría-) con la anacrónica noción de expiación a través del sufrimiento (de la que el Penal de Ushuaia era el mejor símbolo). Modernidad y anacronismo simultáneos llevaron al autor a hablar de una hibridez que fue interpretada como un residuo colonial⁵. Así considerada, la anfibológica situación de las instituciones penitenciarias y de su evolución en el último cuarto del siglo XIX delató que las políticas penales encaradas por el Estado estuvieron lejos de ser certeras, unívocas y planificadas. En esta materia (como en tantas otras) el Estado ensayó respuestas contradictorias, haciendo uso y abuso del método de prueba y error.

⁴ Una descripción detallada del dantesco panorama que se cernía sobre los establecimientos penitenciarios hacia el último cuarto del siglo XIX puede encontrarse en Tomás Maldonado: *Higiene de cárceles y presidios*, Coni, Buenos Aires, 1874.

⁵ Melina Yangilevich (2014) demostró que la adopción del Código Penal de Tejedor en la provincia de Buenos Aires en 1877 junto con la inauguración de la Penitenciaría de Buenos Aires (así como también de las cárceles de San Nicolás, Mercedes y Dolores) coexistió con otras prácticas punitivas mucho menos modernas, como el confinamiento en Carmen de Patagones y el servicio de armas –por no mencionar la pena de muerte, que mantuvo vigencia en todo el país hasta la reforma del Código Penal de 1922-. Por su parte, Gisela Sedeillán (2012) procuró mostrar la amplia escala de matices que caracterizó a la justicia bonaerense a partir de la codificación penal, atendiendo al funcionamiento de las instituciones judiciales, con el objetivo de “identificar los rasgos de la cultura jurídica que prevalecieron a fuerza de la tradición y aquellos que mutaron al codificarse las normas”. También en el plano de la administración de justicia convivieron procedimientos y prácticas “inquisitoriales” con técnicas y preceptos nacidos de impulsos punitivos modernos.

La ambigüedad fue un rasgo característico no sólo del sistema penitenciario sino también de la codificación penal. El último cuarto del siglo XIX conoció un proceso de modernización de la justicia criminal, que se manifestó en una serie de transformaciones en las concepciones sobre el delito, el delincuente y la pena⁶. ¿Cómo se manifestó esa ambigüedad (penal y penitenciaria) en torno a los menores? Para responder esta pregunta creemos imprescindible restituir las marcas del proceso de segmentación social por el cual niños y jóvenes pasaron a “merecer” un castigo distinto del que recibían los adultos.

Este trabajo se interroga por el derrotero de una figura jurídica central para el juzgamiento penal de menores de edad: el discernimiento. En la primera parte, se indaga la forma en que el castigo infantil fue tomando cuerpo en el código penal, teniendo en cuenta el carácter prescriptivo de la normativa, que se ancla en el ámbito de lo ideal, y las distancias que lo separan del castigo real. Interesa retomar las discusiones sobre la naturaleza infantil, la capacidad para delinquir de los menores de edad y las cuestiones del discernimiento y de la imputabilidad, tal como se plantearon en el proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor de 1866/68, en el Código Penal Nacional de 1887 y en el Código de Procedimientos en lo Criminal de 1888; así como en los debates que desarrollaron quienes propusieron las sucesivas reformas a esta normativa.

Estas consideraciones generales, propuestas y debatidas por los juristas más influyentes de la época, contrastan con una serie de reflexiones mucho más específicas acerca del delito y la corrección de menores de edad producidas por un grupo de intelectuales de segunda línea de fines del siglo XIX. Así, la segunda parte del trabajo se detiene en sus tesis universitarias, algunas de ellas de la Facultad de Derecho y otras de la de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, así como en algunos impresos, opúsculos y folletos editados por entonces. Ellas reflejan una serie de observaciones, impresiones, preceptos, prejuicios y argumentos acerca del delito cometido por menores de edad, su etiología y sus remedios. De este modo, desde el ámbito del derecho se dejaron sentadas las bases intelectuales para un debate acerca de la naturaleza infantil y su proximidad al universo delictivo; así como un abanico de propuestas sobre los modernos métodos penológicos de reforma y corrección de los menores infractores que iban desde la educación hasta la prisión. El común denominador de todas las recetas fue la necesidad imperiosa de generar espacios

⁶ Dicho proceso no se limitó a nuestro país, sino que fue una tendencia que recorrió toda América Latina. Al respecto, véase Salvatore & Aguirre (1996); Aguirre & Buffington (2000); Salvatore, Aguirre & Joseph (2001); Caimari (2004) Y Salvatore (2010).

institucionales y metodologías correctivas específicas para la “infancia abandonada y delincuente”.

EL CASTIGO INFANTIL ANTE LA CODIFICACIÓN

La introducción de un estatuto jurídico diferencial para el menor infractor es previo al nacimiento de instituciones de castigo específicas para menores de edad y en parte –vale la pena tenerlo presente- forma parte de la herencia legal de la colonia (Sedeillán, 2010).

En 1863 el presidente Bartolomé Mitre nombró a Carlos Tejedor responsable de la redacción del Código Penal que habría de adoptar la República Argentina⁷. Éste entregó la parte general en 1866 y la especial en 1868, sumando 450 artículos y cientos de notas que recogían coincidencias y discordancias con antecedentes romanos, castellanos y patrios, así como con otros códigos penales contemporáneos (entre los que se desatacan el de Baviera, el peruano, el de Luisiana y el español). El proyecto de Tejedor fue adoptado por varias provincias, entre ellas la de Buenos Aires en 1877 y por la Capital Federal en 1881. No obstante, el Congreso Nacional encargó a una Comisión integrada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García (p) que lo examinara. El Congreso Nacional terminó aprobando en noviembre de 1886 un código híbrido, que recogía elementos de ambos trabajos. Este primer Código Penal nacional entró en vigencia el 1º de marzo de 1887 y al año siguiente se sancionó el Código de Procedimientos en lo Criminal (Levaggi, 1978).

El Código Penal nacional de 1887 –al igual que el proyecto elaborado por Carlos Tejedor en la segunda mitad de la década de 1860- alzó su arquitectura sobre las nociones de responsabilidad individual y libre albedrío, preceptos centrales de la penología clásica que en materia de castigo de menores se tradujeron en el establecimiento de sucesivas ‘barreras’ etarias que, en la medida en que se acercaba la mayor edad, habilitaban diferentes puniciones. Hasta los 10 años establecía la irresponsabilidad absoluta del niño, lo cual implicaba su completa eximición de pena⁸. Esta disposición era apuntalada por una

⁷ Carlos Tejedor (1817-1903) se formó como abogado; fue jurisconsulto y político. Fue diputado nacional, embajador, ministro de Relaciones Exteriores y gobernador de la provincia de Buenos Aires. Desde 1857 hasta que fue convocado para redactar el proyecto de Código Penal, estuvo al frente de la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires.

⁸ Artículo 81, inc. 2º. *Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, Imprenta de Sud América, 1887. El Código Penal nacional mantuvo, en este aspecto, lo dispuesto por el código elaborado por Carlos Tejedor.

perspectiva que concebía un desarrollo lento y gradual de la inteligencia humana, por la cual -se argumentaba- “el niño carece de juicio, de reflexión, de discernimiento” y sus actos no reúnen “las condiciones morales de la imputabilidad”⁹.

Sin embargo, la presunción de inocencia que se hallaba absoluta y universal hasta los diez años, se iba debilitando conforme avanzaba el tiempo y ello ameritaba el examen detenido de cada caso. En este sentido, el inciso 3° del artículo 81 establecía la capacidad de penar a los menores de entre diez y quince años que hubieren delinquido sólo si hubieren obrado con discernimiento. El Código de Tejedor libraba al criterio de los magistrados la definición de la medida de las penas, de acuerdo a la evaluación de una cantidad de características de cada menor infractor: naturaleza del delito, edad, inteligencia, educación y la manifestación de “malas inclinaciones”. Todo esto anticipaba en cierto modo la idea que encierra la noción de discernimiento, a pesar de que en su obra Tejedor no usaba esta expresión, sino que se refería a la ‘capacidad de imputabilidad’ de los menores. La noción de discernimiento estará en el corazón de las disposiciones sobre menores delincuentes que estableció el Código de Procedimientos que entra en vigor en 1889. En el artículo 261 su autor, Manuel Obarrio, preveía la comprobación del “criterio del procesado” en función de “su aptitud o discernimiento para delinquir”, para lo cual habilitaba a estudiar sus “circunstancias personales”, “el grado de desarrollo de las facultades intelectuales del procesado, y sobre el estado de su instrucción”¹⁰.

En cualquier caso, la minoría de edad del sujeto infractor se constituía como una de las circunstancias atenuantes del delito (art. 83, inc. 2°) que sería tomada en consideración por el juez a la hora de castigar al menor delincuente. Gracias a un ejercicio aritmético, los jueces estaban en condiciones de penar a los reos partiendo de un promedio entre un máximo y mínimo ya establecido para cada delito de acuerdo a las circunstancias de cada caso, práctica que constituyó una de las formas que tomó el precepto de la individualización de la pena en nuestro país. Así, el código habilitó la posibilidad de que los

Tejedor justificaba la elección de los 10 años como corte para la inimputabilidad absoluta de los menores alineándose con el Código Penal de Austria y el de Luisiana y, al mismo tiempo, amparándose en las Partidas como antecedente legislativo local inmediato, que establecían que el menor de diez años y medio era “incapaz de culpa”. En su apoyo citaba a Rossi, quien consideraba que colocar en el banquillo de los acusados “a un niño que no tiene ocho o nueve años cumplidos es un escándalo, es un acto afligente que nunca tendrá el asentimiento de la conciencia pública”. Carlos Tejedor: *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Vol. 1, Buenos Aires, Comercio del Plata, 1866, p. 177.

⁹ *Curso de derecho penal. Lecciones del Dr. Manuel Obarrio en la Universidad de Buenos Aires, tomadas y publicadas por Mariano Orzábal (estudiante de jurisprudencia y taquígrafo)*, Lit., Imp. y Enc. La Unión, Buenos Aires, 1884, p. 255.

¹⁰ Código de Procedimientos en lo criminal para la Justicia Federal y Ordinaria en la Capital y Territorios. Ley N° 2372/1888, Art. 261.

magistrados disminuyesen la duración de la pena con arreglo a la edad y, a su vez, ‘rebajó’ la penalidad en cuanto a las circunstancias del cumplimiento de la condena¹¹.

Lo que resulta llamativo al confrontar el proyecto de Tejedor con el Código Penal nacional de 1887 es la ausencia, en este último, de referencia alguna a las condiciones de cumplimiento de la condena por parte de los menores de edad. En este sentido, Tejedor había previsto que esas penas deberían ser purgadas separadamente de los demás condenados adultos “en las cárceles o penitenciarías destinadas a ese objeto”. Además, disponía que los menores tuvieran un régimen de trabajo moderado, acompañado de educación religiosa y moral apropiada a sus años¹². Sin embargo, al nacionalizarse el Código Penal, esas consideraciones ‘insuperables’ habían desaparecido de la normativa. Sólo quedarían en pie las contemplaciones de la edad como criterio diferenciador del castigo que recibirían adultos y menores por la comisión de delitos¹³. Las condiciones efectivas del cumplimiento de la condena, omitidas en el Código de 1887, serán la piedra angular de los argumentos a favor de la puesta en pie de instituciones de encierro específicas para menores.

¹¹ Ya el Código de Tejedor preveía una serie de disminuciones de la pena siempre que los delincuentes fuesen menores de edad (Título IV; art. 4º). El artículo 62 del Código Penal de 1887 establecía que la pena de presidio se cumpliría en penitenciaría siempre que se tratase de individuos considerados en ‘inferioridad de condiciones’ en relación a los hombres adultos –disposición que alcanzaba a mujeres, hombres débiles, enfermos, mayores de 60 años y menores de edad. En el mismo sentido, el artículo 59 conmutaba la pena de muerte por la de penitenciaría por tiempo indeterminado. Justificando la eximición de la pena de muerte para los menores de edad, Tejedor evocaba a Haus al afirmar que “la vivacidad de las pasiones que animan a la juventud, la falta en esta edad de una perversidad endurecida, la certidumbre de llegar a la enmienda del acusado, todo aconseja a la sociedad usar la indulgencia con semejantes culpables y no enviarlos a la muerte”. C. Tejedor: *Proyecto de Código Penal...*, op.cit., p. 181.

¹² Tejedor halló en el Código de Baviera los fundamentos de la sustitución de las prisiones por casas de corrección para los menores de edad, a los que encontraba “más ignorantes que pervertidos, más extraviados que culpables”. Era esa la población que se tenía en mente al planificar el sistema penitenciario, justamente por su capacidad de enmienda: “a esa edad los hábitos no están arraigados, ni los sentimientos pervertidos”. C. Tejedor: *Proyecto de Código Penal...*, op.cit., p. 182. Véase específicamente, el Título III: De las causas que eximen de pena, artículo 2º y el Título IV: De la atenuación legal de la pena, artículos 2º a 7º. Casi setenta años más tarde, un prolífico jurista calificaría a estas consideraciones iniciales respecto de las condiciones de cumplimiento de las penas en menores de edad como un “régimen penal insuperable”, resultado de que Tejedor se había adelantado a su época al prestarle al tema de la minoridad “toda la atención imaginable”. Juan Silva Riestra: *Carlos Tejedor: su influencia en la legislación penal argentina*, Estudios, Buenos Aires, 1935, p. 23 y 24. Sobre las influencias del Código de Baviera en la codificación penal argentina, véase DUVE (1999).

¹³ Para el penitenciarista José Luis Duffy, el Código Penal redactado por Tejedor “era mucho más humano” que el sancionado en 1887, no sólo porque preveía una fase etaria en que la imputabilidad estaba en discusión, sino porque establecía que entre los 10 y los 14 años sólo podrían aplicarse castigos “con prisión de dos meses a un año”. José Luis Duffy: “La infancia culpable. Crueldad y deficiencia de la legislación”, *Revista Penitenciaria*, Año II, Nº2, octubre de 1907, p. 12.

Como ya hemos adelantado, el Código Penal se hacía eco de las nociones ya presentes en la legislación colonial en relación a la primera infancia como condición de inimputabilidad. En el mismo sentido, lejos de ser percibido como un rasgo modernizador de la práctica jurídica, la figura del discernimiento no siempre logró una aceptación unánime. Rodolfo Rivarola¹⁴ fue el principal –aunque no el único– crítico de esta disposición que, a su entender, era triplemente defectuosa.

En primer lugar, Rivarola se oponía a la figura del discernimiento por estar en contradicción con el artículo 54 del Código Civil, que establecía la irresponsabilidad absoluta de los menores impúberes (esto es, hasta los 14 años).

En segundo término, Rivarola criticaba esta figura por supeditar la ‘inocencia’ de los menores a una noción tan abstracta como maleable –el discernimiento– que no necesariamente se adquiría en el natalicio. Apoyando su caracterización, Rivarola citaba la definición de cinco grandes juristas de la escuela clásica penal que aludían, cada una, a distintos aspectos de lo que podría denominarse discernimiento, para que abogados, jueces y médicos-legistas “saquen de ellas en limpio lo que puedan sacar”, con el objetivo de dar por tierra con el diálogo de sordos que protagonizaban los distintos actores involucrados en la dificultosa tarea de evaluar al menor que infringió la ley penal: “Es difícil suponer que contestarían el juez, el perito, el acusador y el defensor si de pronto fueran interrogados sobre lo que cada uno de ellos entiende por discernimiento”, sostenía Rivarola agudamente¹⁵.

En tercera instancia, Rivarola ponía en cuestión la figura del discernimiento tal como estaba prevista en la codificación por librar a la corrección doméstica al menor declarado

¹⁴ El jurista Rodolfo Rivarola (1857-1942) fue redactor del Código de Procedimientos de la Provincia de Corrientes. Se desempeñó a su vez como juez del crimen, rector de la Universidad Nacional de La Plata y fundador de la *Revista Argentina de Ciencias Políticas*.

¹⁵ Rodolfo Rivarola: *Derecho penal argentino*, Hijos de Reus, Buenos Aires, 1910, p. 409. En sentido contrario opinaba Manuel de Sautu Riestra, quien se oponía a admitir la irresponsabilidad absoluta de los menores de diez años, con el argumento de que “la sociedad debe tener los medios necesarios para su defensa y para la seguridad de la convivencia social”. Y si admitía que la ley no podía ser casuística, lo hacía en la medida en que consideraba que sí podían operar de esa forma los magistrados, a los que había que dotar, entonces, de la “mayor amplitud de atribuciones, para que estudiando las condiciones y el desarrollo de las facultades del niño delincuente, deduzca su grado de responsabilidad”, tal como el código prescribía que se hiciera con los jovencitos de entre diez y quince años. Manuel de Sautu Riestra: *Minoridad delincuente*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Jurisprudencia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Imprenta Nacional, 1901, p. 150.

irresponsable por actuar sin discernimiento, cesando toda jurisdicción criminal sobre él¹⁶. En relación con esto, se preguntaba: “¿con qué juicio, con qué criterio, se devuelven a la libertad y a los padres indignos o inhabilitados para gobernarlos y educarlos, a los niños delincuentes?”¹⁷. Esta interpelación estaba en absoluta consonancia con los diagnósticos más generales de las elites morales respecto de la inquietud que generaban no ya los niños sino sus propias familias, en la medida en que no se las consideraba moralmente capaces de criar a su prole.

El argumento central de Rivarola descansaba sobre la contradicción que existía entre tomar la edad y el discernimiento, combinados, como factores que determinaban la irresponsabilidad (o no) del sujeto en cuestión. Para él,

“o es la razón de la edad, por sí sola e independientemente del discernimiento, la que decide la irresponsabilidad (...) o es la falta de discernimiento la que excusa el delito, y entonces hay que atender a ella y no a la edad”¹⁸.

Por eso, proponía establecer los 14 años como “divisoria neta de la responsabilidad”, no porque creyese que antes de entonces lo menores no tienen discernimiento, sino porque

“un menor de 14 años, en virtud de sus cualidades personales diversas, de su desarrollo incompleto, de su escasa fuerza para resistir a las tentaciones, de los cambios que en él se han de operar necesariamente, y de la serie de datos positivos que lo diferencian de los mayores de esa edad –aunque comprenda la criminalidad de

¹⁶ R. Rivarola: *Derecho penal argentino*, op.cit., p. 405. Existió cierto consenso alrededor de la desaprobación de la corrección doméstica como única punición para los menores que habían actuado sin discernimiento, los que –al igual que ocurría con los de menos de 10 años- eran entregados a sus familias. Al respecto, Zubiaur entendía que “la corrección doméstica es (...) nula o insuficiente, sino perjudicial porque los menores criminales no se reclutan en el seno de las familias que pueden educarlos o corregirlos, sino en los lupanares de la miseria o en los antros del crimen”. José Benjamín Zubiaur: *La protección al niño. Estudio de las principales disposiciones del Código Penal argentino sobre los menores de edad y de los medios de protección y corrección para los mismos*, Tesis presentada para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Imprenta de Luis Maunier, 1884, p. 32. Otro tanto opinaba Benjamín Dupont: “Puesto que la sociedad no está autorizada por la Ley para castigar como es debido a los menores delincuentes y [a] los ladronzuelos, debería darles (...) una educación física y moral para impedir que aquellos malaventurados niños lleguen a endurecerse en el robo y en el crimen”. Esa educación ‘física y moral’ era identificada con la educación correccional que, en consonancia con Zubiaur, era reclamada para todos los menores infractores no punibles. Benjamín Dupont: *Patronato y asistencia de la infancia. Consideraciones sobre la necesidad imprescindible de una ley de protección a la infancia y estudio sociológico sobre la necesidad de reformatorios para los niños moral y materialmente abandonados*, Buenos Aires, Tipo-Lito del Sport, 1894, p. 17.

¹⁷ R. Rivarola: *Derecho penal argentino*, op.cit., p. 413.

¹⁸ R. Rivarola: *Derecho penal argentino*, op.cit., p. 408.

un hecho y lo ejecute a desigmo- *no podrá ser equiparado a un adulto para responsabilizarlo de igual manera y someterlo a la misma penalidad*¹⁹.

Los reparos de Rivarola para con “un término tan indefinido y susceptible de dudas” como el discernimiento tenían fundamentos empíricos: el discernimiento era materia opinable²⁰. Coincidimos con Ruibal (1996) cuando sugiere que la rigidez del Código Penal contrasta con la vivacidad del debate intelectual que motorizaba un código que había nacido desfasado de las nuevas concepciones antropológicas del derecho penal, la medicina legal, el higienismo, la penología y la criminología. Ese desfase entre ideas y leyes; entre doctrina jurídica y prácticas y procedimiento judiciales fue “fuente de fricción en los procesos judiciales” (p. 196).

En septiembre de 1918 el caso de Eglantina Estela Acevedo llegó a la Cámara de Apelaciones: se trataba de una chica de 14 años procesada por hurto. A lo largo del juicio, el delito se comprobó -ella misma lo confesó- pero no había acuerdo sobre la responsabilidad penal de la menor. Los fundamentos del fallo de segunda instancia asentados en una de las más importantes revistas de jurisprudencia de la época habilitan la problematización del discernimiento como figura jurídica²¹.

Uno de los camaristas, el Dr. Ricardo Seeber, consideraba que la inteligencia “normal” de la procesada, que estaba en consonancia con “su edad y medio social en que se ha desarrollado, medio inferior por cierto”, así como “la forma en que obró la menor después del hurto y su confesión, revela[ban] la ingenuidad” de la chica. Para Seeber, Eglantina no era responsable criminalmente puesto que no poseía “un discernimiento superior al que corresponde normalmente a los menores de esa edad”. Primera interpretación: para poder penar a la menor, debía tener un discernimiento superior a la media de su edad.

¹⁹ “Proyecto de Código Penal de 1891”, citado en R. Rivarola: *Derecho penal argentino*, op.cit, p. 406, destacado mío. Es interesante poner de relieve que recién con la redacción del Proyecto de Código Penal de 1891, Rivarola y sus co-redactores (Piñero y Matienzo) reaccionaron contra el discernimiento como llave que habilitaba la punición de menores entre 10 y 15 años. En su trabajo del año anterior, Rivarola no se detenía en esta figura más que de pasada: “¿Qué es el discernimiento del que habla la ley? ¿Cómo puede comprobarse? Tener discernimiento de una acción es conocer claramente lo que se ejecuta y hallarse en estado de apreciar las consecuencias del hecho”. Rodolfo Rivarola: *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Ed. Félix Lajouane, Buenos Aires, 1890, vol. 1, p. 114. Así, en este texto no ahondó en las implicancias que la adopción del discernimiento tenía en el procesamiento y condena de menores de edad, lo cual -a juzgar por la postura adoptada en el proyecto de Código Penal del año siguiente- no significa que la aceptase sin reservas.

²⁰ R. Rivarola: *Derecho penal argentino*, op.cit., p. 405.

²¹ Cámara Criminal y Correccional de la Capital de la República. Discernimiento – Hurto – Menores de 15 años. *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 1, 1918, pp. 496-498. Todas las expresiones entrecorridas de los párrafos que siguen pertenecen a esta fuente, salvo que se indique lo contrario.

Téngase presente que en primera instancia se había fallado a favor de la acusada, en la medida en que no se había comprobado que hubiese obrado con discernimiento. Sin embargo, la querrela había apelado la resolución del juez aduciendo que “la Acevedo es una ladrona vulgar y reincidente” (aunque no tuviese antecedentes penales).

Otro de los comentaristas, el Dr. Frías, tampoco creía que Eglantina hubiese actuado con discernimiento. Para Frías, el discernimiento iba más allá de la comprensión del hecho delictuoso y de la diferenciación moral entre lo bueno y lo malo, lo permitido y lo prohibido. Según el camarista, se hacía necesario

“que el juez tome como base, además de la inteligencia ordinaria del menor, el conocimiento que éste tenga de las cosas y del mundo, ese adelanto de malicia, esa comprensión de las consecuencias del acto que realiza y del resultado de sus consecuencias. La menor ha podido saber que el acto que realizaba era malo, pero por ello no se puede establecer que haya obrado con discernimiento”.

Segunda interpretación: el discernimiento implica una serie de cuestiones entre las que se destaca la capacidad de comprender lo equivocado de la acción y medir sus consecuencias.

Eglantina fue absuelta de culpa y cargo. Sin embargo, hubo quien opinó en minoría, argumentando que Eglantina Acevedo había obrado con discernimiento. Para el camarista González Roura, la comprobación del discernimiento en los menores delincuentes de entre 10 y 15 años consistía en verificar “si a esa altura de la vida se encuentra aún en condiciones mentales deficientes”. Dado que Eglantina no sufría de patologías que afectasen su desarrollo mental, González Roura aceptaba como válidos los argumentos de la querrela (expresados –a su juicio- con “veracidad y recto criterio”) y sostenía que “la reo (sic) obró con el discernimiento suficiente para conocer lo inmoral e ilegítimo de la acción que cometía”. Tercera interpretación: el sujeto de entre 10 y 15 años es punible si no presenta ‘retrasos’ o síntomas de ‘anormalidades’ en su desarrollo intelectual²².

Tres altas autoridades judiciales con tres criterios diferentes para juzgar un mismo caso. Tres funcionarios encargados de la administración de justicia que tenían ante sí el mismo expediente y la misma imputada no apreciaban lo mismo al examinar si la muchacha había obrado (o no) con discernimiento al momento de llevarse lo que no era suyo.

²² Sobre las confluencias de la medicina legal y el derecho penal en torno a lo patológico, cfr. Beatriz Ruibal (1996).

Si la introducción de la figura del discernimiento como clave para definir la imputabilidad de los menores de entre 10 y 15 años no constituyó una innovación –sino más bien un lastre del régimen legal de la colonia-, la práctica punitiva diferencial para adultos y menores (plasmada en distintos espacios de reclusión y –al menos retóricamente- en diferentes sistemas correccionales) sí constituyó un rasgo de modernización penal, aunque hubiese que esperar a los últimos años del siglo para verla materializarse.

LA PENA IMAGINADA

A fines del siglo XIX las preocupaciones por la infancia estaban íntimamente vinculadas a su potencial: eran el “capital humano de la Nación” (Colángelo, 2011, p. 102). Así, la constitución de ciertos campos de saber en torno a la niñez fue inseparable de los debates políticos que la concebían como problema social: la mortalidad, el abandono, la vagancia, el trabajo y la delincuencia infantiles fueron parte nodal del repertorio de ansiedades que desvelaron a políticos, funcionarios y hombres de ciencia.

La medicina y el derecho fueron los saberes que más tempranamente manifestaron interés en eso que se dio en llamar “infancia abandonada y delincuente”, formulando diagnósticos y proyectando modos particulares de intervención²³. En este sentido, las tesis doctorales de una serie de intelectuales de segunda línea constituyen una interesante cantera de imágenes e ideas acerca de la “naturaleza infantil”, los motivos de su desviación hacia la “mala vida” y los modos de su regeneración²⁴.

Si bien tenían intereses rectores disímiles, médicos y abogados coincidieron en una matriz interpretativa común acerca del niño. Sus definiciones fueron gestadas en oposición al adulto, identificado con el individuo moderno. Incapaz, irracional, irreflexivo, irresponsable, inmaduro, asocial, asexual, incompleto: el niño era un cúmulo de negatividades y carencias.

²³ Recién en los primeros años del siglo XX la psicología, la pedagogía y la criminología –así como los primeros penitenciarios- se ocuparán del niño “no normal” en un proceso que corrió paralelo a su constitución como saberes científicos. Sobre la conformación de la pediatría y la puericultura como saberes expertos, véase Billorou (2006); Talak (2008) y Colángelo (2012).

²⁴ Sobre las tesis para optar por el grado de Doctor en Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, véase Gonzalez Alvo & Riva (2016).

Desde la medicina legal, un emplazamiento bisagra entre ambos campos del saber, Alejandro Murguiondo procuró articular tempranamente las particularidades de la criminalidad infantil como expresiones patológicas de trastornos psico-orgánicos con las disposiciones legales que preveían su pena²⁵.

La capacidad para reconocer “la importancia legal de un acto (discernimiento) y para decidirse a cometerlo o no (libre albedrío)” era la piedra angular de un moderno derecho criminal que distinguía entre el desarrollo completo de las facultades morales y de la responsabilidad jurídica que le competía a un individuo adulto, de la evolución incompleta del menor, que reducía su capacidad para comprender la distinción entre el bien y el mal, lo justo y lo injusto, lo permitido y lo prohibido²⁶.

Sin embargo, estas consideraciones, tan propias de la escuela clásica acerca de la penalización del menor de edad, no distaban mucho de otras más cercanas a la criminología positivista²⁷. El propio Rivarola encontraba que un “acto dañino” ejecutado antes de los diez años era imposible de reputar como “hijo de la maldad o de la falta de discernimiento”, ya que en él “no se encontraría sino la obra del instinto: es más el animal que el hombre el que vive en la primera edad”²⁸. Esta idea que enlazaba irreflexión, animalidad e infancia se emparentaba con la que sostenía Murguiondo, quien parafraseando a Lombroso entendía que “los gérmenes de la locura moral y del crimen” se encontraban

²⁵ Alejandro Murguiondo estudió medicina en la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Buenos Aires, defendiendo su tesis doctoral en 1887, apadrinado por el mismísimo titular de Medicina Legal y Toxicología (por entonces también Ministro del Interior), Eduardo Wilde. En su tesis procuró dejar sentada su experiencia como médico en la Cárcel Penitenciaria e incluyó un capítulo estadístico con los resultados recogidos de los exámenes llevados a cabo en ese establecimiento y la Cárcel Correccional. Alejandro Murguiondo: *La infancia y la vejez ante la medicina legal*. Tesis para optar al grado de Doctor en Medicina y Cirugía, Facultad de Ciencias Médicas, Universidad de Buenos Aires, Tipografía La Capital, 1887.

²⁶ Alejandro Murguiondo: *La infancia y la vejez ante la medicina legal...*, op. cit., p. 62.

²⁷ Sedeillán (2010) ha llamado acertadamente la atención acerca de la necesidad de matizar la idea que sostiene divisiones tajantes entre ambas escuelas y ha sugerido la labilidad de las fronteras entre el pensamiento de unos y otros.

²⁸ R. Rivarola: *Exposición y crítica del Código Penal...*, op. cit., p. 113. Los paralelismos trazados entre niños y animales –muy extendidos en la época– no se limitaron al intento de graficar la primacía del instinto en los primeros años de la vida humana, sino que fueron parte de la argumentación que se esgrimió, por ejemplo, desde el Patronato de la Infancia para reclamar al Congreso Nacional la sanción de una ley de protección de la niñez. En este sentido puede leerse el párrafo en el que, haciendo referencia a la ley de protección de animales sancionada el 3/08/1891, Francisco de Urriburu exhortaba, en 1895, a los senadores a expedirse en el mismo sentido: “si los actos de crueldad con los animales no podían tolerarse y debían desaparecer para honor del país y de su civilización, ¿cómo no se fundará y justificará la ley para amparar a los niños?”. “Patronato de la Infancia. Segunda Petición al Senado Nacional” en Faustino Jorge & Alberto Meyer Arana: *Protección a la infancia. Antecedentes para el estudio de una ley*, tomo I, Buenos Aires, Imprenta de Coni y Hermanos, 1908, p. 20. Similares argumentos que parangonaban a niños y animales como sujetos necesitados de protección formal y real pueden encontrarse en *Anales del Patronato de la Infancia*, vol. 1, 1892, p. 619 y vol. 3, 1894, pp. 654-655.

“no como una excepción sino de una manera casi normal en los primeros años del hombre”²⁹. Así, en ambas concepciones subyacía la idea de que el delito infantil era la representación de tendencias innatas, más heredadas que adquiridas. Pero lo que en Murguiondo servía como justificación de su tesis acerca de los ‘criminales de nacimiento’, en Rivarola era la base de su defensa de la educación “como único medio de reforma que puede emplearse en el niño”³⁰.

Esta idea de la educación y la corrección por sobre el castigo liso y llano constituía el ingrediente fundamental del recetario de la penología moderna, no sólo en la Argentina, sino también a nivel internacional. El Congreso Penitenciario Internacional reunido en Estocolmo en 1878 ya había votado una resolución en la que se reconocía explícitamente que “no se trata de ejecutar una pena o imponer un castigo, sino dar una educación que tenga como objetivo llevar a los discípulos a un estado que les permita ganarse la vida honestamente y ser útiles a la sociedad”³¹. Aunque con matices, muchos fueron los que se encolumnaron detrás de esta máxima.

El abogado y educacionista José Benjamín Zubiaur fue uno de los primeros en destacar el lugar que la educación debía jugar en el proceso de regeneración de la niñez “abandonada,

²⁹ A. Murguiondo: *La infancia y la vejez ante la medicina legal...*, op. cit., p. 28. Estas nociones pueden ser asociadas a todo un clima de ideas que, en distintas vertientes, eran deudoras de la teoría de la recapitulación de Haeckel, según la cual, “cada individuo atraviesa una serie de estadios que corresponden, en el orden correcto, a las diferentes formas *adultas* de sus antepasados”. El propio Lombroso incluyó al niño en su teoría sobre el hombre delincuente, reproduciendo el argumento de la recapitulación por el cual en la infancia se manifestaban “las más sádicas tendencias del criminal”, de modo que el niño es “como un antepasado adulto, un primitivo viviente”, por lo que detectar tempranamente los estigmas de criminalidad en niños y jóvenes como medida preventiva se convirtió en uno de sus objetivos (Gould, 2009, pp. 180 y 198). Como señala Talak (2008) el paradigma de la reemergencia del pasado encontró diferentes seguidores en la Argentina, llegando a ser un lugar común en diferentes contextos disciplinares al punto de haber moldeado varios conceptos que resultaron centrales para la criminología local (como atavismo, degeneración y regresión). Entre los regeneracionistas locales se destaca el educacionista Rodolfo Senet, que fue tal vez quien mejor desarrolló esta idea de las inclinaciones atávicas de los niños en sus *Elementos de Psicología Infantil* (1911). Para un desarrollo pormenorizado de las distintas vertientes de la reemergencia del pasado, véase Talak (2008, especialmente el capítulo 2). Sobre los usos y abusos de la teoría de la recapitulación y sus vinculaciones con la antropología criminal, véase Gould (2009, especialmente el capítulo 4).

³⁰ En la argumentación de Murguiondo, la extendida tendencia al crimen durante los primeros años de vida y la idea del criminal nato se pretendían evidencia de la relación entre las anomalías morales y las desviaciones orgánicas, que se manifestarían en estigmas físicos capaces de ser advertidos a partir de exámenes médicos, sobre todo, de la cabeza de los sujetos –cosa que Murguiondo practicó sobre 82 menores de edad recluidos en la Penitenciaría y en la Cárcel Correccional. A. Murguiondo: *La infancia y la vejez ante la medicina legal...*, op. cit., pp. 67 y ss.

³¹ Louis Guillaume (ed.): *Le Congrès Pénitentiaire International de Stockholm, 15-26 août 1878*, Tome 1: Comptes-rendus des séances, Stockholm, Bureau de la Commission Pénitentiaire Internationale, 1879, p. 582.

viciosa y delincuente”³². Zubiaur defendía el carácter civilizatorio de un sistema punitivo que colocase a los “cuarteles correccionales, las colonias penitenciarias, las casas de refugio y corrección y las escuelas de artes y oficios o agronómicas” tras el objetivo educativo, de modo que fuesen “una desmembración de la ESCUELA que todos suponen”³³. Una de sus críticas al Código Penal vigente, era que el mismo establecía “penas inaceptables” para menores que “no debe[n] ser castigado[s] sino corregido[s]”³⁴. Claro que no siempre eran claras las diferencias entre castigo y corrección. Pedro V. Meléndez, sostenía que “castigar educando” era el desiderátum de la penalidad moderna en lo que concernía a menores³⁵. Pero en su receta acentuaba la severidad, la disciplina y el rigor, que se materializarían en la erección de dos establecimientos: uno de carácter preventivo, la escuela correccional, y otro represivo, la cárcel para menores. En su proyecto, ambas instituciones se asentaban sobre el mismo modelo: “régimen interno regular, metódico y severísimo, penas muy rigurosas (...) El gran programa (...) es: trabajo continuo, régimen militar, enseñanza de un oficio tendiendo a la regeneración moral del delincuente”³⁶.

³² José Benjamín Zubiaur (1856-1921) nació en la Provincia de Entre Ríos. Fue celador y bibliotecario del Colegio Nacional de Concepción del Uruguay, donde estudió becado recibiendo de bachiller en 1878. Un año antes había fundado junto a Berrotaña la asociación educacional La Fraternidad y la Escuela Franklin, que preparaba alumnos para su ingreso al Colegio Nacional. En 1884 se doctoró en jurisprudencia por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires con su tesis *La protección al niño. Estudio de las principales disposiciones del Código Penal argentino sobre los menores de edad y de los medios de protección y corrección para los mismos* (Imprenta de Luis Maunier, 1884); también publicada fragmentariamente bajo el título *La prevención del crimen por medio de la educación y corrección de la infancia* (Imprenta del Estudiante, 1884). Inició su carrera dentro del Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública (MJCeIP) como escribiente y pronto comenzó a ascender en la jerarquía administrativa y docente. En 1886 fundó la Asociación Nacional de Profesorado junto a Carlos Vergara y Manuel Sársfield Escobar, entidad que editó la revista *La Educación* hasta 1898. Enseño y dirigió el Colegio Nacional de Concepción del Uruguay entre 1892 y 1899, abriendo la inscripción al género femenino. Fue vocal del Consejo Nacional de Educación, inspector de Enseñanza Secundaria y director de Instrucción Pública del MJCeIP. También dictó clases en la Escuela Normal de Profesorado Mariano Acosta y en el Liceo Nacional de Señoritas. En 1904 fundó la Sociedad Protectora de Niños, Pájaros y Plantas. Realizó estadias en el exterior para estudiar sus instituciones de enseñanza (en Europa en 1889 y en Estados Unidos en 1900). Actuó como convencional constituyente a propósito de la reforma constitucional de la Provincia de Entre Ríos en 1903. Cfr. Cutolo (1985).

³³ J. B. Zubiaur: *La protección al niño...*, op. cit., p. 111, mayúsculas en el original.

³⁴ Véase la reseña del trabajo de Zubiaur: “La prevención del crimen por medio de la educación” en *El Monitor de la Educación Común*, Año V, N° 73, Enero de 1885, p. 386.

³⁵ Pedro V. Meléndez, sobrino del famoso alienista Lucio Meléndez, se doctoró en jurisprudencia por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires con su tesis *Breve estudio sobre menores delinquentes y escuela correccional* (Imp. T. Nettekoven e Hijo, 1900). Nuestro conocimiento sobre su posterior desarrollo personal y profesional es difuso: sabemos que hacia 1918 intervenía en el Consejo Escolar 7° de la Capital, institución que presidiría al año siguiente; y que a inicios de la década del treinta se desempeñará como camarista en lo comercial.

³⁶ P.V. Meléndez: *Breve estudio sobre menores delinquentes...*, op. cit., p. 36. Meléndez proponía instruir militarmente a los que presentasen un carácter más acentuado y dotes de mando entre “los más morales” dentro de la escuela correccional. “Mi objeto es formar clases para el ejército sobre la amplia base de la

Meléndez no era el único que asociaba el castigo infantil (ya sea en su versión más opresiva o en aquella más instructiva) al paso de los menores por los diferentes cuerpos de las fuerzas represivas del Estado. El mismo Zubiaur, mucho más volcado a la tendencia educativa, saludaba la labor correctiva que se desarrollaba en los batallones de línea y los buques de la Armada, que en la década de '1880 constituían “las únicas escuelas de corrección para menores delincuentes”. Esto justificaba -a su entender- que los defensores de menores les enviaran a sus pupilos, “pues es cien veces preferible a la suerte que les espera en nuestras cárceles o a la que les espera si quedan abandonados en el seno de la sociedad”³⁷. En cambio, otro abogado, Manuel de Sautu Riestra, desacreditaba tanto la cárcel y el presidio para la corrección de niños y jóvenes, como su colocación en frentes militares o navales, porque cuestionaba su capacidad de regenerar su conducta y su moral³⁸.

Más allá de las particularidades en las concepciones de la criminalidad infantil y de la respuesta de cada una de estos intelectuales al problema, lo que da cuerpo a un clima de época es la identificación del menor como un ser reformable. Así era expresado en los diarios, en cuyas páginas había ganado consenso la oposición a “dejar en las calles a los menores que merecen una represión” porque

“estos seres viciosos son todavía capaces de buenos sentimientos y la sociedad tiene el deber de auxiliarles en su vida moral. Tienen malas costumbres porque han sido entregados a sí mismos y nadie les ha enseñado la obligación que existe para el hombre de dominar sus apetitos desordenados y vencer sus malas inclinaciones. Hay

regeneración moral, darle un soldado pundonoroso y aprovechado. De la escuela correccional (...) serán pasados a las compañías disciplinarias de las cárceles en los territorios nacionales con el grado de sargento o cabo y de allí, si así lo deseara, al ejército ordinario o dado de baja. De tal manera que así la pena es dividida en dos partes: la reclusión y la libertad restringida” (p. 34). Paralelamente, la cárcel estaría reservada para los menores de 14 a 18 años, los que no tengan esa edad pero sean perversos y de malas costumbres (pasados de la escuela correccional por faltas graves), los penados por homicidio alevoso o delitos graves cometidos en gavillas y los reincidentes.

³⁷ J. B. Zubiaur: *La protección al niño...*, op.cit., p. 42.

³⁸ M. de Sautu Riestra: *Minoridad delincente*, op. cit. Véase especialmente el capítulo XII: “Medios de represión”. Manuel de Sautu Riestra se doctoró en derecho y jurisprudencia por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, siendo su padrino de tesis el Dr. Ángel Pizarro, titular de derecho civil de esa casa de estudios. Poco sabemos de este personaje, cuyas opiniones acerca de la naturaleza infantil fueran citadas unos años después de la publicación de su tesis a propósito de un debate acerca de la “natural” bondad o maldad de los niños. Cfr. “El problema de la vagancia infantil”, *El monitor de la Educación Común*, Año XXIV, t. XIX, N° 372, 31/01/1904, p. 713 y ss.

que proporcionarles, pues, su regeneración por medio de la educación y del trabajo”³⁹.

El cruce entre medicina y derecho en torno al menor infractor (o aquel que estaba en vías de serlo) se produce en una concepción de la naturaleza infantil que se manifiesta en esa capacidad tan suya de crecer y desarrollarse, “su condición de ser en transición hacia su estado pleno” (Colángelo, 2011, p. 112). El niño —esa “blanda masa” en palabras del reconocido pediatra Gregorio Aráoz Alfaro— era concebido de manera tal que posibilitaba no sólo la idea de crianza y educación de todos los infantes (tal como se predicaba en todos los libros de puericultura de la época) sino, asimismo, las nociones de reeducación y corrección para aquellos que habían fracasado en el primer intento⁴⁰. Como sostiene Colángelo (2011), “la tensión entre naturaleza y civilización, entre instintos y comportamientos aprendidos, es el eje que atraviesa y da sentido a las distintas imágenes, definiciones y explicaciones de las características del niño y del proceso de crianza que lo tiene como objeto” (p. 117). La misma tensión entre naturaleza y cultura traspasa los límites de la crianza familiar para alcanzar a los menores vagos, abandonados, rebeldes y delincuentes.

Desde la criminología se abonó la idea de la reformabilidad de los menores de edad. Sus discursos estuvieron entre los más indagados por las ciencias sociales y gracias a ellos hoy sabemos que las versiones locales de la criminología positivista más dura y los representantes nativos de la antropología criminal rápidamente tomaron cierta distancia de las propuestas de Lombroso y ensayaron interpretaciones criminológicas en las que el ambiente —en comparación con la herencia— cobraron mayor relevancia explicativa⁴¹. En este sentido, existió un claro consenso entre los estudiosos de fines del siglo XIX y principios del XX en cuanto al enorme peso con que cargaba el entorno social del delincuente a la hora de explicar su conducta. Si esto fue así en relación a las

³⁹ “Casa correccional de menores”, *La Prensa*, 26/11/1897.

⁴⁰ Gregorio Aráoz Alfaro: *El libro de las madres. Manual práctico de higiene del niño, con indicaciones sobre el embarazo, parto y tratamiento de accidentes*, Buenos Aires, Agustín Etchepareborda, 1899, p. 1.

⁴¹ Entre la frondosa bibliografía sobre la criminología argentina de entresiglos, cfr. Del Olmo (1981), Vezetti (1985), Terán (1986, 1987, 2000), Salessi (1995), Zimmermann (1995), Ruibal (1996), Scarzanella (1999), Salvatore (2000, 2001, 2013), Marteau (2003), Cesano (2006), Cesano & Muñoz (2010).

interpretaciones de la delincuencia en general, mucho más marcado fue el énfasis de los criminólogos respecto del ambiente en que se ha desarrollado el niño criminal⁴².

Paradójicamente, la particular naturaleza infantil era lo que eximía a niños y jovencitos de responsabilidad penal en el plano prescriptivo de la ley y aquello que los hacía pasibles de reforma. La plasticidad de su carácter, la adaptabilidad de su conducta al medio en el que se desenvolvían, la ductilidad del ‘alma’ del menor: todo eso era lo que los volvía maleables y moralizables, cultivables y salvables. La paradoja reside en que, exentos de responsabilidad, los menores delincuentes tendían a escapar al encierro en las instituciones de reforma porque el Código Penal no preveía sanciones correccionales para menores declarados inimputables ni para aquellos que resultaban absueltos por haber actuado sin discernimiento; lo cual no pasó desapercibido para los contemporáneos. Como ya hemos apuntado, Rivarola y Zubiaur fueron quienes criticaron más duramente este aspecto de la codificación y, sin embargo, obviaron referirse a la extendida práctica del encierro extrajudicial y sobre las condiciones reales de esos encierros⁴³.

Lo cierto es que cuando orientamos la mirada a la práctica judicial y a la puesta en acto de la figura del discernimiento vemos que muchas veces la deplorable situación de los establecimientos de encierro incidieron en la resolución de los casos en los que los menores de edad infringían la ley penal.

Mientras no existieron establecimientos de encierro específicos para menores de edad (situación que en el caso de la ciudad de Buenos Aires se prolongó hasta 1898, cuando se inauguró el primer reformatorio nacional, la Casa de Corrección de Menores Varones), los argumentos sobre las consecuencias nefastas de la convivencia entre niños y adultos, la promiscuidad de la vida carcelaria y la idea de la prisión como “escuela del delito” funcionaron como acicate en los discursos de las elites morales que estaban encolumnadas

⁴² La trascendencia del factor socio-ambiental fue más allá de la cátedra y se instaló cómodamente en otros ámbitos: desde el gabinete de observación médico-legal hasta las notas pintoresquistas de la gran prensa, la preocupación por las influencias familiares, de vecindad y de amistad; por la sociabilidad y el entorno próximo en que se desenvolvía la vida cotidiana de los menores ‘abandonados y delincuentes’ fue notoria. Acerca la relevancia que adquieren las condiciones sociales de existencia de la infancia porteña, cfr. Gabriela Coni: “El barrio de las ranas” y “La Quema de las basuras”, *La Prensa*, 7 y 8/2/1902. Juan Antonio Argerich: “Carne de cañón”, *Revista de Policía*, Año IV, N°129, 1°/10/1902.

⁴³ Sobre distintos aspectos del encierro extrajudicial de menores de edad, véase FREIDENRAIJ (2015-a, 2016)

tras las banderas de la protección del niño y que reclamaban la urgente apertura de instituciones de corrección específicas para ellos (Freidenraij 2015-b)⁴⁴.

No obstante, aún en las primeras décadas del siglo XX –cuando asilos, reformatorios, casas de corrección y escuelas de artes y oficios que funcionaban como internados ya se habían instalado- las decisiones de los magistrados en los casos en que los procesados eran menores de edad no sólo estuvieron informados por la letra de la ley y el criterio doctrinario, sino también por elementos subjetivos que, según la casuística, incorporaban argumentos relativos a los antecedentes del menor y su familia, la perspectiva de encauzamiento de la conducta del reo y la evaluación del juez de cómo podría afectar al niño en cuestión su paso por la cárcel.

Así, el caso de Juan Francisco, de 14 años, transcurrió en el Territorio Nacional de Neuquén, donde fue procesado por hurto de dinero con el que compró “una escopeta, pólvora, municiones, fósforos, cigarrillos, conservas, dos flautas, un sombrero, pañuelos y medias: es decir objetos de diversión, comida y vestidos”⁴⁵. La confesión del reo no alcanzó para condenarlo, aún cuando el dictamen médico al que se lo sometió indicase que “se da cuenta que el acto que se le imputa es punible”, lo cual traslucía la presunción de discernimiento. Para el juez, había dudas respecto del castigo que le merecía la conducta de Juan Francisco: “¿es posible saber si este menor que invierte el dinero hurtado en paseos, juguetes y comida es un predispuesto al delito que merezca la cárcel como castigo o es simplemente un delincuente ocasional, fácilmente susceptible de reforma positiva y eficaz? (...) No puede asegurarse con exactitud que su reclusión en la cárcel sea el medio más adecuado para su castigo y corrección. Tal vez fuese más lógico suponer que fuera ello contraproducente y que le despertará ideas e inclinaciones delictuosas ante el ejemplo vivo de recibido en el establecimiento carcelario” (ibídem). Por este motivo, el juez absolvió de culpa y cargo a Juan Francisco y lo puso a disposición del Defensor de Menores, para que lo educase y lo colocase convenientemente, “como lo haría un buen padre de familia” (ibídem).

⁴⁴ Abundan las fuentes en este sentido. Por citar sólo un ejemplo: Dupont, Benjamín: *Patronato y asistencia de la Infancia. Consideraciones sobre la necesidad imprescindible de una ley de protección a la infancia y estudio sociológico sobre la necesidad de reformatorios para los niños moral y materialmente abandonados*, Buenos Aires, Tipo-Lito del Sport, 1894 .

⁴⁵ “Documentos judiciales. La delincuencia infantil y su penalidad. Sentencia del Juez Letrado del Territorio Nacional de Neuquén, Dr. Enrique Zinny”, *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Año II, 1915, pp. 485-487. Todas las citas relativas a este caso pertenecen a esta fuente, salvo que se indique lo contrario.

CONSIDERACIONES FINALES

Si el juez Zinny, que firmó la sentencia absolutoria de Juan Francisco, pudo fallar en ese sentido aún cuando el menor había admitido su falta y las pericias indicaban presunción de discernimiento, fue justamente porque esa figura legal poseía una plasticidad tal que permitía a cada magistrado ajustarla a las condiciones particulares de cada caso. “Penetrar en el alma del niño” parecía ser el desiderátum de la tarea del juez y el discernimiento fue la llave maestra que permitía a cada magistrado absolver o condenar, según su criterio⁴⁶.

Así, el discernimiento se constituyó como una pieza clave del entramado legal que recaía sobre la forma de juzgar a los menores de edad y que, al menos hasta 1919 cuando se sancionó la Ley de Patronato de Menores, estuvo en el centro de la argumentación judicial.

La inmadurez y el carácter ‘incompleto’ de los menores eran, al mismo tiempo, condición de enmienda y de irresponsabilidad penal. Precisamente aquello que los hacía diferentes de los adultos (su capacidad de reforma, la ligereza de sus tendencias, que no se encontraban arraigadas profundamente aún) era lo que habilitaba un castigo distinto: no era la cárcel el lugar indicado para enderezar a los menores abandonados, vagos, díscolos y delincuentes, sino que se proyectaron diversas instituciones que –idealmente- resolverían el problema. A la cárcel de niños y la escuela correccional de los que hablamos, se sumaron colonias agrícola-industriales, escuelas de artes y oficios, reformatorios y asilos de distinta naturaleza. Un amplio arco institucional dedicado a la infancia infractora se fue abriendo paso a medida que avanzaba el siglo XX, apuntalando la creencia de que niños y adultos desafiaban la ley por motivos diferentes y, por lo tanto, su punición ameritaban espacios y métodos distintos. En el centro de las decisiones de quienes estuvieron en condición de juzgarlos y ordenar su castigo y corrección encontramos que la figura del discernimiento ocupó un espacio medular gracias a la flexibilidad con que los magistrados la usaban en sus fallos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, C. & BUFFINGTON, R. (Eds.) (2000). *Reconstructing Criminality in Latin America*, Wilmington, Delaware: Scholarly Resources Books

⁴⁶ Jorge Eduardo Coll: “Legislación sobre menores delincuentes”, *Trabajos y Actas del Congreso Penitenciario Nacional celebrado en Buenos Aires del 4 al 11 de Mayo de 1914*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1914, p. 74.

BILLOROU, M. J. (2006). *La construcción de la puericultura como campo científico y como política pública en Buenos Aires, 1930-1945*, Tesis de Maestría, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de La Pampa

CAIMARI, L. (2002). “Castigar civilizadamente. Rasgos de la modernización punitiva en la argentina (1827-1930)”. En Gabriel Kessler & Sandra Gayol (Comps.): *Violencias, delitos, justicias en la Argentina* (pp. 141-168). Buenos Aires: Manantial-UNGS

----- (2004). *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*. Buenos Aires: Siglo XXI

CESANO, J. D. & MUÑOZ, D. (2010). *Inmigración, anarquismo y sistema penal. Los discursos expertos y la prensa. Córdoba y Buenos Aires, 1890-1910 (protesta social, flujos migratorios y criminalización)*. Córdoba: Alción Editora

CESANO, J. D. (2006). *En el nombre del orden. Ensayos para la reconstrucción histórica del control social formal en la Argentina*. Córdoba: Alveromi

COLÁNGELO, M. A. (2011). “El saber médico del niño y la definición de una “naturaleza infantil” entre fines del siglo XIX y comienzos del XX en la Argentina”. En Isabella Cosse, Valeria Llobet, Carla Villalta & M. Carolina Zapiola (Eds.). *Infancias: política y saberes en Argentina y Brasil. Siglos XIX y XX* (pp. 101-121). Buenos Aires: Teseo

COLÁNGELO, M. A. (2012). *La crianza en disputa: medicalización del cuidado infantil en la Argentina, entre 1890 y 1930*. Tesis doctoral, Universidad Nacional de La Plata

CUTOLO, V. O. (1985). *Nuevo diccionario biográfico argentino (1750-1930)*. Buenos Aires: Ed. Elche

DEL OLMO, R. (1981). *América Latina y su criminología*. México: Siglo XXI

DUVE, T. (1999). ¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de Paul J. A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921. *Revista de Historia del Derecho*, N°27, pp. 125-152

FOUCAULT, M. (2006). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI [1975].

FREIDENRAIJ, C (2015-a). “En la leonera. El encierro policial de menores en Buenos Aires, 1890-1920”, *Revista de Historia de las Prisiones*, N°1. En http://www.revistadeprisiones.com/wp-content/uploads/2015/11/4_Freidenraij.pdf

FREIDENRAIJ, C. (2015-b). *La niñez desviada. La tutela estatal de niños pobres, huérfanos y delincuentes. Buenos Aires, c. 1890-1919*. Tesis doctoral, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires

FREIDENRAIJ, C. (2016). “El caso Manuel Sicar. Resistencias y disputas en torno a los niños tutelados por el Estado (Buenos Aires, Argentina, fines del siglo XIX)”, *Trashumante. Revista Americana de Historia Social*, N°8 (pp. 154-175). En: [https://www.academia.edu/27375881/El caso Manuel Sicar. Resistencias y disputas en torno a los niños tutelados por el Estado Buenos Aires fines del siglo XIX por CLAUDIA FREIDENRAIJ](https://www.academia.edu/27375881/El_caso_Manuel_Sicar._Resistencias_y_disputas_en_torno_a_los_ni%C3%B1os_tutelados_por_el_estado_Buenos_Aires_fines_del_siglo_XIX_por_CLAUDIA_FREIDENRAIJ)

GARCÍA BASALO, J. C. (1979). *Historia de la Penitenciaría de Buenos Aires (1869-1880)*. Buenos Aires: Editorial Penitenciaría Argentina

GONZALEZ ALVO, L. & RIVA, B. (2016). “Las tesis doctorales en jurisprudencia (Buenos Aires, 1860-1920), volviendo a visitar una vieja fuente de historia social de la justicia y el derecho”, *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 24 de Octubre de 2016. En: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44209-tesis-doctorales-jurisprudencia-buenos-aires-1860-1920-volviendo-visitar-vieja-fuente>

GOULD, S. J. (2009). *La falsa medida del hombre*. Barcelona: Crítica

LEVAGGI, A. (1978). *Historia del derecho penal argentino*. Buenos Aires: Ed. Perrot

MARTEAU, J. F. (2003). *Las palabras del orden. Proyecto republicano y cuestión criminal en Argentina (Buenos Aires: 1880-1930)*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto

RUIBAL, B. (1996). “Medicina legal y derecho penal a fines del siglo XIX”. En Mirta Lobato (Comp.). *Política, médicos y enfermedades. Lecturas de la historia de la salud en Argentina* (pp. 193-207). Buenos Aires: Biblos

SALESSI, J. (1995). *Médicos, maleantes y maricas. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la Nación Argentina, 1871-1914*. Rosario: Veatriz Viterbo Editora

- SALVATORE, R. & AGUIRRE, C. (1996). *The Birth of Penitentiary in Latin America: Essays on Criminology, Prison Reform and Social Control, 1830-1940*. Austin: University of Texas Press
- SALVATORE, R. (2000). “Criminología positivista, reforma de prisiones y la cuestión social en Argentina”. En Juan Suriano (comp.). *La cuestión social en Argentina, 1870-1943* (pp. 127-158). Buenos Aires: La Colmena
- SALVATORE, R. (2001). “Sobre el surgimiento del Estado médico legal en la Argentina (1890-1940)”. *Estudios Sociales*, 20, 81-114
- SALVATORE, R. (2010). “Proceso criminal y derechos subalternos” en Ricardo Salvatore: *Subalternos, derechos y justicia penal. Ensayos de historia social y cultural argentina (1829-1940)*. México: Gedisa
- SALVATORE, R. (2013). “Usos científicos de en *La mala vida* de Eusebio Gómez”. En Osvaldo Barreneche & Ricardo Salvatore (Eds.). *El delito y el orden en perspectiva histórica* (pp. 99-120). Rosario: Prohistoria
- SALVATORE, R.; AGUIRRE, C. & JOSEPH, G. (2001). *Crime and Punishment in Latin America*, Duke University Press
- SCARZANELLA, E. (1999). *Ni gringos ni indios. Inmigración, criminalidad y racismo en la Argentina, 1890-1940*. Buenos Aires: UNQui
- SEDEILLÁN, G. (2010). “El menor ante la codificación del Derecho Penal y su tránsito por la justicia criminal en la campaña bonaerense a fines del siglo XIX” en Lucía Lionetti & Daniel Míguez (eds.). *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1890-1960)* (pp. 97-115). Rosario: Prohistoria
- SEDEILLÁN, G. (2012). *La justicia penal en la provincia de Buenos Aires. Instituciones, prácticas y codificación del derecho (1877-1906)*. Buenos Aires: Biblos
- TALAK, A. M. (2008) *La invención de una ciencia primera. Los primeros desarrollos de la psicología en la Argentina (1896-1919)*, Tesis doctoral, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires
- TERÁN, O. (1986). *José Ingenieros: Pensar la Nación. Antología de textos*. Buenos Aires: Alianza
- TERÁN, O. (1987). *Positivismo y Nación en la Argentina*. Buenos Aires: Puntosur

TERÁN, O. (2000). *Vida intelectual en el Buenos Aires fin-de-siglo (1880-1910). Derivas de la cultura científica*. Buenos Aires: FCE

VEZETTI, H. (1985). *La locura en la Argentina*. Buenos Aires: Paidós

YANGILEVICH, M. (2014). “Estado, saberes y castigos en los albores de la modernidad. Buenos Aires hacia 1880”, Simposio Internacional «Historia y cuestión criminal en América Latina», Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe

ZIMMERMANN, E. (1995). *Los liberales reformistas. La cuestión social en la Argentina, 1890-1916*. Buenos Aires: Ed. Sudamericana – Universidad de San Andrés